

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 31, julio-diciembre de 2020



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académico

Issa Luna Pla

Secretario técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica de manera alguna que esta *Revista* se solidarice con su contenido.

Edición y formación en computadora: Edna María López García

Diseño de interiores: Wendy Vanesa Rocha Cacho



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

Raúl Márquez Romero

Secretario técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Albuquerque (República Dominicana); Alfonso Bouzas (México); Carlos de Buen Unna (México); José Dávalos Morales (México); Alexander Godínez (Costa Rica); Óscar Hernández Álvarez (Venezuela); Ursula Kulke (OIT); María Aurora Lacavex Berumen (México); José Manuel Lastra y Lastra (México); Germán López (México); Guillermo López Guizar (México); María Carmen Macías Vázquez (México); Cristina Mangarelli (Uruguay); Gabriela Mendizábal Bermúdez (México); Martha Monsalve Cuéllar (Colombia); María Ascensión Morales (México); Hugo Ítalo Morales Saldaña (México); Emilio Morgado (Chile); Carlos Reynoso Castillo (México); Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México); Humberto Villasmil Prieto (OIT).

CONSEJO ASESOR

Néstor de Buen Lozano; Héctor Fix-Fierro; José Fernando Franco González-Salas; Sergio García Ramírez; Porfirio Marquet; Diego Valadés; Jorge Witker.

MIEMBROS FUNDADORES

Santiago Barajas Montes de Oca †; Jorge Carpizo Mac Gregor †; José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes †; Mario Pasco Cosmópolis †; Mozart Víctor Russomano †.

VOCALES

José Alfonso Aparicio Velázquez; Miguel Ángel Pastrana González.

La *Revista Latinoamericana de Derecho Social* se encuentra indexada en los siguientes índices:

- Índice de Revistas Científicas y Arbitradas del Conacyt
- Biblioteca Jurídica Virtual
- Clase
- Dialnet UNIRIOJA
- Latindex
- Elsevier
- Science Direct
- Portal de Revistas Científicas y Arbitradas UNAM (Open Journal System)
- Redib (Red iberoamericana de innovación y conocimiento científico)

Número de certificado de licitud de título: en trámite

Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

Número de reserva al título en derechos de autor: 04-2005-090610592300-102

Número de reserva al título en versión electrónica: 04-2015-092910043200-203

ASISTENTE DE REVISTA

Kate Aurora Gómez Díaz de León

Teléfono: 56227250 / ext. 85231

Email: rlds.ij@unam.mx

Primera edición: 29 de julio de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN 1870-4670

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- CARICOM y la protección social de los trabajadores migrantes regionales 3
Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ
- El código social en la Rusia contemporánea: ventajas y riesgos de la regulación jurídica..... 29
Marianna ABRAMOVA
Anna POPOVA
Svetlana GOROKHOVA
- Efectividad de los derechos sociales en España..... 55
Laura Eugenia RODARTE LEDEZMA
- El trabajo del hogar y su regulación en América Latina. Un estudio comparado..... 95
Diana PÉREZ PADRÓN
- Las políticas de inserción laboral del migrante ante los acuerdos sostenidos por el gobierno de México con Estados Unidos de América en 2019..... 121
Kenia Yasbeth AGUILAR CISNEROS
- La justiciabilidad de los derechos sociales. El caso del derecho al hábitat y a la vivienda en Ecuador (2007-2017)..... 143
Francesco MANIGLIO
Fernando CASADO GUTIÉRREZ
Gina CHÁVEZ VALLEJO



- La seguridad social en la reforma laboral: fomento de la informalidad
y desarticulación del derecho de acceso a la justicia 175

María Ascensión MORALES RAMÍREZ

- ¿Por una nueva ontología en el derecho del trabajo? El pensamiento
de Michele Tiraboschi. 201

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

COMENTARIOS

- Condiciones laborales en la Unión Europea: Directiva (UE)
2019/1152. 219

Alma Elena RUEDA RODRÍGUEZ

- Comentarios a la jurisprudencia 2a./J. 164/2019 tope de los 10 sala-
rios mínimos a las pensiones 231

María Ascensión MORALES RAMÍREZ

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Orbegoso Silva, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y del procedimiento*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018. . . . 247

José María SOBERANES DÍEZ

- Organización Internacional del Trabajo, *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*, 3a. ed., Suiza, OIT, 2018 251

Kate Aurora GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL

Informe: seguridad social en México, 2019 259

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

ARTÍCULOS



CARICOM Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES REGIONALES*

CARICOM AND THE SOCIAL PROTECTION
OF REGIONAL MIGRANTS WORKERS

CARICOM ET LA PROTECTION SOCIALE
DES TRAVAILLEURS MIGRANTS RÉGIONAUX

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**

RESUMEN: El presente artículo tiene como principal objetivo analizar la incidencia que tiene la CARICOM en el cumplimiento de los derechos sociales a través de las medidas de protección social que ofrece a la población migrante de los países miembros de este organismo internacional.

Este análisis se desarrolló mediante el uso de los métodos deductivo y analítico; en el entendido de que, en primer lugar, se analiza de manera general la estructura y funcionamiento de la CARICOM, el marco contextual del Caribe, y el marco jurídico de esa organización regional en el campo de la protección social de los trabajadores migrantes desde el análisis específico de los derechos sociales, como la educación, la salud, el trabajo, la vivienda y la protección de los medios de subsistencia. Por último, se presentan —a manera de conclusión— los principales retos en la materia, además de las fuentes de investigación respectivas.

Palabras clave: migración, trabajadores, seguridad social, organismos regionales, CARICOM.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the impact that CARICOM has on the guarantee of social rights, mainly the social

* Recibido el 2 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II.



and labor security of the migrant population of the member countries of this international organization.

This analysis was developed through the use of deductive and analytical methods; in the understanding that in the first place the legal framework of this regional organization in the field of social protection of migrant workers is analyzed in a general way, from the specific analysis of social rights, such as education, health, work, housing and protection of livelihoods. Finally, the main challenges in the matter are presented—in conclusion form.

Keywords: migration, workers, social security, regional organizations, CARICOM.

RÉSUMÉ: L'objectif principal de cet article est d'analyser l'impact de la CARICOM sur la garantie des droits sociaux, principalement de la sécurité sociale et de la sécurité du travail de la population migrante des pays membres de cette organisation internationale.

Cette analyse a été développée en utilisant des méthodes déductives et analytiques; étant entendu que le cadre juridique de cette organisation régionale en matière de protection sociale des travailleurs migrants est analysé de manière générale à partir de l'analyse spécifique des droits sociaux tels que l'éducation, la santé, travail, logement et protection des moyens de subsistance. Finalement, les principaux défis dans ce domaine sont présentés—en guise de conclusion et les sources de recherche.

Mots clés: migration, travailleurs, sécurité sociale, organisations régionales, CARICOM.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco contextual del Caribe.* III. *La CARICOM en el ámbito de la migración.* IV. *Análisis del marco jurídico de la CARICOM en el campo de la protección social de los trabajadores migrantes.* V. *Conclusiones: retos actuales de la CARICOM en materia de migración y protección social.* VI. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

En palabras de la propia CARICOM, la Comunidad del Caribe es un organismo subregional que tiene como objetivos favorecer la integración regional entre los países del Caribe a través de la unión económica y

comercial; la coordinación de la política exterior de los Estados miembros, y la cooperación en diversas áreas de interés, entre las que destacan: salud, educación y cultura, comunicaciones y relaciones industriales.¹

Actualmente, CARICOM se conforma por 15 Estados miembros, los cuales son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Monserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Así como seis miembros asociados: Anguila, Bermudas, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos e Islas Vírgenes Británicas.²

Este organismo tiene incidencia no sólo en la integración económica de la región, sino que, además, constituye el único organismo internacional en el Caribe que ha establecido acuerdos para regular la seguridad social y algunos aspectos laborales y de migración entre sus miembros.

Los principales acuerdos en esa materia son el Acuerdo sobre Seguridad Social, de 1996, y el Tratado de Chaguaramas, que incluye algunos lineamientos laborales.

Dicho lo anterior, se debe señalar que el contenido del presente artículo analiza el marco jurídico de la CARICOM en el campo de la protección social de los trabajadores migrantes desde el análisis específico de los derechos sociales, como la educación, la salud, el trabajo, la vivienda y la protección de los medios de subsistencia.

De esta forma, el contenido se establece en cinco partes, más sus respectivas conclusiones y fuentes de investigación. La primera establece las generalidades de la CARICOM; la segunda presenta el marco sociodemográfico de la región y su migración, con la intención de contextualizar el análisis; la tercera se ocupa de determinar el marco jurídico de la CARICOM en el ámbito de la migración; la cuarta analiza la protección social de los trabajadores migrantes, y la última —a manera de conclusión—, muestra los retos actuales de la CARICOM en materia de migración y protección social.

CARICOM

La integración del Caribe tuvo dos intentos previos antes de llegar a ser la actual Comunidad del Caribe (CARICOM). El primero de ellos surgió de

¹ Secretaría de Relaciones Exteriores, “¿Qué es la Comunidad del Caribe?”, CARICOM, disponible en: <http://www.caricom.org>.

² CARICOM, “Members”, Guyana, CARICOM, 2017, disponible en: www.caricom.org/.

la Ley de la Federación del Caribe Británico, de 1956,³ constituyendo así la Federación de las Indias Occidentales, con vigencia hasta 1962, y dejando un precedente en los ánimos de integración de los países caribeños. Posteriormente, en 1965, con el Tratado de Dickenson Bay, se creó la Caribbean Free Trade Association (CARIFTA),⁴ misma que buscaba impulsar —como otros sistemas de integración de aquellos años— el libre comercio.

En 1973, mediante el Tratado de Chaguaramas y con la firme convicción de los países caribeños en profundizar sus relaciones, se creó la Comunidad del Caribe (CARICOM, por las siglas del inglés de Caribbean Community), la cual contempla, además de la eliminación de los gravámenes al comercio recíproco, el establecimiento de un arancel externo común.⁵ Actualmente, su presidente es Allen Chastenet, de Santa Lucía, y es el primer ministro de su país.⁶

La organización establecida por la CARICOM se desprende de su mismo texto fundacional, en el que se determina que es necesario el trabajo en conjunto para lograr dar cumplimiento a los objetivos de la comunidad mediante la siguiente estructura:

- La Conferencia de Jefes de Gobierno
- El Consejo de Ministros de la Comunidad
- El Consejo de Finanzas y Planificación (COFAP)
- El Consejo de Comercio y Desarrollo Económico (COTED)
- El Consejo de Relaciones Exteriores y Comunitarias (COFCOR)
- El Consejo de Desarrollo Humano y Social (CDHS)
- El Comité de Asuntos Jurídicos
- El Comité del Presupuesto
- El Comité de Gobernadores de Bancos Centrales
- La Agencia de Gestión de Emergencias de Desastres del Caribe (CDEMA)⁷

³ CARICOM, “1958- 1964: desde la Federación de las Indias Occidentales a CARIFTA”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/community/history#paginate-27>.

⁴ División de Comercio Internacional e Integración de la CEPAL, *Los procesos de integración de los países de América Latina y el Caribe 2000-2001: avances, retrocesos y temas pendientes*, Chile, 2002, p. 49.

⁵ *Idem*.

⁶ CARICOM, “La conferencia de jefes de gobierno”, Guyana, CARICOM, disponible en: <https://caricom.org/about-caricom/who-we-are/our-governance/beads-of-government/jamaica>.

⁷ Anteriormente era denominada Agencia de Respuesta en Casos de Catástrofes Naturales del Caribe (CDERA), sin embargo, cambió a CDEMA en 2009 para adoptar los principios y la práctica de la gestión integral de desastres.

- La Agencia de Salud Pública del Caribe (CARPHA)⁸
- El Centro del Caribe para la Administración del Desarrollo (CARICAD)
- La Secretaría (principal órgano administrativo de la CARICOM)

Además de estos órganos, también se encuentran los siguientes: Instituto de Investigación y Desarrollo Agrícola del Caribe (CARDI); Asamblea de Parlamentarios de la Comunidad del Caribe (ACCP); Banco de Desarrollo del Caribe (BDC); Universidad de Guyana (UG), y la Universidad de las Indias Occidentales (UWI).

En la actualidad, la CARICOM cuenta con un programa denominado Strategic Plan-Caribbean Community 2015-2019,⁹ el cual contiene las estrategias para lograr el desarrollo no sólo económico, sino también social y humano. Dentro de su contenido destacan los siguientes programas:

- *Salud y Desarrollo*. Programa destinado a mejorar la salud y el bienestar de los ciudadanos miembros de la CARICOM. El Plan Estratégico busca la creación de un sistema de seguro de salud regional con un paquete básico de servicios que incluye enfermedades no transmisibles (ENT), servicios de tratamiento del VIH/SIDA, y la detección básica de problemas de salud mental basados en un cálculo del coste de los servicios.¹⁰
- *Educación*. Todos los Estados miembros de la CARICOM, con la excepción de Haití, han logrado el acceso universal a la educación primaria y muchos están cerca de lograr lo mismo con la educación secundaria. Esto ha sido posible a través de la organización eficiente de los servicios de educación y formación de la comunidad, incluida la formación profesional básica y avanzada e instalaciones técnicas contenidas en el subprograma de Educación.¹¹

⁸ De reciente creación, en 2011, fusionó instituciones de salud, como el Instituto de Alimentación y Nutrición del Caribe (CFNI) y el Instituto de Salud Medioambiental del Caribe (CEHI), establecidas en el Tratado Fundacional de la CARICOM. Cfr. CARICOM, “Caribbean Public Health Agency (CARPHA), Areas of Work”, disponible en: <http://caricom.org/about-caricom/who-we-are/institutions1/caribbean-public-health->

⁹ Para ampliar, consúltese CARICOM, “Strategic Plan-Caribbean Community 2015-2019”, disponible en: http://caricom.org/STRATEGIC%20PLAN%202016_opt.pdf.

¹⁰ Cfr. Caribbean Community, “Health Sector Development: Overview”, disponible en: <http://caricom.org/work-areas/overview/health>.

¹¹ Caribbean Community, “Education: Overview”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/work-areas/overview/education>.

- *Desarrollo humano*. En el entorno de este programa se diseñan e implementan políticas, subprogramas y proyectos para reducir las limitaciones humanas y las condiciones sociales que impiden a las personas de la comunidad aumentar sus oportunidades y mejorar sus condiciones en relación con la pobreza, el uso y abuso de sustancias y la salud.¹²
- *Laboral*. Este programa busca, mediante la promoción y desarrollo de políticas y subprogramas, mejorar las condiciones laborales de los trabajadores. Entre otros subprogramas encontramos el Sistema de Información del Mercado Laboral Caribeño,¹³ el cual cuenta con el apoyo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los Estados Unidos para mostrar las necesidades de mano de obra del mercado laboral y, posteriormente, crear las políticas regionales necesarias y adecuadas; asimismo, está La Creatividad para el Empleo y Oportunidad de Negocio,¹⁴ enfocado en la juventud, a fin de que por medio de su creatividad desarrollen espíritu empresarial.

II. MARCO CONTEXTUAL DEL CARIBE

La zona del Caribe cuenta con sólo dos organizaciones que intentan integrar dicha zona. La CARICOM y la AEC, la segunda derivada de la primera. El 24 de julio de 1994, en Cartagena de Indias, República de Colombia, después de múltiples reuniones se creó, mediante convenio constitutivo, la Asociación de Estados del Caribe (AEC).¹⁵ Actualmente son Estados miembros: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela.¹⁶

¹² Caribbean Community, “Human Development”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/our-work/human-development>.

¹³ Caribbean Community, “The Caribbean Labour Market Information System (CLMIS) Project”, disponible en: <http://caricom.org/projects/detail/the-caribbean-labour-market-information-system-clmis-project>.

¹⁴ Caribbean Community, “Creativity for Employment and Business Opportunity (CEBO)”, disponible en: <http://caricom.org/projects/detail/creativity-for-employment-and-business-opportunity-cebo>.

¹⁵ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), *Evolución de la Asociación de Estados del Caribe, Venezuela, Secretaría Permanente del SELA*, Caracas, 2015, p. 7.

¹⁶ AEC, “Sobre la AEC”, disponible en: <http://www.acs-aec.org/index.php?q=es/sobre-la-aec>.

Es decir, esta asociación tiene su origen en la Comisión de las Indias Occidentales, perteneciente a la CARICOM, la cual proponía realizar consultas con organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de profundizar y ampliar a la CARICOM para alcanzar etapas más relevantes en su proceso de integración, consiguiendo con ello un mayor acercamiento con otras naciones latinoamericanas.

En octubre de 1993, durante la Cumbre de los Jefes de Estado de la CARICOM y de México, Colombia y Venezuela, se decidió crear una asociación que agrupara a todos los Estados de la cuenca del Caribe. Derivado de ello, se dio un lapso de un año para adoptar un programa de trabajo que concluiría con la firma del convenio constitutivo.¹⁷

Esta asociación constituye un paso importante en la integración de la región, pues incorpora países con economías diferentes, además de territorios mucho más amplios, como México, y no sólo las islas del Caribe. No obstante, está en un proceso inicial y los acuerdos laborales, de migración y de seguridad social aún son inexistentes.

1. Marco sociodemográfico

Para tener una noción clara de la problemática que se presenta en la comunidad del Caribe sobre la migración es necesario conocer los datos estadísticos más relevantes que se vinculan a este fenómeno. Se debe hacer precisión en que la región del Caribe se encuentra conformada por alrededor de 21 países,¹⁸ mientras que la comunidad caribeña sólo integra a 15 Estados miembros que forman parte de la región del Caribe,¹⁹ dejando fuera a países como Cuba, Puerto Rico o República Dominicana, entre otros. Por ende, resulta complejo proporcionar datos sociodemográficos específicos de la CARICOM, ya que los diferentes organismos internacionales, así como organizaciones no gubernamentales, se enfocan en dar estadísticas y datos duros sobre la región en su conjunto; es decir, incluyendo el cúmulo de naciones que conforman el Caribe y no de aquellos países que forman la comunidad caribeña.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Latin American Network Information Center, “Caribbean LANIC”, 2015, disponible en: <http://lanic.utexas.edu/country/caribbean/>.

¹⁹ Caribbean Community, “Members”, Guyana, CARICOM, 2017, disponible en: <http://www.caricom.org/>.

Así, se puede estar en posibilidad de brindar algunos indicadores sobre la CARICOM y otros sobre la región del Caribe en general. El marco referencial consiste en los siguientes puntos:

- *Población*. En ese contexto, la población total de los países que conforman la CARICOM para el 2018 fue de 18,484,141 personas,²⁰ de las cuales el 61% del total de la población es menor de 30 años.²¹ Se debe hacer mención de que la población total para toda la región del Caribe en el 2016 fue de 43,489,000 personas, teniendo una tasa de crecimiento del 0.6% en comparación con el año antecesor. Se espera que para el año 2050 la misma región llegue a alcanzar un total de 48,700,000 habitantes.²² En tanto, la esperanza de vida con la que cuenta la población de la región del Caribe se establece en 73.5 años, en promedio.²³
- *Remesas*. Un dato a destacar sobre los Estados que conforman la Comunidad del Caribe son los ingresos que reciben por concepto de remesas. Para el 2018 las remesas que llegaron a los países de la región —producto de los trabajadores que migraron, en su mayoría, a países como Estados Unidos, Canadá o Reino Unido— sumaron un total de 11.8 millones de dólares americanos,²⁴ cifra que supera a las cantidades recibidas en los años anteriores. Se estima que el 40% de los hogares rurales reciben un apoyo significativo a través de las remesas provenientes del extranjero.²⁵
- *PIB*. El producto interno bruto con el que cuenta la comunidad caribeña para el mismo año fue de 69,889 millones de euros, lo que se traduce en 3,781 euros per cápita.²⁶ Asimismo, el PIB de la región del Caribe, en su conjunto —de acuerdo con cifras recabadas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, conforme a cifras oficiales

²⁰ Datos Macro, CARICOM, disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/comunidad-caribe>.

²¹ Caribbean Community, “Who we are”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://cari.com.org/about-caricom/who-we-are>.

²² Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe*, Chile, CEPAL, 2016, pp. 13 y 14.

²³ *Ibidem*, p. 15.

²⁴ CEMLA, BID, “El ingreso por remesas de América Latina y el Caribe en 2017-2018”, p. 4, disponible en: <https://www.cemla.org/comunicados/2018-04-ingreso-remesas-2017-2018.pdf>.

²⁵ *Ibidem*, p. 404.

²⁶ Expansión, “CARICOM-Comunidad del Caribe”, 2017, disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/comunidad-caribe>.

recabadas en cada país—, fue un total de 69,069,600 de dólares, lo que se traduce en 9,909 per cápita.²⁷

- *Laboral*. En el ámbito laboral destaca que, para el 2018, la tasa de ocupación fue de 59.8%, mientras que la tasa de desocupación para el mismo año llegó a un 7.6%.²⁸ Se debe hacer mención a que la tasa de desocupación juvenil tuvo un aumento regional, pasando de 18.9% en 2016, a 19.5% para el 2017.²⁹ Lo que se traduce en que *uno de cada cinco jóvenes que está buscando empleo no lo encuentra*.³⁰ En cifras concretas se incrementa el número de jóvenes desocupados, ya que en el 2016 había 9.8 millones y para el 2017, aproximadamente, se registraron 10.2 millones.³¹ Para el 2018 la tasa de desocupación juvenil promedio se ubicó en 19.6%.³²
- *Migración*. Por lo que respecta al ámbito de la migración, la tasa porcentual para el 2016 de los países de la región del Caribe, incluidos los Estados miembros de la CARICOM, fue de 3.1%; aproximadamente 83,917 personas que emigraron de la región a los Estados Unidos en busca de nuevas oportunidades de vida.³³ Datos proporcionados por la OIT refieren que la mayoría de las personas que emigran de la región son jóvenes, y prueba de ello es un estudio realizado por la misma organización, donde establece que el porcentaje de la población total de la región del Caribe que emigró fue de 3.3% para el 2013 y que la edad promedio de las personas que se encuentran en estos flujos migratorios es de 34.4 años.³⁴
- *Pobreza*. la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en su estudio denominado Panorama Social 2018, establece que la pobreza se ve reflejada con notoriedad entre *niños adolescentes, jóvenes, mujeres y la población que reside en áreas rurales y a las personas indígenas y afrodescendientes*.³⁵ Para el 2018 la población total que se encuentra en situación

²⁷ OIT, *La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la Región*, Perú, OIT, 2016, p. 31.

²⁸ OIT, *Panorama Laboral 2018. América Latina y el Caribe*, OIT, 2018, p. 32.

²⁹ OIT, *Panorama Laboral 2017. América Latina y el Caribe*, Perú, OIT, 2017, p. 7.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

³² OIT, *cit.*, p. 32.

³³ OIT, *cit.*, p. 15.

³⁴ OIT, *cit.*, p. 68.

³⁵ Naciones Unidas, “Aumenta la pobreza en América Latina, revela Comisión Económica para América Latina y Caribe”, UN, 2017, disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=38602#.W49Qg7iayo>.

de pobreza extrema es de 63 millones, y un total de 183 millones en situación de pobreza.³⁶

2. Tipos de migración en el Caribe

Las características que comparten los Estados miembros de la comunidad que inciden en la migración de esa zona consisten en que la mayoría de los países son Estados pequeños y se encuentran conformados por islas, lo que origina diversos factores, como una dispersión geográfica sumamente notable, problemas con medios de transporte para la comunicación entre otros países e incluso entre el mismo país, ya que muchos *Estados pequeños no sólo son simples islas, sino que administran un sistema de multi-islas que las componen*.³⁷ Además, se suman las siguientes problemáticas: la susceptibilidad a sufrir desastres naturales por la ubicación y entorno geográfico; la limitación de recursos naturales y dependencia de países externos; los niveles muy elevados de pobreza, y la falta de posibilidades económicas y financieras.³⁸

A raíz de estas dificultades, la población de cada uno de los Estados miembros de la comunidad se ve obligada a desplazarse, generando los siguientes tipos de migración:

- *Externa*. La población busca nuevas oportunidades de vida, generalmente en otros países que se encuentran fuera de la región del Caribe, comúnmente países como Canadá, Reino Unido y Estados Unidos son las naciones predilectas por la población de esta región, primeramente por el uso de la lengua común, así como la cercanía geográfica de sus países de origen.³⁹
- *Absoluta*. Es muy frecuente que las personas que emigran de los países de la región del Caribe hacia otra nación suelen hacerlo para establecerse de manera permanente en el país de acogida, ya que los migrantes, por lo general, encuentran mejores condiciones de vida en los países

³⁶ Naciones Unidas, *Panorama Social de América Latina 2018*, NU, p. 21.

³⁷ Lancydi Martínez, Alfonso, *La Comunidad del Caribe (CARICOM) en el contexto de un nuevo regionalismo latinoamericano (2001-2012): cambios, desafíos y oportunidades*, Argentina, FLACSO, 2013, p. 15.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Schmid, Karoline, *Migración en el Caribe: ¿qué sabemos al respecto? Panorama general sobre datos, políticas y programas en los niveles internacional y regional para encarar cuestiones críticas*, CEPAL, 2013, p. 60.

adonde emigran en comparación con su país de origen, así que el retorno no resulta muy atractivo.⁴⁰

- *Voluntarias*. Las migraciones se originan por decisión de las propias personas, pues en ninguno de los países existe alguna presión sociopolítica o medida que ordene la expulsión de determinado sector de la población de la región.

3. Causas de la migración

- *Calidad de vida*. La búsqueda de una vida mejor y más segura es una causa constante en las migraciones de la zona. Esto debido a que la mayoría de los países que conforman la región del Caribe carecen de los elementos suficientes para garantizar una calidad de vida digna a sus habitantes, entre otras razones porque dependen de las importaciones de diversos productos esenciales, así que su estructura económica es poco diversificada.⁴¹
- *Empleo*. La búsqueda de nuevos y mejores empleos. Un ejemplo característico son los profesionales calificados provenientes de Jamaica y Trinidad y Tobago, quienes se ven en la necesidad de buscar mejores empleos fuera de sus países.⁴²
- *Clima*. Al ser, en su mayoría, islas o un conjunto de ellas son vulnerables a las tormentas o ciclones, lo que ocasiona que año tras año sufran las inclemencias de estos fenómenos naturales, por lo que el Caribe es una zona de alta incidencia de eventos naturales que con frecuencia se convierten en desastres.⁴³

III. LA CARICOM EN EL ÁMBITO DE LA MIGRACIÓN

Como se pudo observar, los factores de expulsión están ligados al ámbito laboral y económico, ya que los ciudadanos de los países miembros de la

⁴⁰ Martínez Pizarro, Jorge, *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, CEPAL, 2011, p. 400.

⁴¹ López Coll, Armando, *La Comunidad del Caribe (CARICOM) en la encrucijada*, Cuba, 2000, p. 1.

⁴² Schmid, Karoline, *op. cit.*, p. 60.

⁴³ Fernández, Armando, *Comarcas vulnerables: riesgos y desastres naturales en Centroamérica y el Caribe*, Argentina, CRIES, 2005, p. 5.

CARICOM no siempre encuentran las condiciones que les permitan poder gozar de una calidad de vida decorosa, tomando la decisión de emigrar a países más desarrollados en busca de mejores oportunidades.

Para regular este fenómeno, algunos Estados miembros de la CARICOM han optado por implementar en sus territorios diversos programas nacionales —tomando en consideración su propio contexto, así como los factores que orillaron a los migrantes a dejar su país de origen— y otros Estados se suman a iniciativas propuestas por la CARICOM, que buscan evitar la fuga de cerebros e incentivar el regreso de los nacionales a sus países de origen. Dentro de los programas nacionales y de la CARICOM destacan los siguientes:

- *Programas de empleo temporal.* Un claro ejemplo es lo implementado por Santa Lucía y San Vicente, y las granadinas, en cooperación con el gobierno británico, al enviar de manera legal a personas que se encuentren interesadas en obtener un trabajo remunerado y su estadía legal en el país inglés, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de este último. Asimismo, existen acuerdos de trabajo temporal agrícola suscritos entre países como Jamaica y Santa Lucía con Canadá y Estados Unidos para exportar trabajadores de campo que deseen laborar por un tiempo determinado en estos países.⁴⁴
- *Programas educativos para la inclusión al trabajo.* Muchos de los países de la CARICOM perciben la mayoría de sus ingresos gracias a la derrama económica proveniente del turismo, y con la intención de evitar la migración y garantizar una emigración de sus nacionales se intenta explotar este sector mediante la capacitación de personal para que labore en la actividad turística. Otro ejemplo es Jamaica, que, a través del Ministerio de Educación, ha desarrollado programas formativos de trabajadores hoteleros para el mercado de trabajo nacional e internacional.⁴⁵
- *Incentivos de retorno.* Se han puesto en práctica distintos incentivos para estimular el regreso de los nacionales calificados, así como los emigrantes de la tercera edad. Incentivos de naturaleza fiscal y facilidades para generar inversión extranjera en la región, por ejemplo, Barbados y Granada.⁴⁶

⁴⁴ Martínez Pizarro, Jorge, *op. cit.*, p. 400.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 400 y 401.

- *Programas para evitar fuga de cerebros.* La Comunidad del Caribe ha enfrentado constantemente la problemática de migración de personal altamente calificado (comúnmente conocido como “fuga de cerebros”) por no garantizar las condiciones laborales y económicas para ellos y sus familias que les permitan obtener una calidad de vida digna. Por lo tanto, se han implementado programas que se avoquen a combatir este problema. Un ejemplo de ello es la iniciativa bilateral entre la Organización Panamericana de la Salud y la CARICOM para *incentivar a las enfermeras a permanecer en sus países, como también motivar el retorno de las mismas de la diáspora caribeña*.⁴⁷ A su vez, se desarrolla la política migratoria de remplazo para trabajos determinados, por ejemplo, de enfermeras cubanas para Jamaica y de enfermeras filipinas para Trinidad, esperando que a través de estas políticas la fuga de cerebros sea menor o, por lo menos, se desplacen sólo dentro de la comunidad caribeña.⁴⁸
- *Iniciativas para los inmigrantes.* Países como la Bahamas, Antigua y Barbuda y Surinam han tomado la iniciativa de otorgar los servicios sociales básicos a los inmigrantes que se encuentren en su territorio, lo que presenta un gran desafío, principalmente cuando se habla de inmigrantes irregulares. Por lo mismo, la mayoría de los países de la CARICOM ha hecho caso omiso y no ha incorporado políticas públicas que protejan a los inmigrantes, pues esto implicaría un mayor gasto y demanda de los servicios de salud y de personal, que en muchos de los países carecen por el efecto de la fuga de cerebros.⁴⁹

Marco jurídico de la CARICOM para la migración

La mayoría de la normatividad de la CARICOM no corresponde directamente a una legislación en materia migratoria, sino que son políticas con un enfoque específico en los migrantes, *pues tocan sus necesidades básicas, tales como el acceso a la educación, a la salud, la posibilidad de trabajar y obtener una jubilación*.⁵⁰ Aun así, los documentos con valor jurídico —incluso si se trata de *soft law*— son los siguientes:

⁴⁷ *Ibidem*, p. 400.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Martínez Pizarro, Jorge, *op. cit.*, p. 402.

⁵⁰ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, “La migración, los acuerdos en materia social y el proceso de integración”, disponible en: <http://www.sela.org/media/268294/102360000643-0-migracion.htm>.

- *Declaración de la Sociedad Civil de la CARICOM 2015*. Aborda de manera general, desde su cláusula primera, el respeto a la dignidad humana y al libre ejercicio de los derechos fundamentales.⁵¹
- *Carta de la Sociedad Civil (The Charter of Civil Society)*. Al igual que la declaración, establece el respeto a los derechos fundamentales y se especifica, en su inciso “e”, la libertad de movimiento dentro de la comunidad del Caribe; es decir, que los habitantes de la comunidad caribeña se pueden desplazar sin ningún impedimento por parte de algún Estado miembro.⁵² Cabe precisar que esta carta no refiere la libertad de acceder a la igualdad de trato y oportunidades al mercado de trabajo, mismo que es una necesidad básica para cualquier migrante que decide cambiar de país.

IV. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO DE LA CARICOM EN EL CAMPO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

Acuerdos sociales en beneficio de migrantes:

- *Tratado Revisado de Chaguaramas*. Es parte fundamental de la CARICOM. Este tratado estipula la libre movilidad de determinados profesionales calificados pertenecientes a uno de los Estados miembros de la comunidad, tales como trabajadores graduados universitarios, artistas, músicos, enfermeras, docentes, etcétera.⁵³ A pesar de lo pactado en el multicitado tratado, sólo pocos Estados miembros han adecuado su marco normativo interno para regular la migración de trabajadores.
- *Declaración de Grand Anse*. Establecida en 1989, misma que dio origen al Mercado Común de la Comunidad del Caribe, donde uno de los objetivos que establece esta declaración es “liberalizar el movimiento de mano de obra y de abolir la necesidad de permisos de trabajo para los ciudadanos de países que forman parte del MUEC”⁵⁴ (Mercado Único y Economía Caribeña).

⁵¹ CARICOM, “Declaración de la Sociedad Civil de la CARICOM”, Guyana, 2015, disponible en: http://www.jchs.org.jm/uploads/1/3/4/4/13441454/spanish_declaraci%C3%B3n_de_la_sociedad_civil_de_la_caricom_06_2015.pdf.

⁵² Caribbean Community Secretariat, *Charter of Civil Society for the Caribbean Community*, Guyana, CARICOM, 1997, p. 10.

⁵³ Schmid, Karoline, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 54.

- *Protocolo II del Tratado de Chaguaramas*. A través de este protocolo se garantiza la movilidad de los trabajadores no asalariados que tengan la intención de establecer un negocio propio o como prestadores de servicio. También se permite la entrada de sus cónyuges o familiares directos.⁵⁵ Garantiza al migrante y su familia la permanencia en algún Estado miembro de la comunidad caribeña.
- *Acuerdo sobre Seguridad Social*. Este es el acuerdo más importante que la CARICOM ha establecido. Fue suscrito en 1996 y entró en vigor el 1o. de abril de 1997. Su principal objetivo es la unión entre los Estados miembros a través de las instituciones correspondientes en la materia de seguridad social. Dicho acuerdo se aplica a las personas que se encuentren protegidas por la legislación nacional de uno de los Estados miembros de la comunidad, amparando en todo momento a los migrantes regionales que se encuentren en tránsito en alguno de los Estados miembros de la CARICOM. Mediante este acuerdo se garantizan las siguientes prestaciones:
- Pensiones de invalidez
 - Pensiones de incapacidad
 - Pensiones de jubilación por edad de retiro
 - Pensiones de sobrevivientes
 - Pensiones originadas por la muerte del asegurado
- Asimismo, el acuerdo estipula que las contribuciones de seguridad social realizadas en cualquiera de los Estados miembros de la comunidad serán totalmente reconocidas en los demás países, para ser contabilizadas en los periodos de cotización y acceder a los beneficios que el sistema ofrece.⁵⁶
- *Libre circulación y eliminación del permiso de trabajo*. Dentro del tratado de Chaguaramas se estipula que los Estados miembros tendrán la obligación de dejar la libre movilidad de las personas dentro del territorio de la comunidad. Además, en 1996 se estableció que los nacionales de la CARICOM que cuenten con un título universitario puedan tener movilidad laboral sin necesidad de un permiso extra, lo que genera un beneficio a los migrantes intrarregionales.⁵⁷

⁵⁵ Martínez Pizarro, Jorge, *op. cit.*, p. 398.

⁵⁶ Alburquerque F, Rafael, *La dimensión social en el CARICOM*, Corte Suprema de Justicia, p. 129.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 130.

Regulación de la protección social por la CARICOM a migrantes

A pesar de la existencia de tratados como el de Chaguaramas y el Acuerdo sobre Seguridad Social de la CARICOM, que garantizan derechos a los trabajadores migrantes en situación regular de la Comunidad del Caribe (la movilidad laboral y el acceso a la seguridad social), que transiten o residan dentro de algún Estado miembro de la región, se debe precisar que la protección que brindan estos instrumentos resulta ser limitada, sobre todo debido a que estos dos grandes tratados van enfocados exclusivamente para migrantes trabajadores con estatus migratorio regular, por lo que se descartan aquellos migrantes que se encuentran en una situación migratoria irregular, principalmente por falta de recursos económicos de los Estados miembros de la CARICOM, pues muchos son conformados por islas pequeñas con pocas posibilidades de ingresos, aparte del turismo.

Sin embargo, la CARICOM ha estado contribuyendo con organismos internacionales que protegen los derechos de migrantes provenientes tanto de Estados que no conforman la comunidad como de la región. Ejemplo de ello es la firma de entendimiento entre la comunidad y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que busca “establecer una estrecha colaboración entre ambas organizaciones en actividades relacionadas con la migración en un empeño por conseguir los máximos beneficios tanto para sus Estados miembros como para sus poblaciones”.⁵⁸

El objetivo es sumar esfuerzos y colaboración en materia de:

- Cooperación técnica y fortalecimiento de capacidades en materia de migración.
- Asistencia mutua en actividades relacionadas con mejores prácticas para la gestión de la migración.
- Migración y desarrollo y derechos humanos de los migrantes.
- Participación conjunta en programas de interés común para la OIM y CARICOM.⁵⁹

Asimismo, la CARICOM ha tomado acciones para regular una protección social que rebase las políticas nacionales que cada Estado implementa de

⁵⁸ OIM, “La OIM y la CARICOM firman un memorando de entendimiento”, 2010, disponible en: <https://www.iom.int/es/news/la-oim-y-la-caricom-firman-un-memorando-de-entendimiento>.

⁵⁹ *Idem*.

manera individual. Por ello, de forma conjunta, se han desarrollado algunos programas que tienden a garantizar derechos sociales, si bien es cierto que no dirigidos exclusivamente a migrantes, sino a la población en general, tomando como premisa que una población que cuente con una protección social elemental en su país de origen difícilmente emigrará a otros Estados para poder conseguir una mejor calidad de vida, reduciendo los índices de migración dentro de la región de la Comunidad del Caribe. En los programas de protección social que buscan garantizar derechos sociales destacan los siguientes:

A. Salud

La Secretaría de la CARICOM ha puesto en marcha algunas estrategias enfocadas a la atención de la salud. Ejemplo de ello es el Programa de Salud y Desarrollo, el cual tiene como finalidad mejorar la salud y bienestar de los habitantes de la comunidad caribeña. Éste se desarrolla en conjunto con la Agencia de Salud Pública del Caribe (CARPHA) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS);⁶⁰ a su vez, es desempeñado en el marco de la Declaración de 2001 de Nassau sobre salud, y se basa en dos puntos importantes: la cooperación del Caribe en la iniciativa de salud y una asociación para el Caribe contra el VIH/SIDA.

Esta declaración tiene como objetivo “la búsqueda de una mejor salud para las poblaciones de toda la región y la movilización de los recursos”.⁶¹

Otro instrumento que debe resaltarse es la Declaración de Puerto España “Unión para combatir la epidemia de enfermedades no transmisibles”,⁶² convocada por los jefes de Estado de la CARICOM. Gracias a esta iniciativa se prevé salvar vidas; combatir muertes prematuras y fuertes complicaciones de salud, de tal manera que la comunidad caribeña ha sido pionera en materia de combate contra las enfermedades no transmisibles no sólo en su región, sino a nivel continental.

Este tipo de iniciativas traen enormes beneficios a la población de la comunidad, máxime a países como Barbados, Jamaica y Trinidad y Tobago,

⁶⁰ Caribbean Community, “Health Sector Development: Overview”, Guyana, 2017, disponible en: <http://caricom.org/work-areas/overview/health>.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Organización Panamericana de la Salud, *Plan de acción para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles en las Américas*, Estados Unidos, OPS, 2014, p. 9.

que son los territorios del área con mayor prevalencia de enfermedades no transmisibles entre adultos.⁶³

Aunado a ello, el Programa de Desarrollo de la Salud busca mejorar los sistemas de salubridad, así como las políticas encaminadas a la misma rama para elevar el nivel de salud de toda la región, enfocándose en ocho áreas de acción: enfermedades transmisibles; enfermedades no transmisibles; salud de la familia; salud mental; desarrollo de recursos humanos; sistemas de salud de fortalecimiento; alimentación y nutrición, y salud ambiental.⁶⁴

Por los motivos anteriores, es posible observar que, dentro de la Comunidad del Caribe, se toma en consideración, como una de las principales directrices de acción, la atención a la salud y la garantía de acceder a este derecho.

B. *Vivienda*

El derecho a tener una vivienda se traduce como un derecho no justiciable derivado de la dificultad que tienen las personas para exigir el cumplimiento del mismo. Un estudio realizado por el Banco de Desarrollo estima que *el déficit de vivienda en América Latina y el Caribe es de entre 42 y 51 millones de unidades en una región que se estima crecerá a 160 millones de hogares en 2020*,⁶⁵ en donde la Comunidad del Caribe resulta seriamente afectada.

En ese sentido, la comunidad caribeña, en colaboración con el Banco del Caribe, ha puesto en marcha acciones destinadas a brindar vivienda digna a aquellas personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, y que por tanto tienen mayores trabas para adquirir una vivienda.⁶⁶ Desde los años noventa el Banco de Desarrollo del Caribe ha prestado alrededor de 160 millones de dólares a 12 países miembros de la comunidad,⁶⁷ para que se enfoquen a realizar políticas públicas que tengan como eje conductor el otorgamiento de una vivienda digna a las personas más vulnerables de la sociedad.

⁶³ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, “CARICOM firmará acuerdos de salud con organismos internacionales”, Venezuela, 2014, disponible en: <http://sursur.sela.org/listado-de-noticias/2014/06/caricom-firmara-acuerdos-de-salud-con-organismos-internacionales/>.

⁶⁴ Caribbean Community, *cit.*

⁶⁵ Caribbean Community, “CDB Considering Appropriate Housing Solutions for Low Lower-Middle income Owners”, Guyana, disponible en: <http://caricom.org/media-center/communications/news-from-the-community/cdb-considering-appropriate-housing-solutions-for-low-lower-middle-income-o>.

⁶⁶ CARICOM Today, “Housing”, Guyana, 2015, disponible en: <http://today.caricom.org/tag/housing/>.

⁶⁷ *Idem.*

C. Educación

La educación es un factor decisivo para el desarrollo de cualquier región, por ello la Secretaría de CARICOM ha apostado para que los jóvenes de la zona puedan obtener nuevas oportunidades laborales y un desarrollo adecuado con las habilidades adquiridas en las aulas.

Para lograr ese objetivo se ha implementado un subprograma de educación que tiene como finalidad la homologación de las políticas y programas de estudio de todos los países de la comunidad, con la intención de que todas las personas de la región *puedan equipararse con los conocimientos, habilidades y actitudes para disfrutar de calidad de vida, contribuir al desarrollo de la región y competir con el entorno global*.⁶⁸ En ese tenor, se han tenido avances significativos: el promedio de escolarización de la región ha pasado de 4.3 años en 1960, a 10.3 años en 2017.⁶⁹

Los Estados partícipes en este subprograma deben poner especial atención en que las políticas implementadas dentro de su territorio contemplen las siguientes directrices:

- Desarrollo infantil temprano (DIT)
- Derechos del niño y protección de la infancia
- Salud y educación para la vida familiar
- La enseñanza y el maestro de educación: creación de los consejos nacionales de enseñanza
- Desarrollo e implementación de estándares de enseñanza de práctica
- Educación técnica y profesional (EFTP)
- La calificación profesional del Caribe (CVQ)
- El marco de cualificación del Caribe
- Programas de becas⁷⁰

D. Trabajo

La Comunidad del Caribe, en materia laboral, aún tiene un largo camino que recorrer para alcanzar los estándares mínimos internacionales, al igual que muchas otras naciones. Sin embargo, los intentos por lograr el respeto a los

⁶⁸ Caribbean Community, "Education: Overview", *cit.*

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

derechos laborales de sus trabajadores han sido varios. Dentro de éstos destaca, por supuesto, la Carta de la Sociedad Civil para la Comunidad del Caribe, que, específicamente en su artículo 19, refiere los derechos de los trabajadores a:

- Participar en las actividades de las organizaciones.
- Negociar colectivamente.
- Ser protegido contra prácticas desleales, incluyendo la intimidación o la vejación.
- Laborar en condiciones de seguridad e higiene.
- Tener una jornada razonable de trabajo, descansos y días feriados con remuneración.
- Recibir una razonable remuneración por su labor.⁷¹

Asimismo, dentro de la Carta en comento, se establecen diversos compromisos de los Estados miembro que deberán ser respetados, como:

- Garantizar el derecho de los trabajadores a escoger libremente su ocupación.
- Reconocer la aspiración de los trabajadores de percibir una remuneración digna que les permita, junto con sus familiares, un nivel de vida decente.
- Ofrecer la debida protección contra despidos arbitrarios.
- Establecer los mecanismos adecuados para una rápida solución de las disputas laborales y el restablecimiento de la normalidad en caso de huelgas.
- Proveer un periodo adecuado de descanso remunerado con beneficios razonables de seguridad social a favor de la mujer, antes y después del parto, y adoptar medidas que impidan al empleador poner término al contrato de una mujer embarazada o tomar cualquier otra acción que menoscabe su estabilidad por razones de embarazo.
- Adoptar normas mínimas de cumplimiento obligatorio para los empleadores en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- Conceder a los trabajadores beneficios razonables de seguridad social.
- Lograr que cada persona que alcance la edad de retiro y no tenga los medios indispensables para su subsistencia le sea concedida asistencia social y médica.⁷²

⁷¹ Caribbean Community Secretariat, *cit.*, p. 19.

⁷² *Idem.*

Desafortunadamente, pese a lo pactado en la Carta de la Sociedad Civil, en materia de trabajo existe un alto desempleo/subempleo (en especial entre mujeres y jóvenes),⁷³ y una de las causas principales es la falta de habilidades, industrias y capacitación para realizar una actividad. Pero se espera que los Estados miembros sean conscientes de la importancia de adecuar sus legislaciones y, por supuesto, garantizar los elementos esenciales que permitan, a cada uno de sus nacionales, adquirir los medios de subsistencia elementales para gozar de una vida estable y digna.

V. CONCLUSIONES: RETOS ACTUALES DE LA CARICOM EN MATERIA DE MIGRACIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL

La conformación de una comunidad económica dentro de la región del Caribe, sin duda alguna, ha significado un avance histórico dentro del continente americano. Sin embargo, dadas las condiciones geográficas y económicas que se engloban dentro de este territorio, aún quedan tareas pendientes a las cuales se debe hacer frente de manera muy específica para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales.

El primer reto involucra la voluntad de los Estados miembros para acatar verazmente lo pactado dentro de los instrumentos internacionales propios de la CARICOM, sobre todo aquellos que tienen que ver directamente con los problemas de migración, desempleo y salud; ya que mientras no exista la disponibilidad de los Estados miembros, poco y nada sirve que se establezcan pactos regionales en beneficio de los habitantes.

Ejemplo de ello es el Acuerdo CARICOM sobre Seguridad Social, que por desgracia no se encuentra en práctica debido a que los Estados miembros no han realizado las reformas necesarias en sus marcos normativos nacionales para adecuarse al regional, dejando así desprotegidos a los trabajadores migrantes de la región que se encuentran laborando en un país de la comunidad distinto al suyo.⁷⁴

Cuestión preocupante, ya que este instrumento regional es el principal en materia de protección social que garantiza el aseguramiento social de los trabajadores migrantes, generando una incertidumbre para las personas de la Comunidad del Caribe.

⁷³ Caribbean Community, *cit.*

⁷⁴ Cfr. CEPAL, *Reunión regional latinoamericana y caribeña de expertas y expertos en migración internacional preparatoria del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular*, Chile, 2017, p. 9.

En ese contexto, si no existe una adecuación que permita, ya sea la homologación o la coordinación de todas las legislaciones nacionales de cada Estado miembro frente a las declaraciones, protocolos, acuerdos, tratados, etcétera, que toma la CARICOM, no se estará en posibilidad de hacer frente a la migración de la región del Caribe.

El segundo reto al que se enfrenta la comunidad es brindar los medios de subsistencia necesarios para cada habitante de la región. Es bien sabido que la mayoría de los casos de migración en la zona tiene como principal causa la búsqueda de un nivel de vida más alto, ya que en su país de origen no pueden satisfacer sus necesidades básicas, por lo cual se ven en la necesidad de buscar nuevas oportunidades de vida en países donde les brinden esa oportunidad que tanto anhelan.

Sin duda alguna, el trabajo bien remunerado es la puerta principal que permite alcanzar, por lo menos, los recursos básicos que cada persona requiere. Por ello, apostar por la creación de fuentes de empleo reduciría considerablemente la migración de habitantes de la comunidad, máxime en la región de la CARICOM, caracterizada por la enorme fuga de cerebros; una región que cuenta con personal altamente capacitado, pero carece de los lugares donde podrían detonar esas habilidades adquiridas a cambio de una remuneración económica que les permita satisfacer sus necesidades básicas.

Por último —y como se pudo observar a lo largo de este análisis—, la integración regional de los países que conforman la Comunidad del Caribe ha tenido un impacto importante en materia de derechos sociales, sobre todo en el área de salud, tanto con la Iniciativa de Cooperación Caribeña en Salud como con la implementación de la Agencia Caribeña de Salud Pública. Sin embargo, no existen mecanismos de garantía para la exigencia de tales servicios por parte de todos los ciudadanos, y menos para los migrantes que radican en los Estados miembros.

En ese sentido, el mayor reto al que se enfrenta la comunidad es aminorar las desigualdades existentes dentro de sus territorios, pues es, precisamente éste, uno de los principales factores que fomentan la migración y proliferación de los trabajadores informales y, por tanto, un bajo nivel de vida en sus habitantes. Así, también la falta de homologación en la garantía de los derechos sociales merma la protección que tienen sus habitantes al desplazarse de un territorio a otro, sobre todo en el traslado de sus derechos pensionarios tanto para los trabajadores migrantes como para sus familias.

Derivado de lo anterior, la construcción normativa nacional e internacional de la región debe ir aparejada a las necesidades propias de su población,

puesto que poco servirá firmar convenios si no se tienen los medios suficientes para dar cumplimiento a lo establecido. En adición, se debe resaltar la importancia de la solidaridad, que debe primar dentro de los Estados miembros para garantizar una protección social a los migrantes que transiten o residan dentro de alguno de los países de la Comunidad del Caribe.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- AEC, “Sobre la AEC”, disponible en: <http://www.acs-aec.org/index.php?q=es/sobre-la-aec>.
- ALBURQUERQUE F, Rafael, *La dimensión social en el CARICOM*, Corte Suprema de Justicia.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “CDB Considering Appropriate Housing Solutions for Low Lower-Middle income Owners”, Guyana, disponible en: <http://caricom.org/media-center/communications/news-from-the-community/cdb-considering-appropriate-housing-solutions-for-low-lower-middle-income-o>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Creativity for Employment and Business Opportunity (CEBO)”, disponible en: <http://caricom.org/projects/detail/creativity-for-employment-and-business-opportunity-cebo>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Education: Overview”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/work-areas/overview/education>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Health Sector Development: Overview”, disponible en: <http://caricom.org/work-areas/overview/health>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Health Sector Development: Overview”, Guyana, 2017, disponible en: <http://caricom.org/work-areas/overview/health>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Human Development”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/our-work/human-development>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Members”, Guyana, CARICOM, 2017, disponible en: <http://www.caricom.org/>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “The Caribbean Labour Market Information System (CLMIS) Project”, disponible en: <http://caricom.org/projects/detail/the-caribbean-labour-market-information-system-clmis-project>.
- CARIBBEAN COMMUNITY, “Who we are”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/about-caricom/who-we-are>.
- CARIBBEAN COMMUNITY SECRETARIAT, *Charter of Civil Society for the Caribbean Community*, Guyana, CARICOM, 1997.

- CARICOM, “1958- 1964: desde la Federación de las Indias Occidentales a CARIFTA”, Guyana, CARICOM, disponible en: <http://caricom.org/community/history#paginate-27>.
- CARICOM, Acerca de CARICOM, primer ministro, disponible en: <https://caricom.org/about-caricom/who-we-are/our-governance/heads-of-government/jamaica>.
- CARICOM, “Caribbean Public Health Agency (CARPHA), Areas of Work”, disponible en: <http://caricom.org/about-caricom/who-we-are/institutions1/caribbean-public-health->.
- CARICOM, “Declaración de la Sociedad Civil de la CARICOM”, Guyana, 2015, disponible en: http://www.jchs.org.jm/uploads/1/3/4/4/13441454/spanish_declaracion%C3%B3n_de_la_sociedad_civil_de_la_caricom_06_2015.pdf.
- CARICOM, “La conferencia de jefes de gobierno”, Guyana, CARICOM, disponible en: <https://caricom.org/about-caricom/who-we-are/our-governance/heads-of-government/jamaica>.
- CARICOM, “Members”, Guyana, CARICOM, 2017, disponible en: <http://www.caricom.org/>.
- CARICOM, “Strategic Plan-Caribbean Community 2015-2019”, disponible en: http://caricom.org/STRATEGIC%20PLAN%202016_opt.pdf.
- CENTRO DE ESTUDIOS MONETARIOS LATINOAMERICANOS, *Las remesas hacia América Latina y el Caribe en 2016: nuevo récord*, México, CEMLA, 2017, p. 32.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe*, Chile, CEPAL, 2016.
- DATOS MACRO, CARICOM, disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/comunidad-caribe>.
- División de Comercio Internacional e Integración de la CEPAL, *Los procesos de integración de los países de América Latina y el Caribe 2000-2001: avances, retrocesos y temas pendientes*, Chile, 2002.
- EXPANSIÓN, “CARICOM-Comunidad del Caribe”, 2017, disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/paises/grupos/comunidad-caribe>.
- FERNÁNDEZ, Armando, *Comarcas vulnerables: riesgos y desastres naturales en Centroamérica y el Caribe*, Argentina, CRIES, 2005.
- LANEYDI MARTÍNEZ, Alfonso, *La Comunidad del Caribe (CARICOM) en el contexto de un nuevo regionalismo latinoamericano (2001-2012): cambios, desafíos y oportunidades*, Argentina, FLACSO, 2013.
- LATIN AMERICAN NETWORK INFORMATION CENTER, “Caribbean LANIC”, 2015, disponible en: <http://lanic.utexas.edu/country/caribbean/>.

- LÓPEZ COLL, Armando, *La Comunidad del Caribe (CARICOM) en la encrucijada*, Cuba, 2000.
- MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge, *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, CEPAL, 2011.
- NACIONES UNIDAS, “Aumenta la pobreza en América Latina, revela Comisión Económica para América Latina y Caribe”, UN, 2017, disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=38602#.Wl49Qq7iayo>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la Región*, Perú, OIT, 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Panorama Laboral 2017. América Latina y el Caribe*, Perú, OIT, 2017.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Plan de acción para la prevención y el control de las enfermedades no transmisibles en las Américas*, Estados Unidos, OPS, 2014.
- SCHMID, Karoline, *Migración en el Caribe: ¿qué sabemos al respecto? Panorama general sobre datos, políticas y programas en los niveles internacional y regional para encarar cuestiones críticas*, CEPAL, 2013.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, “¿Qué es la Comunidad del Caribe?”, CARICOM, disponible en: <http://www.caricom.org>.
- Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, *Evolución de la Asociación de Estados del Caribe, Venezuela, Secretaría Permanente del SELA*, Caracas, 2015.
- SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE, “La migración, los acuerdos en materia social y el proceso de integración”, disponible en: <http://www.sela.org/media/268294/i023600000643-0-migracion.htm>.

EL CÓDIGO SOCIAL EN LA RUSIA CONTEMPORÁNEA: VENTAJAS Y RIESGOS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA*

SOCIAL CODE IN CONTEMPORARY RUSSIA: ADVANTAGES
AND RISKS OF THE JURIDICAL REGULATION

CODE SOCIAL EN RUSSIE ACTUELLE: POTENTIELS
ET RISQUES DE LA REGLAMENTACION JURIDIQUE

Marianna ABRAMOVA **
Anna POPOVA ***
Svetlana GOROKHOVA ****

RESUMEN: Hoy, en Rusia, se presta gran atención a la calidad de las actas legislativas. Esto se debe al acercamiento de los sistemas de derecho y del proceso de elaboración de leyes de los diferentes Estados. Los derechos humanos, incluidos los sociales, son considerados de supremo valor por la Constitución de la Federación de Rusia. Pero el verdadero desarrollo para el logro de estos valores sufre de las contradicciones. Eso no corresponde al posicionamiento de Rusia como Estado social, porque hasta el día de hoy, en Rusia, no existe un código social federal único. Las leyes de seguridad social no son sistémicas; son contradictorias y complejas en su aplicación. Y es que la regulación de los derechos sociales se encuentra bajo control, tanto del gobierno federal como de las regiones de la Federación de Rusia. Desde el 2004 y hasta el 2017, siete regiones de la Federación de Rusia adoptaron su código social, que en este artículo analizamos de acuerdo con diversos criterios: conceptos fundamentales, objetivos, tareas y estructura del código, principios de la

* Recibido el 6 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Universidad Estatal de Moscú (Lomonosov), docente de la Facultad de Ciencias Políticas, vicedeja de la Cátedra de Política Estatal, PhD (Historia), magister (Derecho).

*** Universidad Financiera bajo el Gobierno de la Federación Rusa (Moscú), Departamento de Derecho, profesora, doctora (Derecho), PhD (Filosofía).

**** Universidad Financiera bajo el Gobierno de la Federación Rusa (Moscú), Departamento de Derecho, docente, PhD (Derecho).



legislación social, la existencia de fórmulas de cálculos y otros. Según la opinión de los autores del artículo, el código social federal contribuiría a tan indispensable unión de la sociedad rusa. La codificación de esta ley es de gran importancia para garantizar el acceso de las amplias masas de la población a ésta, así como para elevar el conocimiento de los ciudadanos rusos sobre sus derechos sociales.

Palabras clave: Rusia, Constitución, Estado social, Federación, código social.

ABSTRACT: Considerable attention in Russia today is devoted to the quality of legislation; this can be explained by the definitions of the principles of social and law-bounded state and of protection of human rights. The Constitution of the Russian Federation has proclaimed human rights including social rights, the uppermost value, however, the real movement towards these goals is still contradictory. Therefore, this does not comply with Russia's stature as a social state because so far Russia lacks a unified federal Social Code. Russia's current system of laws guaranteeing social rights is erratic, contradictory and difficult to apply; this is due to the fact that the regulation of social legislation is in the hands of both regional and federal state structures. In the period of 2004 to 2017 seven entities of the Russian Federation adopted their own Social Codes, which are to be investigated in the given paper according to these criteria: basic definitions; the goals, the tasks and the structure of these codes; the principles of social legislation; using existing mathematic formulae. According to the authors, the creation of a federal Social Code will promote the required consolidation of the present-day society in Russia. Codification of the legislative branch is extremely important to facilitate the population's access to the Social Code, and to expend the public's knowledge about their social rights.

Keywords: Russia, Constitution, social State, Federation, social code.

RÉSUMÉ: En Russie, on accorde aujourd'hui beaucoup de prix à la qualité des actes législatifs, le rapprochement des systèmes juridiques et des processus législatifs de différents Etats en est la raison. Les droits de l'homme, y compris sociaux, sont proclamés "valeur suprême" par la Constitution de la Russie, mais l'avancement réel vers l'acquisition de ces valeurs souffre d'incohérence et de contradictions. La Russie est dépourvue jusqu'ici de Code social fédéral uni et, qui plus est, la législation destinée à la protection sociale est confuse, contradictoire et difficile à appliquer, le règlement des droits sociaux relevant de la

compétence commune du centre fédéral et des sujets de la Fédération de Russie. De 2004 à 2017, sept sujets de la Fédération ont adopté leurs propres Codes sociaux dont l'analyse est faite dans le présent article d'après les critères suivants: notions générales, objectifs, tâches et structures de la code, principes de la législation sociale; présence de formules de calcul, etc. De l'avis des auteurs du présent article, le Code social fédéral pourrait contribuer à la cohésion dont la société russe a tellement besoin à l'heure actuelle. La codification des législations sectorielles est extrêmement importante pour qu'on puisse mettre celles-ci à la portée des vastes couches de la populations, aussi bien qu'élever le niveau de connaissance de nos citoyens sur leurs droits sociaux.

Mots clés: Russie, Constitution, Etat social, Fédération, code social.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo e instauración de la legislación social en Rusia.* III. *Análisis comparativo de los códigos sociales en la Federación de Rusia contemporánea.* IV. *El papel de la defensa judicial de los ciudadanos en el área de la seguridad social.* V. *Conclusión.* VI. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

Los temas de la defensa social, incluyendo la seguridad social, se encuentran bajo control conjunto de la Federación de Rusia y de sus regiones. Por esta razón, el sistema de apoyo social a la población en Rusia contemporánea está regulada por más de 125 actas normativas jurídicas federales y una enorme cantidad de documentos de las 85 regiones de la Federación de Rusia. El volumen del cuerpo de normas vigentes obstaculiza tanto la obtención del apoyo social para los ciudadanos como su aplicación por parte de los órganos del poder estatal. Este problema fue resuelto en algunas regiones de la Federación de Rusia en los años 2000, después de la adopción de sus códigos sociales en los cuales se sistematizó la legislación social regional por medio de la codificación de las actas normativas jurídicas, vigentes en el área de la seguridad social de la población.

Hoy en día, en siete regiones de la Federación de Rusia existe un código social vigente. Es así: la región de Belgorod adoptó su código social en 2004, luego, en 2008, este documento fue aprobado en las regiones de Omsk y Yaroslavl. San Petersburgo adoptó su código en 2011, la región de Volgogrado, a fines del 2015,

la región de Astrajan, a fines del 2016 y, por último, la región de Leningrado adoptó este documento en noviembre del 2017.¹ Tales instrumentos jurídicos representan el resultado de una actividad titánica, en primer lugar, de los órganos administrativos de seguridad social de la población de estas regiones. Precisamente, ellos hicieron un inmenso trabajo para sistematizar y codificar todo el material normativo. Por ejemplo: en la región de Yaroslavl, como resultado de la adopción del código social, se codificaron 27 leyes regionales y cerca de 120 de otras actas normativas que determinan las medidas de apoyo social y su orden. Los códigos sociales de San Petersburgo y de la región de Volgogrado aúnen a más de 170 actas jurídicas normativas (cada uno). En la región de Leningrado el sistema de apoyo social a la población antes de adoptar su código social era regulado por más de 60 leyes regionales y cerca de 100 actas jurídicas.

Estos ejemplos de codificación de la ley social a nivel de las regiones de la Federación de Rusia demuestran la capacidad de unificar en un documento las normas que regulen todo el sistema de apoyo social natural y económico a las diferentes categorías de los ciudadanos, así como de ayuda social individual a los pobres e, incluso, prestar servicios sociales en el marco del servicio social a la población.

En general, la experiencia mundial de codificación en el derecho social ya es conocida. En Alemania existe un código social vigente. En Francia se aplica el código de seguridad social que, en su mayor parte, es resultado de

¹ Ley de la región de Belgorod del 28/12/2004, núm. 165, “Código social de la región de Belgorod”, Recopilación de actos jurídicos normativos de la región de Belgorod, 2005, núm. 65; Ley de la región de Omsk del 04/07/2008, núm. 1061-OZ, “Código de la región de Omsk sobre la defensa social de ciertas categorías de ciudadanos”; *Noticiero de Omsk (Омский вестник)*, 2008, núm. 73; Ley de la región de Yaroslavl del 19/12/2008, núm. 65-z, “Código social de la región de Yaroslavl”, *Noticiero gubernamental (Губернские весту)*, 2008, núm. 116; Ley de San Petersburgo del 22/11/2011, núm. 728-132, “Código social de San Petersburgo”, *Noticiero de la Asamblea Legislativa de San Petersburgo (Вестник Законодательного Собрания Санкт-Петербурга)*, 2011, núm. 41; Ley de la región de Volgogrado del 31/12/2015, núm. 246-OD, “Código social de la región de Volgogrado”, página oficial de información jurídica, 2016, disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/3400201601040034>; Ley de la región de Astraján, núm. 85/2016-OZ, del 22/12/2016, “Sobre las medidas de apoyo social y ayuda social a ciertas categorías de ciudadanos en la región de Astraján”, página oficial de información jurídica de los órganos de poder estatal de la región de Astraján, núm. 52, 2016, disponible en: <http://pravo-astrobl.ru/document/document-0002201612230002>; Ley regional de la región de Leningrado del 17/11/2017, núm. 72-oz, “Código social de la región de Leningrado”, página oficial de información jurídica, 2017, disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/4700201711200003>.

la consolidación de la legislación. Los demás Estados de la Unión Europea, en su política interna de seguridad social, se rigen por actas de la comunidad internacional, en particular por las actas del Consejo de Europa (por ejemplo: el Código Europeo de Seguridad Social, del 16 de abril de 1964; la Carta Social Europea, del 18 de octubre de 1961; la Convención Europea para la Seguridad Social, del 16 de diciembre de 1972, y otras).

En el presente artículo se realiza un análisis comparativo de los siete códigos sociales vigentes en Rusia. Este análisis demostró tanto el potencial como el significativo riesgo de la nueva regulación jurídica en el área social, pues se vieron grandes diferencias en el contenido y en la estructura de los códigos. Asimismo, se examinaron casos de protección judicial de los derechos sociales que han puesto al descubierto una serie de fallas en los nuevos códigos. Esto devino como resultado de la inexistencia en la Rusia contemporánea de un acta legislativa federal que pueda servir de modelo y orientación en el plano técnico jurídico a las regiones de la Federación de Rusia.

II. DESARROLLO E INSTAURACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL EN RUSIA

Antes de empezar el presente análisis hay que estudiar la evolución de la legislación social en Rusia. Por primera vez se hicieron intentos de regular el área social ya en la época del Imperio ruso,² pero la poca atención que le prestaron las clases dominantes a esta importante área fue una de las causas de la Revolución Socialista de Octubre.³ La primera Constitución socialista (Constitución de la RSFSR, de 1918), debido a la prolongada guerra civil y a la economía arruinada, no pudo garantizar una amplia lista de derechos sociales a los ciudadanos.⁴ No obstante, la Constitución de 1936 (estalinista) consolidó tales novedades sociales, reconocidas como de las más progresistas de la época, incluso por investigadores extranjeros.

² Pashentsev, D. A., "Las tradiciones jurídicas rusas en el área social (aspecto histórico social)", *Noticiero de la Universidad de San Petersburgo. Derecho*, núm. 2, 2018, pp. 139-156, disponible en: <https://doi.org/10.21638/11701/spbu14.2018.202>.

³ Zholobova, G. A., "El desarrollo del instituto de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano en la Constitución de la RSFSR de 1918, dedicado al centenario de su adopción", *Noticiero de la Universidad "Kutafin"*, núm. 8, 2018, pp. 74-91.

⁴ La Constitución (ley principal) de la República Soviética Federal Socialista de Rusia (adoptada por el V Congreso Nacional de los Soviets en la Asamblea del 10 de julio de 1918), disponible en: <http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1918/>.

Por ejemplo: según la opinión de A. Nussberger, académica de la Universidad de Colonia, “El que una parte de la Constitución de la URSS de 1936 fuere dedicada a los derechos sociales devino como factor decisivo para el ulterior desarrollo, así como también para la comprensión ideológica de los derechos sociales”.⁵ El capítulo X de la Constitución de la URSS, de 1936, se llamaba “Los principales derechos y obligaciones de los ciudadanos”, y contenía una amplia lista de derechos y libertades. Entre los primeros estaban, precisamente, los sociales: el derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad económica en la vejez, así como en casos de enfermedad, pérdida de capacidad física o mental, etcétera.⁶ Y para cada uno de los derechos sociales reflejados en la Constitución de 1936 se determinaba una lista de garantías; es decir, formas y medidas organizativas jurídicas que garantizaban aquellos derechos. A diferencia de los derechos políticos de los ciudadanos de la URSS, que, en mucho, tenían carácter declarativo, los derechos sociales estaban respaldados legalmente por una serie de garantías y, prácticamente, fueron realizados.

Por decir, el derecho a la educación estaba garantizado por la educación escolar obligatoria para todos, por la educación gratis, incluyendo la educación superior, por un sistema de estipendios estatales a la gran mayoría de los estudiantes de la escuela superior, por el estudio en las escuelas en su idioma natal, etcétera. Se considera que la experiencia de consolidar constitucionalmente una garantía social como el estipendio, es muy favorable. Por desgracia, la Constitución rusa vigente no dice nada sobre la seguridad social de la juventud estudiantil, incluido el estudiantado.⁷ También, hay que reconocer el alto nivel de la técnica jurídica del acta constitucional: exactitud, claridad, concisión de las normas y lenguaje de expresión comprensible para el ciudadano común.

Desafortunadamente, las actas legislativas rusas de hoy en mucho han perdido estas propiedades. Las disposiciones de la Constitución de la URSS de 1936, luego, fueron utilizadas como modelo para la elaboración de la Constitución de otros países socialistas. Los derechos sociales incluidos en las

⁵ Nussberger, A., “El desarrollo de los derechos sociales a nivel nacional e internacional”, *Observación Comparativa Constitucional*, núm. 1, 2008, pp. 107-115.

⁶ Constitución (ley suprema) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (ratificada por el VIII Congreso Extraordinario de la Unión de RSS el 5 de diciembre de 1936), disponible en: http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1936/red_1936/3958676/.

⁷ Constitución de la Federación de Rusia (adoptada por votación popular el 12 de diciembre de 1993), disponible en: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/.

Constituciones de los países de Europa oriental en los años 1940-1950 se mantuvieron incluso después de las “revoluciones de terciopelo” de fines del siglo XX y, hoy, son consideradas por los científicos como un elemento de continuidad en el contexto jurídico modificado.⁸ Los investigadores de Occidente que estudiaron el meollo de los derechos sociales “experimentaron en sí mismos una fuerte influencia de la ciencia jurídica soviética y de la práctica de la consolidación legislativa de los derechos socioeconómicos”.⁹

La última Constitución soviética, de 1977, amplió y profundizó aún más los fundamentos del sistema estatal.¹⁰ En su artículo 7o. consolidaba el papel especial de los sindicatos en la vida política del país, su participación “en la gerencia de los asuntos estatales y sociales”, así como en la resolución de los temas políticos, económicos y socioculturales. El artículo 8o. determinaba: “los equipos laborales [trabajadores] participan en el estudio y resolución de los asuntos estatales y sociales”. Y el artículo 14 determinó la labor de los soviéticos como fuente de riqueza social. Se consideraba que el Estado realizara el control de la medida de trabajo y empleo, en particular, mediante la tributación.

Así, se supone que los principios de la cooperación social y de la democracia social, que fueron desarrollados en los países occidentales, y que en las últimas décadas nuevamente se integran en la legislación rusa, precisamente, fueron realizados en la URSS (por supuesto, en formas específicas, propias de la economía socialista). También se garantizó no sólo la participación de los empleados en el manejo de las empresas, sino también de los asuntos estatales. Luego, el concepto de “equipo laboral” prácticamente fue eliminado de la legislación, incluida la legislación laboral.

La caída del sistema comunista y el giro de Rusia hacia la economía capitalista significó la completa revisión del sistema establecido de regulación jurídica en el área social.¹¹ La Constitución de 1993 determinó a Rusia como Estado social (artículo 7o.), y consolidó una serie de derechos sociales

⁸ Putilo, N. V., *Derechos sociales de los ciudadanos. Historia y actualidad*, Moscú, Jurisprudencia, 2007, p. 308.

⁹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁰ Constitución (ley suprema) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (adoptada en la VII Sesión Extraordinaria del Soviet Supremo de la URSS de la Novena Convocación el 7 de octubre de 1977), disponible en: http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/5478732/.

¹¹ Becerra Ramírez, Manuel, “Constitución rusa de 1993”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, núm. 15, 1995, p. 19.

que antes se reflejaban en las Constituciones soviéticas: el derecho a la remuneración del trabajo sin ningún tipo de discriminación y por no menos del mínimo determinado por la ley; el derecho al descanso (artículo 37); a la seguridad social (artículo 39); a la vivienda (artículo 40); al cuidado de la salud y al servicio médico (artículo 41), y a la educación (artículo 43).

Al mismo tiempo surge una serie de derechos y libertades que no se reflejaban en las Constituciones de la época socialista: la libertad de trabajo; el derecho a las disputas laborales individuales y colectivas, incluyendo las huelgas, y el derecho a la defensa de la cesantía. Derechos que no se reflejaban en las Constituciones soviéticas por obvios motivos: la libertad de trabajo es incompatible con la obligación a trabajar, las huelgas en la URSS no estaban permitidas y la cesantía se consideraba ya liquidada desde los años treinta. Por tanto, es muy significativo que el artículo 37 no determine el derecho al trabajo como tal. En él se consolida solamente “el derecho al trabajo en condiciones que correspondan a la seguridad y a la higiene”; es decir, se trata, justamente, de las condiciones de trabajo y no de la concesión de trabajo.

De esta manera, la consolidación legislativa del principio de Estado social en la Constitución de 1993 no significa aún la verdadera plasmación de la idea del Estado social en la práctica. Por el contrario, es bien conocido que los años noventa fue una época extraordinariamente dramática para la sociedad rusa tanto en lo político —el enfrentamiento de las ramas del poder que llegara a un choque armado— como en lo socioeconómico. Es la época de una caída sin precedentes de la producción industrial, de una reducción drástica de las plazas de trabajo, de una fuga de altos especialistas de la producción y de la ciencia al sector comercial, así como del surgimiento de nuevas capas sociales vulnerables de la población, que, en condiciones de extrema escasez financiera, de hecho, se quedaron sin apoyo económico por parte del Estado.¹²

En tales condiciones aumenta significativamente la necesidad de una compleja consolidación formal jurídica del principio de Estado social y, antes que nada, de los mecanismos e instrumentos para su efectiva realización en la práctica. Entre tanto, esto fue lo que no se hizo. Si en la URSS la primordial acta jurídica normativa que regulaba las relaciones sociales eran las Constituciones,

¹² *Análisis de los procesos de privatización de la propiedad estatal en la Federación de Rusia durante los años 1993-2003 (labor analítica profesional)*, jefe del grupo de trabajo: S. V. Stepashin, presidente de la Cámara de Cuentas (Fiscalía) de la Federación de Rusia, Moscú, Olita, 2004.

hoy, en la Rusia contemporánea, la Constitución adoptada en 1993 estableció sólo una lista de derechos sociales, dejando sin atención la garantía de su ejecución.¹³ En el proceso de la aplicación de los derechos, los ciudadanos, de esta manera, ahora son mandados al inmenso marco de la legislación vigente. Más aún, el principio de la división de poderes entre el gobierno central y las regiones de Rusia, como Estado federal, complicó todavía más la regulación jurídica de los derechos sociales, ya que tal regulación, de acuerdo con el artículo 72 de la Constitución de 1993, está bajo control del gobierno central y de las regiones de Rusia. Para saber correctamente cómo aplicar sus derechos sociales, dónde y en qué volumen puede recibir los pagos y privilegios, el ciudadano ruso debe hacer uso no nada más de la ley federal, sino también de las leyes de la región donde reside.

Como resultado, la población de Rusia se vio en una situación completamente nueva, caracterizada por el alto nivel, sin precedentes, de todos los tipos de riesgos sociales. La infraestructura social que se heredara de la época de la URSS (el sistema de educación, salud y seguridad social) en condiciones de pasiva reformación, de hecho, funcionaba por inercia, y las reservas materiales de los ciudadanos en condiciones de la liberalización de los precios, y vinculada con ésta, de la inicial hiperinflación, ya, prácticamente, se les habían acabado. Por eso no es casual que la situación socioeconómica de la mayor parte de la población de Rusia en aquella época es calificada por muchos investigadores como de adaptación o, simplemente, de sobrevivencia.¹⁴

Al mismo tiempo, en esa época, en Rusia, comienza a desarrollarse el sistema de seguro social y surgen las instituciones estatales claves: el Fondo de Pensiones (de jubilación), el Fondo de Seguridad Social, el Fondo de Seguro Médico Obligatorio, así como el existente hasta 2001, el Fondo Estatal de Empleo de la Población. Justamente, estas instituciones debían haber jugado el papel de acumuladores de medios dinerales para asegurar los principales riesgos sociales y poner en práctica una nueva política social. Por esta razón dichas instituciones, en gran escala significativa, facilitaron la adaptación de la población al mercado, garantizaron una estabilidad social a pesar de los grandes choques y sentaron las bases para la construcción de un Estado social.¹⁵

¹³ Constitución (ley suprema) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, *cit.*

¹⁴ Kanarsh, G. U., “El Estado social: génesis histórica y modelos actuales”, *Sapientia. Comprensión. Conocimiento*, núm. 1, 2018, pp. 128-142, DOI: 10.17805/zpu.2018.1.10.

¹⁵ Kochetkova, L. N., *Discurso filosófico sobre el estado social*, Moscú, INFRA-M, 2012, p. 137.

El siguiente periodo, en los años 2000, es conocido como de relativa estabilidad en Rusia, vinculado con el alto precio de los minerales y, obviamente, el alto ingreso estatal por la venta de gas y petróleo.¹⁶ Al mismo tiempo, el periodo presidencial de Vladímir Putin (1999-2008, y desde el 2012 hasta la fecha) se caracteriza por el distanciamiento social, cuyas bases fueron sentadas en los años noventa, antes que nada, debido a la privatización masiva de la propiedad estatal. Es así como, por ejemplo, un grupo de investigadores economistas, encabezado por Thomas Piketty, de la escuela de economía de París, presenta estos datos: el 10% de los rusos más ricos obtienen el 45% del ingreso del país (la misma proporción que había en vísperas de la revolución burguesa de 1905).¹⁷ El número de ciudadanos rusos con un ingreso menor al mínimo vital (o sea, pobres) en el segundo trimestre del 2019, es de 18.6 millones, o el 12.7% de la población. El gobierno de la Federación de Rusia se ha impuesto la tarea de disminuir el nivel de pobreza en el país en dos veces para el 2024; lo que significa que ante el gobierno se encuentra la tarea de reducir el nivel de pobreza hasta el 6.6%.¹⁸

Además, las controversias internas de este periodo están vinculadas también a la inconsecuente política social, en particular, con la abrogación, a inicios de los años 2000, de los pagos al seguro por parte del empleador y la introducción de un impuesto social único, así como con los intentos de una parte de la elite política y económica de Rusia para desmontar el Estado social bajo la máscara de cambiarlo por un Estado de subsidios. Esto último representó, en sí, un intento para cambiar el principio clave de responsabilidad colectiva del Estado social —mediante los sistemas de seguro social y de distribución de impuestos— por el principio de responsabilidad personal de los ciudadanos y, sólo en caso obligatorio, complementado por el principio de solidaridad social.¹⁹

Como resultado, en la actualidad podemos hablar de la presencia en Rusia de las bases socioeconómicas, jurídicas, institucionales y de valores para la creación de un Estado social, pero como tal, el Estado social aún no está formado.

¹⁶ Jramtsov, A. F., *La burocracia y el Estado social*, Moscú, IS ACR, 2010.

¹⁷ “El distanciamiento en Rusia nuevamente como en vísperas de la revolución de 1905”, *Komsomolskaya Pravda*, 26 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.kp.ru/daily/26886/3930504/>.

¹⁸ Con detalles en RBC, disponible en: <https://www.rbc.ru/economics/27/08/2019/5d654feb9a79476337869b70>.

¹⁹ Kochetkova, L. N., *op. cit.*, p. 138.

III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CÓDIGOS SOCIALES EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA CONTEMPORÁNEA

En tales condiciones sería utópico esperar que las elites de poder vayan a adoptar un código social federal. La complejidad, la ausencia de sistema, la poca claridad de los textos básicos del derecho a la seguridad social, el uso en ellos de fórmulas matemáticas, la gran cantidad de normas de referencia, la ausencia de una terminología única y el calco de las normas federales a nivel regional, es solamente una lista incompleta de las faltas o insuficiencias que no permiten a los ciudadanos comprender correctamente el contenido de sus derechos y obligaciones en el área de la seguridad social.²⁰ El problema consiste en que debido al gran volumen de información, esta esfera se vuelve falta de sistema, se complica su uso, el estudio y la comprensión de las actas jurídicas normativas vigentes de la seguridad social. Es muy difícil para un ciudadano, sin conocimientos especiales en esta esfera, por sí mismo, analizar y resaltar la información que necesita.

En la segunda mitad de los años 2000 devino claro que existe la necesidad de realizar una completa investigación de la legislación social vigente para identificar las normas contradictorias y eliminar las obsoletas actas jurídicas normativas que no corresponden a las condiciones actuales. Tal idea ha encontrado una realización práctica en el establecimiento de normas en una serie de regiones de la Federación de Rusia. Sin esperar respuesta desde “arriba”, del “centro” (del gobierno central), las regiones comenzaron a trabajar en esta área. El actual proceso de codificación de las actas sociales jurídicas normativas se inició, precisamente, en las regiones de Rusia, en respuesta a la demanda objetiva de la época.

Codificación es el método de sistematización en el cual tiene lugar el estudio para la elaboración tanto interna como externa de la legislación vigente mediante la preparación y adopción de una nueva acta codificada.²¹ Como resultado de la codificación se realiza el cambio y la actualización del material normativo y se crea el acta codificada (código, ley codificada, estatutos, reglamento, disposiciones) que contiene en forma sistematizada todo,

²⁰ Kobilinskaya, S. V., “El papel de la codificación y la sistematización de la legislación rusa sobre la seguridad social”, *Trabajos de la Universidad Estatal de Kuban*, núm. 48, 2014, pp. 195-198.

²¹ Pavlenko, D. S., “Problemas de la codificación del derecho de seguridad social en Rusia”, *El Joven Científico*, núm. 6, 2016, pp. 95 y 96.

o la mayor parte de las normas.²² El objetivo del código social es unir en un solo documento diversas normas jurídicas que regulen las relaciones sobre la seguridad social de los ciudadanos con el fin de que facilite su percepción y empleo.²³

Ahora bien, comparamos los códigos sociales adoptados de acuerdo con los siguientes criterios: conceptos fundamentales; objetivos y tareas del código, principios de la legislación social, estructura del código, presencia de fórmulas de cálculo en el texto del código y limitación de acción en el tiempo.

Conceptos fundamentales

En las regiones de Belgorod y de Volgogrado, en la estructura de sus códigos no existe una parte dedicada a los conceptos básicos que se utilizan en los documentos, sin embargo, existe la denominación en el texto de los códigos. El código de la región de Leningrado contiene 14 conceptos fundamentales; el de la región de Omsk, siete; el de la región de Astrajan tiene cinco conceptos. El código social de San Petersburgo contiene 17 conceptos, incluidos: “apoyo social”, “ayuda social” y “familia pobre”. En la región de Yaroslavl hay un sistema más amplio de los conceptos fundamentales, un total de 18. Al mismo tiempo, se estudian conceptos fundamentales como “contrato social”, “incapacidad laboral” y “seguridad social”. Vale la pena resaltar la gran variedad de conceptos a los cuales se les da una determinación. Así, en los códigos sociales coinciden solamente siete conceptos: “apoyo social”, “medidas de apoyo social”, “pago en efectivo (subsidio)”, “compensación en efectivo”, “familia”, “familia numerosa” y “miembros de la familia con incapacidad laboral”.

Se introdujeron criterios de necesidad y el principio de individualidad siempre que se presente una serie de medidas de apoyo social, lo que permitiría, en gran medida, elevar la eficiencia de su prestación a todas las familias de las regiones.

Los ejemplos más aclaratorios son los códigos sociales de las regiones de Volgogrado y de Leningrado. Al inicio, ellos se crearon sobre la base del

²² Lutsenko, E. S., “Sistematización de las actas jurídicas normativas de las regiones de la Federación de Rusia”, *Problemas del Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 49-58.

²³ *El derecho de seguridad social en Rusia, bajo redacción de Tschkova, E. G.*, Moscú, Avenida, 2016, p. 35.

principio de individualidad, considerando la necesidad. Es así como en la región de Volgogrado, al contenido del código se le introdujeron nuevos enfoques sobre el nivel de necesidad de la ayuda social individual. Además del valor de los ingresos, se introdujo un filtro de propiedades (valorar la existencia o no de determinada propiedad), también exigencias de obligar a emplearse a los ciudadanos con capacidad laboral. Si éstos piden ayuda al Estado, deberán estar trabajando o buscando trabajo y no ser empresarios individuales. Principios de necesidad, muy parecidos, se establecían también en el código de la región de Leningrado (a excepción del filtro de propiedad). Sin embargo, su enfoque se diferencia del resto de regiones. La región de Leningrado, en calidad de criterio de necesidad, emplea no el mínimo vital, sino el medio o el ingreso medio per cápita. Se emplean algunas líneas de recorte y diversos conjuntos de medidas de apoyo social, por ejemplo: si una persona tiene un ingreso del 40% del ingreso medio per cápita se le aplica un conjunto de medidas; pero si tiene un ingreso del 70% o del 100, se le aplica otro. Es verdad que, para una parte de las medidas, la región de Leningrado acogió como línea de recorte el mínimo vital, por cuanto esta exigencia fue determinada por la legislación federal. Los demás pagos van a depender del criterio de la necesidad.

A nuestro parecer, un momento importante más es el hecho de que las regiones durante la elaboración de sus códigos no se impusieron como objetivo sólo optimizar el sistema de medidas o ahorrar los medios presupuestarios nada más por ahorrar. El principal objetivo fue elevar el monto de pago como resultado de la optimización y redistribución del dinero entre los más necesitados: familias y ciudadanos que vivan solos con muy bajos ingresos, por motivos o circunstancias independientes a ellos.

En la región de Omsk el pago en efectivo se realiza en calidad de “compensación del costo de los bienes adicionales materiales por motivo de edad, estado de salud u otros”,²⁴ y en las regiones de Leningrado y Yaroslavl los pagos en efectivo se realizan “de forma gratuita e irrevocable según las bases y en la cantidad determinada por el código social”.²⁵ En la región de Belgorod el pago mensual en efectivo se realiza “en calidad de

²⁴ Artículo 3o., p. 2, “Código de la región de Omsk sobre la seguridad social de ciertas categorías de ciudadanos”, *El Noticiero de Omsk*, núm. 73, 2008.

²⁵ Artículo 3.1, Código social de la región de Leningrado, 2017, disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/4700201711200003>; artículo 5o., Código social de la región de Yaroslavl, *Noticiero Gubernamental*, núm. 116, 2008.

compensación por los bienes, trabajos o servicios que necesite el ciudadano de acuerdo a su edad, estado de salud u otros motivos”.²⁶

En las regiones de Leningrado y Yaroslavl la compensación en efectivo proviene del presupuesto regional, pero en la región de Omsk existe el concepto de compensación como medida de apoyo social. En estos tres casos se resalta el reembolso completo o parcial de bienes, trabajos o servicios ya pagados o por pagar.

En los códigos sociales de las regiones de Astrajan, Belgorod y de Leningrado, así como en San Petersburgo, existe el concepto de “familia numerosa”, que en Leningrado es: “Familia numerosa. Es una familia (un único padre o madre) donde haya tres o más hijos menores de edad”.²⁷ En la región de Astrajan y de Volgogrado este concepto se extiende a las personas que no han alcanzado los 23 años de edad, que estudien a tiempo completo en centros de educación general, en centros de educación profesional o de educación superior. En San Petersburgo se resalta particularmente a los niños adoptivos o que se encuentren bajo tutela. Y en la región de Belgorod, bajo el concepto de familia numerosa se entiende

...una familia que conste de dos padres unidos en matrimonio o de uno de los padres que sea ciudadano de la Federación de Rusia y que tengan tres o más hijos de hasta 18 años de edad, así como que hayan alcanzado los 18 años y estudien a tiempo completo en centros de educación media, profesional o superior de hasta 23 años de edad.²⁸

Los códigos sociales de las regiones de Leningrado y Yaroslavl contienen el concepto de incapacidad laboral de los miembros de la familia. En general, estos conceptos son análogos, pero el concepto en el código social de la región de Leningrado es más amplio; con más detalles describe las categorías de los miembros de la familia con incapacidad laboral: los menores de 18 años, las personas que no hayan alcanzado los 23 años y que estudien a tiempo completo en centros educativos hasta que finalicen sus estudios, las mujeres mayores de 55 años, los hombres mayores de 60 años y los minusválidos.

²⁶ Artículo 12, p. 1, Código social de la región de Belgorod, recopilación de actas jurídicas normativas de la región de Belgorod, núm. 65, 2005.

²⁷ Artículo 3.1, Código social de la región de Leningrado, 2017, disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/4700201711200003>.

²⁸ Artículo 63, Código social de la región de Belgorod, recopilación de actas jurídicas normativas de la región de Belgorod, núm. 65, 2005.

El concepto de apoyo social en el código de San Petersburgo es el siguiente:

Apoyo social. Es un sistema de medidas de apoyo social y de medidas adicionales de apoyo social que abastecen la garantía social a ciertas categorías de ciudadanos y determinadas por las leyes de San Petersburgo con cargo al presupuesto de San Petersburgo en calidad de pagos en efectivo o asistencia natural, así como el financiamiento de los gastos vinculados con la prestación de servicios o bienes de acuerdo con el Código social de San Petersburgo con el fin de elevar la calidad de vida de ciertas categorías de ciudadanos.²⁹

En el Código social de la región de Yaroslavl se enumeran los tipos de apoyo social que se conceden a los ciudadanos: servicios sociales, compensaciones en efectivo y pagos en efectivo. En el de Leningrado este concepto es más neutral y el apoyo social se observa como “un sistema de medidas que abastecen las garantías sociales a ciertas categorías de ciudadanos con cargo al presupuesto de la región”.³⁰

El concepto de *familia* está representado en los códigos de San Petersburgo y Astrajan, pero en los códigos de las otras regiones no está. Más aún, el código social de San Petersburgo contiene tres conceptos de *familia*:

Con el objetivo de prestar ayuda económica en difíciles situaciones vitales (cap. 33-5): “Familia. Son ciudadanos, padres (o un sólo padre) de niños menores de edad (de un niño menor de edad) y sus hijos menores de edad (su hijo menor de edad) incluidos sus hijastros e hijastras que vivan con ellos, o ciudadanos que hayan contraído matrimonio y no tengan hijos menores de edad”;

Con el objetivo de prestar apoyo social a las familias que tengan hijos (cap. 5): “Familia. Son ciudadanos, representantes legales de los menores y los niños que vivan con ellos y que compartan un hogar común”;

Con el objetivo de prestar apoyo social a ciertas categorías de ciudadanos (cap. 14): “Familia. Son personas vinculadas por un parentesco o propiedad que vivan juntos y compartan un mismo hogar”.³¹

²⁹ Artículo 2o., Código social de San Petersburgo, *Noticario de la Asamblea Legislativa de San Petersburgo*, núm. 41, 2011.

³⁰ Artículo 3.1, Código social de la región de Leningrado, 2017, disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/4700201711200003>.

³¹ Código social de San Petersburgo, *Noticario de la Asamblea Legislativa de San Petersburgo*, núm. 41, 2011.

En la región de Astrajan se emplea un solo concepto de familia, donde por *familia* se entiende:

- a) Personas vinculadas por un parentesco o propiedad. A esta categoría pertenecen los cónyuges que vivan juntos y compartan un mismo hogar, sus hijos, padres, adoptantes e hijos adoptivos;
- b) Padre (adoptante) que no haya contraído matrimonio y el niño (o niños) que conviva con él, incluido el adoptivo (o los adoptivos).³²

Este concepto se refleja en la parte general del código social como único para todas las medidas de apoyo social.

Objetivos y tareas del código. Están expresados sólo en el código de la región de Omsk, en el resto de códigos regionales no se reflejan. El código social de Omsk fue adoptado con el objetivo de garantizar la aplicación de los derechos de los ciudadanos que viven en el territorio de dicha región. Una aplicación sobre la base de delimitación de los poderes entre los órganos federales de poder estatal y los órganos de poder estatal de las regiones de la Federación de Rusia en el área de la seguridad social de la población, de la creación de condiciones que garanticen una vida digna y el desarrollo libre de los ciudadanos, la posibilidad de que los ciudadanos puedan elegir los bienes sociales expuestos, la reducción de la desigualdad social y la prevención de la dependencia social.

Principios de la Legislación social. Tales principios están determinados en los códigos sociales de las regiones de Belgorod, Yaroslavl y San Petersburgo. En el código de la región de Belgorod se indican los principios fundamentales: de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano; de garantía de la seguridad económica estatal; de la delimitación de poderes entre los órganos federales de poder estatal, los órganos de poder estatal de las regiones de la Federación de Rusia y los órganos locales de administración. En el código de la región de Yaroslavl se expresan los principios de accesibilidad a la seguridad social y a la prestación de iguales posibilidades para obtenerla; de la prioridad de la seguridad social a ciertas categorías de ciudadanos; de participación voluntaria de los ciudadanos en las relaciones sociales y jurídicas; de la garantía de los derechos de los ciudadanos que participen en las relaciones sociales y jurídicas; de la diversidad y diferenciabilidad de tipos

³² P. 1 párr. 1, artículos 2o., 6o. Ley de la región de Astraján, núm. 85/2016-OZ, del 22/12/2016, “Sobre las medidas de apoyo social a ciertas categorías de ciudadanos en la región de Astraján”, página oficial de los órganos de poder estatal de la región de Astraján (información jurídica), núm. 52, 2016, disponible en: <http://pravo-astrobl.ru/document/document-0002201612230002>.

y niveles de seguridad social, y de la confidencialidad de la prestación de la seguridad social. Mientras que en el código social de San Petersburgo se determinan los principios de individualidad; el mantenimiento del nivel antes alcanzado de seguridad social de los ciudadanos y su permanente elevación; del orden de solicitud y su provisión; accesibilidad; igualdad de derecho a los ciudadanos que tengan derecho a recibirla, y confidencialidad.

Estructura del código. La estructura de los códigos de las regiones de Volgogrado y de Astraján consta sólo de capítulos que, a su vez, se dividen en artículos. La estructura de los códigos de las regiones de Omsk, Belgorod, Leningrado, Yaroslavl y San Petersburgo está representada por secciones, capítulos y artículos. El contenido de las secciones y capítulos de los códigos es diferente; sólo es igual el tema de que en cada código hay una parte que contiene disposiciones generales (incluyendo objetivos y tareas, principios de la seguridad social en la región, terminología, bases para designar las medidas de apoyo social) y una parte especial o particular que regula áreas concretas de apoyo social. Al mismo tiempo, hay que indicar que, a pesar de existir significativas diferencias, en todos los códigos está presente una misma característica: no se basan en los riesgos sociales, que para evitarlos debe haber un apoyo social orientado, sino en un definido enfoque de categorías para la prestación de apoyo social. Los códigos constan de una parte general y otra especial. Es así como, específicamente, la parte especial de todos los códigos regionales se crea considerando las categorías de los destinatarios, donde cada capítulo está dedicado a determinada categoría de destinatarios de las medidas de apoyo social.

En el cuadro 1 se representa la cantidad de elementos estructurales (secciones, capítulos, artículos) de los códigos sociales de siete regiones de Rusia.

CUADRO 1
 CANTIDAD DE ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CÓDIGOS SOCIALES

<i>Región de la Federación de Rusia</i>	<i>Secciones</i>	<i>Capítulos</i>	<i>Artículos</i>
Belgorod	2	27	93
Omsk	2	10	73
Yaroslavl	5	17	111
San Petersburgo	4	34	120
Volgogrado	-	9	61
Astraján	-	4	42
Leningrado	4	13	-

Fórmulas en el texto del código. Los códigos sociales de las regiones de Belgorod, Volgogrado, Astrajan y Yaroslavl no contienen fórmulas. El código de la región de Leningrado, en el artículo 1.7, contiene la fórmula de cálculo del ingreso promedio de los miembros de la familia (el ingreso promedio de una persona que viva sola); en el 10.2 la fórmula para calcular la compensación mensual de los gastos realizados para la reparación capital (del inmueble) y en el 10.3 la fórmula para calcular el pago mensual por los gastos realizados para la reparación capital (del inmueble).³³

En el artículo 42 del código de la región de Omsk se expresa la fórmula del premio mensual en efectivo por la realización de las obligaciones contractuales a la familia adoptante o padres adoptantes (padre adoptante).³⁴ Y en el artículo 114-9 del código de San Petersburgo se expresa la fórmula de la cantidad de la compensación en dinero en efectivo de los gastos vinculados con el pago de los servicios comunales.³⁵

Limitación de la vigencia de las disposiciones del código en el tiempo. Tales limitaciones se aplican solamente en los códigos de las regiones de Belgorod y Yaroslavl. Según el artículo 4o. del código social de Belgorod, sus actas de la legislación sobre la provisión de medidas de seguridad social se aplican a los casos que hayan surgido después de 10 días de la fecha de su publicación oficial. Cuando las actas integren medidas adicionales de seguridad social o se aumente el volumen de las medidas de seguridad social ya provistas, las medidas pueden aplicarse a casos que hayan surgido antes. Para la adopción de actas de la legislación de la región de Belgorod, orientadas a abrogar las medidas de seguridad social provistas o a disminuir su volumen a los ciudadanos que tengan derecho a estas medidas de seguridad social, se les deberá dar la posibilidad de adaptarse a los cambios jurídicos en un tiempo transitivo razonable.³⁶

El artículo 3o. del código social de la región de Yaroslavl determina que las actas de la legislación social se aplican a los casos jurídicos que hayan surgido después de su entrada en vigencia. Sin embargo, existen casos, cuando la

³³ Código social de la región de Leningrado, 2017, disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/4700201711200003>.

³⁴ Código de la región de Omsk sobre la seguridad social de ciertas categorías de ciudadanos, *Noticiero de Omsk*, núm. 73, 2008.

³⁵ Código social de San Petersburgo, *Noticiero de la Asamblea Legislativa de San Petersburgo*, núm. 41, 2011.

³⁶ Código social de la región de Belgorod, recopilación de actas jurídicas normativas de la región de Belgorod, núm. 65, 2005.

aplicación de las actas de la legislación social puede difundirse a los casos jurídicos que hayan surgido antes de su entrada en vigencia. Entre estos casos se encuentra la determinación de nuevas medidas de seguridad social, de tipos de servicio social o ayuda social, o el aumento de su cantidad. También se encuentra la introducción de nuevas categorías de ciudadanos con derecho a recibir apoyo social, servicio social o ayuda social, o su ampliación.³⁷

IV. EL PAPEL DE LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS CIUDADANOS EN EL ÁREA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Es imposible no ver algunas fallas de los nuevos códigos sociales que surgen durante su aplicación judicial. Por ejemplo: el artículo 91 del código social de la región de Yaroslavl determina el orden de la designación y del pago mensual de subsidios a los niños.³⁸ Sin embargo, su Departamento de Trabajo y Apoyo Social a la Población, el 5 de febrero de 2009, aprobó el orden de asignación y pago mensual de subsidios a los niños. De acuerdo con esto, el subsidio mensual a los niños se designa y se paga a los ciudadanos de la Federación de Rusia que residan permanente o mayoritariamente en Yaroslavl.³⁹ De modo que los declarantes están obligados a demostrar el hecho de que residen en el territorio de esta región. Esto demuestra una clara carga adicional determinada tanto por los legisladores como por los órganos de seguridad social, y estos últimos, para confirmar el hecho de su residencia en el territorio de Yaroslavl, exigen de los declarantes que presenten un fallo judicial que confirme este hecho.

Es así como la ciudadana V. se ve obligada a realizar una demanda ante un juzgado para establecer el hecho jurídico de la residencia mayoritaria de su cónyuge en la región de Yaroslavl. Como este veredicto era necesario para que su familia pudiera obtener la seguridad social prevista por el código social, el juzgado determinó que la ciudadana V. se encuentra en lapsos nupciales con su cónyuge V. desde el 2007 y que tienen tres hijos. Su esposo, luego del

³⁷ Ley de la región de Yaroslavl del 19 de diciembre de 2008, núm. 65-z, “Código social de la región de Yaroslavl”, *Noticiero Gubernamental*, núm. 116, 2008.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Orden de asignación y pago mensual de subsidios a los niños, aprobado por disposición del Departamento de Trabajo y Apoyo Social a la Población de la región de Yaroslavl, núm. 9, 5 de febrero de 2009, *Noticiero Gubernamental*, núm. 71, 2008.

matrimonio, siguió registrado en el mismo sitio de residencia en la región de Ivanovo, aunque *de facto* residía con su familia en el territorio de Yaroslavl, donde él trabajaba, vivía y educaba a sus hijos. La demanda fue satisfecha y el fallo del juzgado entró en vigencia legal.⁴⁰

Los juzgados de la región de Yaroslavl estaban saturados de demandas sobre la determinación de residencia de declarantes en su territorio. Y los declarantes perdían mucho tiempo para demandar ante un juzgado la determinación de los indicados hechos jurídicos, aunque, por lo general, tales hechos se encontraban a la “vista”. Los ciudadanos, durante el procedimiento judicial, no recibían el subsidio mensual de los niños. En cuanto al juzgado, ahí se dirigían familias de escasos recursos, y había que realizar ciertos gastos en la consulta de un abogado (jurista), en la escritura de la demanda y, con frecuencia, en la representación ante el juzgado. La exigencia de los órganos de seguridad social sobre la resolución judicial, para una serie de declarantes, era incumplible. Al mismo tiempo, el hecho de residir en el territorio de la región puede ser confirmado por los mismos declarantes al dirigirse a los órganos de seguridad social de la población.

También, el tema sobre los datos de ingreso de los padres sigue siendo regulado de manera ineficiente. La persona que desee recibir el subsidio mensual de sus niños deberá presentar testimonio de sus ingresos.⁴¹ Pero si los ciudadanos no tienen la posibilidad de demostrar con documentos sus ingresos, ellos pueden, personalmente, declararlos en la demanda a presentar. Sin embargo, los órganos de seguridad social de la población no tienen el derecho de realizar la confirmación de los datos presentados por el declarante ni derecho a dirigirse a la inspección fiscal para confirmar los ingresos señalados. Tal situación, en la práctica, conduce a que los ciudadanos con buen ingreso y que trabajan de manera no oficial y tienen un ingreso significativo, al mismo tiempo que no están en el marco de los ciudadanos (familias) que necesitan de la seguridad social, reciben el correspondiente subsidio. Y los cesantes, que corresponden más al estado de las personas

⁴⁰ Resolución del juzgado del distrito de Rostov de la región de Yaroslavl del 6 de septiembre de 2016, sobre la Causa núm. 2-1266/2016, archivo del juzgado distrital de la región de Yaroslavl; resolución del juzgado del distrito de Rostov de la región de Yaroslavl del 24 de abril de 2017, de la Causa núm. 2-558/2017, archivo del juzgado del distrito de Rostov de la región de Yaroslavl.

⁴¹ P. 2.27, Orden de designación y pago del subsidio mensual de los niños, confirmado por decisión del Departamento de Trabajo y Apoyo Social a la Población de la región de Yaroslavl del 5 de febrero de 2009, núm. 9, *Noticiero Gubernamental*, núm. 71, 2009.

necesitadas de la seguridad social, y que no tienen la posibilidad de confirmar, documentadamente, cualesquiera tipos de ingresos de actividad laboral, se quedan sin los subsidios.

De esta manera, el estatus legal de las personas que no pueden confirmar, documentadamente, cualesquiera tipos de ingresos, debe ser determinado por la ley. Por ejemplo, se podrían incluir cambios en el punto 2.27 del Orden de la Designación y Pago del Subsidio Mensual para los Niños, del 5 de febrero de 2009, indicando:

...si los ciudadanos no tienen la posibilidad de confirmar, documentadamente, cualesquiera tipos de ingresos de una actividad laboral o de cualquier otra no prohibida por la ley, ellos están obligados a presentar datos (documentos) que confirmen que ellos están registrados en los órganos de ocupación en calidad de cesante.

La práctica judicial es uno de los instrumentos de mayor importancia que permite superar y eliminar las fallas de la legislación sobre la seguridad social.⁴²

V. CONCLUSIÓN

Muchos expertos escriben que el derecho a la seguridad social se eleva a un primer plano de la regulación jurídica en todo el mundo.⁴³ Y hay que indicar que los investigadores latinoamericanos prestan una cercana atención a los aspectos teóricos y prácticos de la realización de los derechos sociales, particularmente en el contexto de la concepción del neoconstitucionalismo.⁴⁴

⁴² Gusev, A. Yu., *La defensa jurídica del derecho de los ciudadanos rusos a la seguridad social*, Moscú, Avenida (Перспект), 2018, p. 45.

⁴³ Kurczyn Villalobos, Patricia *et al.*, *Derecho laboral globalizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, “La constitucionalización del derecho humano a la seguridad social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 19, julio-diciembre de 2014, pp. 63-86; Bonet de Viola, Ana María, “Derechos sociales, normas de acceso y democracia. La agenda de los derechos humanos para una convivencia solidaria”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 26, enero-junio 2018, pp. 3-27.

⁴⁴ Espino Tapia, Diana Rocío, “Derechos sociales y justiciaabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 36, enero-junio de 2017, pp. 79-108; Mendizábal Bermúdez, Gabriela y Kurczyn Villalobos, Patricia, “Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017, pp. 37-70; Arese, César, “Los derechos humanos laborales en las Constituciones latinoamericanas (el centenario de la Constitución de

Para la Rusia contemporánea este tema es de mayor importancia, ya que el problema de la codificación del derecho social es completamente nuevo.⁴⁵ La investigación comparativa de los siete códigos sociales de diversas regiones de Rusia demostró que la codificación realizada no es sólo una unificación mecánica de las actas jurídicas normativas vigentes; es un análisis de todo el sistema de apoyo social en las regiones, la formación de nuevos principios para su concesión, la imposición de nuevos objetivos y tareas; el orden del aparato partidista vigente, y la formación de uno nuevo. La legislación federal, y por consiguiente la regional, por lo general, no contiene definiciones de los conceptos fundamentales, a pesar de que estas legislaciones se emplean ampliamente no sólo en el día a día, sino en las actas jurídicas normativas vigentes. Estos son conceptos como “necesidad”, “criterio de necesitados”, “individualidad”, “pobreza”, etcétera.

La carencia de definiciones conlleva a la múltiple comprensión de las normas y no contribuye a la creación de un estado de régimen jurídico único para regular las relaciones sociales. Además, en los códigos sociales se recomienda incluir los siguientes conceptos: “apoyo social”, “medida de apoyo social”, “pago en efectivo”, “compensación en efectivo”, “familia”, “familia numerosa”, “padre soltero (único)” y “miembros de familia incapacitados para laborar”.

Durante el trabajo de codificación de la legislación social las regiones realizaron una completa inventarización no sólo de las obligaciones sociales, sino también de los mecanismos y formas de su concesión. Los nuevos códigos sociales garantizan la unidad de la legislación a nivel de las regiones y el sistema social ha devenido más accesible para la población; ahora los ciudadanos pueden conocer de un documento único a qué medidas de ayuda social y/o a qué servicios sociales pueden pretender, qué órgano del poder responde por la concesión de uno u otro servicio, del pago de subsidios o compensación.

Entonces, hay que indicar dos conclusiones de análisis comparativo de la experiencia regional de la codificación social. En primer lugar, en la base del código social federal. Si éste llega a elaborarse en Rusia, deberá establecerse el concepto de riesgos sociales; es decir, tal sistema de medidas de apoyo social que esté orientado a prevenir los costos sociales que conducen a disminuir

Querétaro)”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 25, núm. C, julio-diciembre de 2017, pp. 183-202 y ss.

⁴⁵ Korovets, N. G., “El derecho social: concepto, contenido, función, sistema y principios”, *Temas jurídicos de la estatalidad rusa* (bajo redacción de Maltsev, G. V. y Zaitsev, V. A.), Moscú, 2002; Tarusina, N. N. *et al.*, *Contratos sociales en el derecho*, Moscú, Avenida, 2017.

los ingresos del ciudadano y a minimizar las consecuencias de estos riesgos. En segundo lugar, el objeto de regulación del código social federal deberán ser solamente las relaciones jurídicas en el área del apoyo social y servicio social de los ciudadanos. En lo que se refiere a todo el sistema de seguro. Tales tipos de seguro, como el seguro social, el seguro de salud y el seguro la jubilación de los ciudadanos, se propone dejarlos en el área de regulación de las correspondientes leyes federales y no incluirlos en el código social para no sobrecargarlo.

Hoy en Rusia, como nunca, es indispensable la ley federal codificada para regular la seguridad social de los ciudadanos. Esta ley debe determinar los objetivos y tareas de la legislación social del gobierno central y de las regiones, establecer en todo el país principios comunes para la aplicación de la seguridad social, así como un aparato conceptual que garantice un único régimen jurídico que regule las relaciones en esta área.

Para cualquier abogado es lo suficientemente claro el hecho de que, a pesar de la igualdad formal con otras actas jurídicas, los códigos se adoptan para regular las esferas estatales más importantes de la vida social, y a ellas se les concede la prioridad (*primus inter pares*) en la aplicación de la ley. Trabajando con este documento podremos reconsiderar y determinar mejor los poderes de los órganos federales de poder estatal y de los órganos regionales en el área de la aplicación de la seguridad social. La codificación de la legislación sobre la seguridad social está ligada a muchos problemas teóricos y prácticos que, lógicamente, son superables.

VI. FUENTES DE CONSULTA

Análisis de los procesos de privatización de la propiedad estatal en la Federación de Rusia durante los años 1993-2003 (labor analítica profesional), jefe del grupo de trabajo: S. V. Stepashin, presidente de la Cámara de Cuentas (Fiscalía) de la Federación de Rusia, Moscú, Olita, 2004.

ARESE, César, “Los derechos humanos laborales en las Constituciones latinoamericanas (el centenario de la Constitución de Querétaro)”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 25, núm. C, julio-diciembre de 2017.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Constitución rusa de 1993”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, núm. 15, 1995.

BONET DE VIOLA, Ana María, “Derechos sociales, normas de acceso y democracia. La agenda de los derechos humanos para una convivencia

- solidaria”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 26, enero-junio de 2018.
- El derecho de seguridad social en Rusia, bajo redacción de Tuchkova, E. G.*, Moscú, Avenida, 2016.
- “El distanciamiento en Rusia nuevamente como en vísperas de la revolución de 1905”, *Komsomolskaya Pravda*, 26 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.kp.ru/daily/26886/3930504/>.
- ESPINO TAPIA, Diana Rocío, “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 36, enero-junio de 2017.
- GUSEV, A. Yu., *La defensa jurídica del derecho de los ciudadanos rusos a la seguridad social*, Moscú, Avenida (Проспект), 2018.
- JRAMTSOV, A. F., *La burocracia y el Estado social*, Moscú, IS ACR, 2010.
- KANARSH, G. U., “El Estado social: génesis histórica y modelos actuales”, *Sapientia. Comprensión. Conocimiento*, núm. 1, 2018, pp. 128-142, DOI: [10.17805/zpu.2018.1.10](https://doi.org/10.17805/zpu.2018.1.10).
- KOBILINSKAYA, S. V., “El papel de la codificación y la sistematización de la legislación rusa sobre la seguridad social”, *Trabajos de la Universidad Estatal de Kuban*, núm. 48, 2014.
- KOCHETKOVA, L. N., *Discurso filosófico sobre el estado social*, Moscú, INFRA-M, 2012.
- KOROVETS, N. G., “El derecho social: concepto, contenido, función, sistema y principios”, *Temas jurídicos de la estatalidad rusa* (bajo redacción de Maltsev, G. V. y Zaitsev, V. A.), Moscú, 2002.
- KURCZYN Villalobos, Patricia *et al.*, *Derecho laboral globalizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- LUTSENKO, E. S., “Sistematización de las actas jurídicas normativas de las regiones de la Federación de Rusia”, *Problemas del Derecho*, núm. 5, 2012.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela y KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, “Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017.
- NUSSBERGER, A., “El desarrollo de los derechos sociales a nivel nacional e internacional”, *Observación Comparativa Constitucional*, núm. 1, 2008.

- PASHENTSEV, D. A., “Las tradiciones jurídicas rusas en el área social (aspecto histórico social)”, *Noticiario de la Universidad de San Petersburgo. Derecho*, núm. 2, 2018, disponible en: <https://doi.org/10.21638/11701/spbu14.2018.202>.
- PAVLENKO, D. S., “Problemas de la codificación del derecho de seguridad social en Rusia”, *El Joven Científico*, núm. 6, 2016.
- PUTILO, N. V., *Derechos sociales de los ciudadanos. Historia y actualidad*, Moscú, Jurisprudencia, 2007.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, “La constitucionalización del derecho humano a la seguridad social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 19, julio-diciembre de 2014.
- TARUSINA, N. N. *et al.*, *Contratos sociales en el derecho*, Moscú, Avenida, 2017.
- ZHOLOBOVA, G. A., “El desarrollo del instituto de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano en la Constitución de la RSFSR de 1918, dedicado al centenario de su adopción”, *Noticiario de la Universidad “Kutafin”*, núm. 8, 2018.

EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA*

EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN SPAIN

EFFICACITÉ DES DROITS SOCIAUX EN ESPAGNE

Laura Eugenia RODARTE LEDEZMA**

RESUMEN: La base de los derechos sociales es la dignidad humana y, debido a ella el Tribunal Constitucional español está facultado para realizar una interpretación de los derechos sociales de manera amplia y progresiva. Por lo cual es necesario abandonar los principales presupuestos doctrinales que tienden a justificar la protección excluyente y limitada de los derechos sociales.

Palabras clave: dignidad humana, derechos sociales, progresividad, eficacia.

ABSTRACT: The basis for social rights is human dignity and, because of it the Constitutional Court of Spain is vested with the power to interpret social rights in a broad and progressive manner. Therefore, it is necessary to abandon the main doctrinal assumptions that tend to justify an exclusionary and limited protection of social rights.

Keywords: human dignity, social rights, progressiveness, effectiveness.

RÉSUMÉ: La base des droits sociaux est la dignité humaine et dû à cela le Tribunal Constitutionnel espagnol est habilité à effectuer une interprétation des droits sociaux au sens large et progressif. C'est pourquoi il est nécessaire d'abandonner les principaux présupposés doctrinaux qui tendent à justifier la protection excluant et limitée des droits sociaux.

Mots clés: dignité humaine, droits sociaux, progressivité, efficacité.

* Recibido el 23 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Abogada (Universidad de Guadalajara); maestra en Derecho Constitucional (INCAM-CEDEJUS y CEPC-UIIMP, Madrid). Contacto: irgo_17@hotmail.com.



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos sociales*. III. *Los derechos sociales: interpretación del tribunal constitucional en tiempo de crisis*. IV. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se realiza un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales. En concreto, las SSTC 49/2015 (pensiones); 26/2016 (educación), y 16/2018 (vivienda). Dicho estudio posibilita realizar un análisis comparativo de la interpretación de los derechos fundamentales respecto de los derechos sociales contenidos en los denominados principios rectores de la política social. Así, el análisis jurisprudencial permitirá comprender si el Tribunal Constitucional aplica presupuestos doctrinales limitativos en la protección de los derechos sociales.

En el segundo apartado se analiza el término *Estado social*, y destaca la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Luego, se realiza una breve crítica a los principales presupuestos doctrinales que tienden a justificar la protección de estos derechos de manera excluyente y restringida. Finalmente, se señala cuál es la concepción que de ellos se tiene en el ordenamiento jurídico español. Lo anterior permite comprender la noción y contenido de los derechos sociales, lo cual sirve de base para intentar aclarar el problema de la eficacia que presentan en el ordenamiento jurídico español, al menos desde la dogmática constitucional.

Asimismo, en la tercera parte del trabajo se realiza un análisis de la interpretación del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales. Este apartado, en concreto, posibilita el análisis de los derechos sociales respecto a: el grado de restricción que pueden sufrir; el margen de apreciación que se otorga al legislador; el contenido esencial, y la proporcionalidad de las medidas tomadas por cuestiones de extraordinaria y urgente necesidad respecto de la vulneración o limitación de un derecho social, entre otros.

Por último, se plantean diversas obligaciones del Estado y se estudia una serie de estrategias de exigibilidad de los derechos sociales. El estudio de dichas estrategias hace posible precisar si han sido aplicadas en las resoluciones del Tribunal Constitucional español y, por consiguiente, saber si es posible alcanzar la eficacia de los derechos sociales a través de su protección indirecta.

II. DERECHOS SOCIALES

1. *Estado social*

Es con la Constitución de Querétaro, de 1917, que surge el denominado *constitucionalismo social*, con el que se elevaron a rango constitucional los diversos postulados de transformación social: ideas que se continuaron tras la posguerra con la de Weimar, de 1919. Con estos textos situamos el nacimiento del llamado *Estado social*, aunque el proceso de transformación definitivo se dio en el constitucionalismo democrático que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, con la reivindicación de los derechos, la democracia y la consolidación de la justicia constitucional, pues es con la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, que la fórmula “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.¹ Dicha expresión tiene su origen en Hermann Heller, Lasalle y Stein,² la cual surge con diferentes matices que intentan dar respuesta a la denominada cuestión social, en un primer sentido, dotando al Estado de derecho de contenido social (se dota al Estado de derecho de contenido económico y social, y con ello se evita toda clase de dictaduras o fascismos); en otro, el Estado como instrumento de transformación social (como mecanismo de autodefensa), y el que plantea la reforma social (el problema social como fin del Estado).³

Ante los diversos contenidos que pueden asignarse al término *Estado social*, resulta una tarea difícil establecer una definición, por lo que trataré de señalar algunos aspectos generales que le son aplicables. El Estado social es diferente al Estado de bienestar y al Estado asistencial,⁴ pues estos son adoptados desde

¹ Véanse los artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, de 1949.

² Véanse Heller, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 275-301; Lasalle, Ferdinand, *El sistema de derechos adquiridos*, 1861, en edición alemana: *Das System der Erworbenen Rechte*. Un análisis lo encontramos en Cole, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. de Rubén Landa, México-Buenos Aires, FCE, 1964, t. I, pp. 9-18; Stein, Lorenz von, *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

³ Véanse Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pp. 43 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984, pp. 337-340.

⁴ Cfr. Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, 2003, pp. 139-146. El autor señala que la consecución

un enfoque político y, en ocasiones, socioeconómico. En cambio, el Estado social tiene naturaleza jurídica. En España, y de acuerdo con el artículo 9.1 de la Constitución, tanto la propia Constitución como el resto del ordenamiento se admiten como normas jurídicas,⁵ aunque el Estado social no se configura como una regla, sino como un principio; es decir, como un mandato de optimización de un valor o bien jurídico, en este caso de igualdad, susceptible de interpretación por los tribunales a través de un ejercicio de ponderación.

Además de eso, la seguridad social es una de las claves y elemento distintivo del Estado social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o riesgo, o la cobertura de situaciones de necesidad.⁶ Tal como lo señala Benda, la “seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”,⁷ e implica para el Estado una obligación de satisfacer algunas necesidades básicas de las personas y una creciente intervención en la redistribución de bienes y servicios que permitan alcanzar la justicia social.

Ahora, tanto la asistencia en caso de riesgo o siniestro como la cobertura de situaciones de necesidad son factores que exigen que el Estado asuma un nuevo papel. Esta es una de las transformaciones que, en mayor medida, van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.⁸

Así, la legitimación de los poderes públicos no sólo dependerá de su *abstención* o *no intervención*, sino también de la promoción que de los derechos realicen, principalmente tratándose de los sociales. Como señala Luigi Ferrajoli, sobre el cambio de legitimación del Estado, “mientras el Estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar

de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de derecho. Ahora, las prestaciones otorgadas en el Estado social son principalmente para quienes las necesitan, no están supeditadas a que se otorguen sólo a los contribuyentes.

⁵ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 41-71.

⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

⁷ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en Maihofer, Werner *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

⁸ Carbonell, Miguel, “Los derechos sociales: elementos para una lectura clave normativa”, en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 187. Del mismo autor: *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2011.

para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja”.⁹ De esta manera, el Estado social como Estado constitucional trata no solamente de que el primero se constituya en una manifestación de buenas intenciones, sino que se acompañe de preceptos constitucionales que permitan a los poderes públicos intervenir para lograr el efecto deseado.

2. *Derechos sociales: naturaleza, concepto y características*

Para abordar la naturaleza, el concepto y las características de los derechos sociales se señalarán algunos elementos que se encuentran presentes en la doctrina cuando se usa la expresión “derechos sociales”, y que, además, permitirán precisar y comprender el contenido de estos derechos. Sin lugar a duda, la noción de derechos sociales no es homogénea entre los autores, por lo que resulta, en muchos casos, imprecisa y ambigua. Lo anterior servirá de base para intentar aclarar el problema de eficacia que presentan en el ordenamiento jurídico español, al menos desde la dogmática constitucional de la cual deriva, en principio, su naturaleza jurídica y prestacional.

Los derechos sociales tienen que ser entendidos como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno.¹⁰ Así, estos deben ser entendidos como normas jurídicas, aunque su efectividad dependa, en ocasiones, de la interpretación limitada de dichos derechos por parte del juzgador, al considerarlos sólo como meros principios rectores o como derechos axiológicamente subordinados —pues esto último es una idea ampliamente extendida, pero no por ello una posición que deba perpetuarse—, y, por otro lado, del desarrollo legislativo que de los mismos se realice.

A. *Los derechos sociales como derechos prestacionales*

En relación con los derechos sociales como derechos prestacionales, hay que atender al contenido de la obligación que radica en su carácter positivo. Aunque hay derechos sociales que se apartan de dicha característica, como la libertad sindical y otros que requieren una intervención del Estado pero que tampoco pueden calificarse como tal y que pueden derivar, entre otros, del

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino *et al.*, Madrid, Trotta, 1995, p. 862.

¹⁰ Carbonell, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 190.

contrato laboral, como la duración de la jornada máxima de trabajo (diurno o nocturno) o el salario mínimo de que deberá disfrutar el trabajador, entre otros.

Lo anterior significa que no todos los derechos sociales son derechos prestacionales; pero tampoco todos los derechos que implican una prestación pueden calificarse como sociales. Por ejemplo, el de la tutela judicial efectiva o la defensa o asistencia de un letrado difieren de esta característica, además de entender que los anteriores se aplican a todos los derechos cuando se pretende su protección ante tribunales.

Así, aunque los derechos prestacionales requieren que el Estado intervenga, no todos los derechos deben calificarse como prestaciones, ya que estos comprenden una obligación de carácter positivo de dar o hacer pero, en principio, en el sentido en que se ha señalado con anterioridad, pues para clasificar un derecho como prestacional no se requiere que éste sea considerado propiamente como un derecho social, por lo que también hay que atender a los fines del Estado y esto obliga a que se incluyan tanto derechos sociales como civiles y políticos, sin distinción.

Por ello, hay que advertir que, cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto, nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: subsidios de enfermedad o vejez, sanidad, educación o vivienda.¹¹

B. *Los derechos sociales como derechos de igualdad*

En principio, cuando se habla de derechos sociales como derechos de igualdad, se entiende que la *igualdad* se configura como el goce de un régimen jurídico diferenciado respecto de una cuestión de hecho que trata de ser limitada y no como una realidad.

Así, se configura primero como una *igualdad formal* y luego como *igualdad material*, entendiendo que hay una relación entre ambas, puesto que en la interpretación de la norma el juez tiende a eliminar aquellas formas de discriminación que son proclives a todo tipo de arbitrariedad, ya sea por parte de los particulares o de los poderes públicos. Es decir, el principio de *igualdad formal* o *de trato* por sí sólo presenta una imagen mitificada de la realidad, pues queda subsumido al principio de la legalidad y no permite transformarla, por lo que

¹¹ Sobre el sentido estricto de los derechos prestacionales véase Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Añón Roig, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 21.

la respuesta que aporta puede considerarse como deficitaria, y al hacerla efectiva se trata de aplicarla también en su aspecto material.

Lo anterior, sin dejar de lado que el concepto de igualdad presenta diversas dificultades al ser vago, polisémico y de difícil delimitación y, además, que atañe a distintos sectores de las ciencias sociales, pues ha sido estudiado por el derecho, la economía, la sociología y la política, entre otros. Así, sobre dicho concepto, hay que tener en cuenta lo que afirmó Francisco Rubio Llorente:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones.¹²

Aunque es un tratamiento breve sobre el principio de igualdad, lo anterior permite señalar que la característica *relacional* le otorga una apertura desde un punto de vista histórico, pues establece distintos parámetros que sirven como elementos de comparación e interpretación de los derechos. De esa manera, es el que juzga al que corresponderá construir dichos parámetros, aunque no de manera arbitraria, ya que éste debe fundamentar el porqué de su razonamiento; esto es, existe una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor realizados.

Lo que habría que entender es si el principio en cuestión ha de ser entendido como norma jurídica. Así, la igualdad formal se traduce en una exigencia al Tribunal Constitucional que actúa como legislador negativo declarando la nulidad, derogación, reforma o modificación en la interpretación de la norma.¹³

Contrario a lo anterior, tratándose de la igualdad material, entonces el Tribunal Constitucional sustituye al legislador, en virtud de que éste deberá crear una norma que vincule un derecho con cierta posición de hecho. Reafirma esta idea Pietro Sanchís, cuando señala que lo anterior no impide que pretensiones de igualdad puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad. Lo mencionado parece inviable por las facultades propias del Tribunal Constitucional, pero puede darse en tres supuestos: cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho funda-

¹² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

¹³ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasío, Madrid, Tecnos, 1995.

mental de naturaleza prestacional; cuando concurre con otro derecho, aunque no sea de naturaleza prestacional, y cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada de una exigencia de igualdad formal.¹⁴

C. *Los derechos sociales como derechos subjetivos*

Autores como Prieto Sanchís han señalado que en el caso de los derechos sociales prevalece la *dimensión positiva* respecto de la subjetiva,¹⁵ esto por la idea de abstención o intervención del Estado tratándose de los derechos civiles y políticos respecto de los sociales. Sin embargo, esta es una concepción que hay que matizar, pues no marca una separación tan clara entre los distintos derechos.¹⁶

Por otro lado, la *dimensión subjetiva* de los derechos habría que entenderla en términos en los que se atribuyen facultades a las personas para el ejercicio de una acción, y no propiamente como característica en particular de los denominados derechos fundamentales. Dicho lo anterior, hay que señalar que la dimensión subjetiva de los derechos opera frente al Estado y los particulares.

Por lo anterior, hay que enfatizar que dicha dimensión subjetiva no es una característica específica de los derechos civiles y políticos, sino que se atribuye a las personas como facultad para el ejercicio de una acción.

3. *Principales presupuestos doctrinales de los derechos sociales*

En primer lugar, se realizará una crítica a algunos de los presupuestos doctrinales que justifican la protección de los derechos sociales de manera excluyente y limitada, y luego se plantearán algunas ideas generales que permitan la reconstrucción del valor de los derechos sociales. Con ello se intentará establecer un antecedente de las ideas aún imperantes en las resoluciones del Tribunal Constitucional español a través de un análisis casuístico, señalando si se mantiene o no la apreciación de los derechos sociales en ese sentido, máxime en una situación de crisis económica.

¹⁴ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ *Ibidem*, p. 25. Aunque el autor lo establece como dimensión objetiva, hay que entenderla como aquella que prescribe una obligación.

¹⁶ Véase STC 247/2017, en la que se reitera el criterio de la STC 25/1981, sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales.

A. *Los derechos sociales como derechos positivos*

Los derechos sociales como derechos positivos exigen una acción positiva de intervención por parte del Estado y no sólo una abstención, aunque los denominados derechos civiles y políticos también se encuentran en el primer supuesto, pues en el ejercicio o protección de los derechos siempre interviene el Estado, de ahí que se requiera contar con una estructura mínima estatal para la protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales.¹⁷ Aunque, tratándose de los derechos sociales, la estructura estatal resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicos sólo conocidos en el Estado contemporáneo.

Dicho lo anterior, ni los derechos civiles y políticos pueden considerarse únicamente como derechos negativos que impliquen sólo la abstención por parte del Estado ni los derechos sociales sólo como derechos positivos que comprendan una prestación por parte de éste. Por ejemplo, el derecho a la prohibición de tortura, considerado por algunos autores como un derecho absoluto,¹⁸ conlleva una prohibición a los agentes del Estado y, por otro lado, a la existencia y obligación de adoptar medidas que la eviten.

En definitiva, todos los derechos civiles y políticos, al igual que los sociales, presuponen la asignación de recursos, por lo que la disyuntiva en este caso es cómo y con qué prioridad se asignan los recursos para garantizar unos u otros derechos.¹⁹ Por lo que derechos como el sufragio universal o la libertad de expresión en sí, no compensan la pobreza, la ignorancia o la insalubridad de las personas. Definitivamente, son los derechos sociales los que aseguran a las personas o grupos vulnerables, y con ello, el desarrollo de su individualidad.

¹⁷ Cfr. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 55-69. Se señala que es inadecuada la distinción entre derechos positivos y negativos, pues los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos.

¹⁸ Cfr. Canosa Usera, Raúl *et al.*, “La eficacia de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, en Huerta Tocildo, Susana y Pérez Manzano, Mercedes (coords.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 211-297.

¹⁹ Véanse Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *op. cit.*, pp. 27 y 63-80; Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 28-30; Terol Becerra, Manuel (dir.), *Del bienestar en la Constitución española y de su implementación (1978-2011)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 129 y 132-134.

B. *Los derechos sociales como derechos de segunda generación*

Desde otra perspectiva, la clasificación de los derechos sociales como derechos de segunda generación²⁰ excluye experiencias históricas en las que se aprecia el carácter complementario entre derechos civiles, políticos y sociales y tiende a reducir la compleja historia de lucha y reivindicación de los derechos sociales.²¹

Por otro lado, privilegia la dimensión normativa de los derechos utilizando como marco la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), estos últimos de 1966. Es decir, las categorías se fijan atendiendo a un momento histórico determinado (fecha de adopción, firma, ratificación y adhesión del instrumento), cuestión que enfatiza la problemática, pues contraviene los principios que tienen en común todos los derechos humanos en el plano internacional de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

Por eso la idea de que los derechos sociales son simplemente derechos tardíos no debe servir de excusa a jueces, legisladores o cualquier otra autoridad para privilegiar los derechos civiles y políticos, ya que la permanencia de esta idea propicia una reflexión restrictiva y excluyente de la protección de los derechos sociales.

C. *Los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados*

La idea de los derechos sociales como derechos exclusivamente de igualdad ha predominado como una forma de justificar la protección excluyente y limitada de dichos derechos.²² En realidad, los derechos sociales no sólo guardan una relación con el principio de igualdad; están relacionados con el de dignidad y el de libertad.

Ahora, la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos; lo que constituye a la persona como un fin en

²⁰ Vasak, Karel (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Unesco, 1979, pp. 16-33. Es Vasak quien propone la clasificación generacional de los derechos.

²¹ Véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 35 y 36.

²² *Ibidem*, pp. 39-52.

sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.²³ Debe defenderse que la base de los derechos humanos es la dignidad y debe compartirse la idea de Jorge Carpizo, que señala que “la dignidad de la persona está por encima de consideraciones positivistas y, debido a ella, nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos”.²⁴ Se podría decir, además, que de ésta emanan los principios de igualdad y libertad y añadir que otro de los rasgos distintivos de los seres humanos es la capacidad de razonar, que deriva en la capacidad de decidir, cuestión que implica, necesariamente, cierto margen de libertad. Luego, esta capacidad de razonar implica que todos sean iguales y merezcan la misma protección y respeto de los derechos.

Tanto el PIDCP como el PIDESC señalan en su preámbulo que el reconocimiento de los derechos se deriva o desprende de la dignidad inherente a la persona humana. La Constitución española (CE) señala, en su artículo 10.1, que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social, y el artículo 14 establece el derecho de no discriminación, estableciendo así una relación intrínseca con el artículo anterior, en virtud de que las prohibiciones en éste no sólo representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente arraigadas que han situado a sectores de la población en situaciones de desventaja y, además, contrarias a la dignidad humana reconocida en el texto constitucional.²⁵

En otro sentido, parece que la prioridad axiológica de los derechos también viene otorgada por la denominación de éstos, ya sea que se les considere como derechos fundamentales o derechos humanos, en tanto que los primeros se constituyen como aquellos reconocidos en el ordenamiento nacional. Sin embargo, habría que considerar como fundamentales los derechos humanos que se encuentran en tratados internacionales que han sido ratificados por los Estados,²⁶ y no sólo por la ratificación, sino por encontrar que la dignidad hu-

²³ Nogueira Alcalá, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009, pp. 11-14. Al respecto véase Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

²⁴ *Ibidem*, pp. 3-29.

²⁵ STC 31/2018 y STC 39/2002.

²⁶ Véase Sáiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional del derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 53.

mana es la base de uno y otro ordenamiento jurídico, sin olvidar el *ius cogens*, que constituye normas reconocidas internacionalmente que obligan a los Estados.

Así, al constituirse la dignidad de la persona en la base de los derechos, entonces tenemos que las características de indivisibilidad e interdependencia se aplican a todos los derechos, los cuales forman una unidad. Desde luego, nada impide que los derechos civiles y políticos se constituyan como instrumentos que aseguran la protección de los derechos sociales y viceversa.

4. *Derechos fundamentales en el ordenamiento español*

El artículo 1.1 de la CE define la forma política del Estado en un “Estado social y democrático de derecho”. Aunque constitucionalmente no se establece una diferencia jerárquica, en la práctica el principio del Estado social —el más importante para fines de este trabajo— parece quedar supeditado al democrático.²⁷ En todo caso, tal fórmula constituye una noción en la que sus elementos no pueden desasociarse unos de otros. En este sentido, Manuel García Pelayo señala que “cada uno de los términos sin perjuicio de su propia autonomía está vinculado con los demás mediante relaciones de coordinación que, de un lado, establecen limitaciones a su desarrollo y, de otro, amplían sus posibilidades de realización”.²⁸

Desde esa perspectiva, la fortaleza de la expresión contenida en el artículo 1.1 de la CE deriva en un diseño constitucional al que deben someterse las autoridades del Estado, pues los valores superiores que propugna configuran la base consensual de un texto indisponible, incluso para el legislador.²⁹ De forma que no se constitucionalizaron tres tipos diferentes de Estado; éstos forman una unidad.

Ahora, en el constitucionalismo español la expresión “derechos fundamentales” se refiere a aquellos derechos que se encuentran garantizados por la Constitución —sin dejar de lado que son derechos que se reconocen a todas las personas y, en algunos casos, sólo a los ciudadanos—. ³⁰ Luego, los

²⁷ STC 193/2011, donde se enfatiza la relevancia del derecho de reunión respecto del principio democrático participativo. En dicho asunto se pretendió proteger de manera indirecta el derecho al trabajo. Véase también 236/2007, STC/170/2008, y STC 301/2006.

²⁸ García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II, p. 1634.

²⁹ Jimena Quesada, Luis, “Devaluación y blindaje...”, *cit.*, pp. 18 y 19.

³⁰ *Cfr.* Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989, pp. 36-43; Peces-Barba, Gregorio,

derechos fundamentales, en razón de su estructura, se caracterizan por constituirse en principios y no en reglas, de ahí que su interpretación se realice mediante un ejercicio de ponderación. Dicho esto, aunque no todos los derechos fundamentales se constituyen en principios, cierto es que los principios cobran especial relevancia tratándose de derechos fundamentales. De hecho, una de las funciones principales de los derechos fundamentales es la *protección*, que es vinculante para todos los poderes públicos y es más álgida cuando existe un sistema de control de constitucionalidad efectivo.³¹

Ahora, el artículo 53 de la CE nos dice que todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo “*vinculan* a todos los poderes públicos”; es decir, incluye los titulados como “Derechos y libertades” y “De los derechos y deberes del ciudadano”. Sin embargo, el artículo distingue dos grupos de derechos a los que dota de diferentes garantías: *a)* los derechos fundamentales, en los que podemos ubicar a los derechos sociales fundamentales, y *b)* los principios rectores de la política social y económica.³² Luego, la Constitución reconoce la mayor parte de los derechos sociales en el segundo grupo, mismos que se ven afectados por lo señalado en el artículo 53.3 de la CE, que establece: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero *informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. O sea, estos últimos no se configuran como verdaderos derechos fundamentales al condicionar su invocación frente a un juez al desarrollo legislativo, pues no son considerados como directamente aplicables, lo que parece significar que se les otorga un carácter meramente programático cuando el texto constitucional dice que “*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”.³³

Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 482-489; Rubio Llorente, Francisco, “Los derechos fundamentales”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 75, 1997, pp. 2-10; Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, p. 363; Bernal Pulido, Carlos, “Derechos fundamentales”, en Fabra Zamora, Jorge Luis et al. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II, pp. 1574-1592.

³¹ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, ONU-SCJN, 2013, p. 13.

³² Véase Vega, Pedro de, “El problema de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997, pp. 373 y 374.

³³ *Cfr.* Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 40. El autor señala que los principios rectores de la política social y económica

Sin duda, los principios rectores, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales.³⁴ Lo que significa que no puede alegarse que ante la posible vaguedad de los denominados principios rectores de la política social falte una norma jurídica, pues éstos no dejan de ser vinculantes a los poderes públicos, y así lo reafirma Pietro Sanchís, cuando señala que la fuerza jurídica y el valor constitucional de las disposiciones de principios están hoy suficientemente acreditadas.³⁵ Es decir, a pesar de que se establece como obligación el desarrollo legislativo de dichos principios, ante una posible omisión del legislador el contenido constitucional de tales derechos no impide que en el curso de un proceso el juez los proteja de manera indirecta, argumentando la viabilidad del porqué su protección a través de otro derecho considerado como fundamental.³⁶

III. LOS DERECHOS SOCIALES: INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TIEMPO DE CRISIS

Son numerosos los asuntos en los que se analizan derechos sociales o algunas de las implicaciones que éstos conllevan, pero ante la imposibilidad de contribuir con un estudio extenso del tema, abordaré los siguientes: SSTC 49/2015 (pensiones); 26/2016 (educación), y 16/2018 (vivienda). Por un lado, porque han sido referentes de resolución de asuntos posteriores;³⁷ por el otro, posibilita realizar un análisis comparativo de la interpretación de un derecho fundamental social respecto de los denominados principios rectores de la política social. Dicho análisis jurisprudencial me permitirá analizar si los presupuestos doctrinales de los derechos sociales se aplican en su interpretación.

(derechos sociales), no se reconocen en la Constitución española como verdaderos derechos fundamentales.

³⁴ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 74. Es importante señalar que cuando hablo de los denominados principios rectores de la política social y económica, siempre me referiré a los derechos sociales.

³⁵ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 37-39.

³⁶ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 168-224.

³⁷ En relación con las SSTC 26/2016 y 16/2018 véanse, entre otras, SSTC: 54/2016 FJ 2; 67/2016 FJ 2, 3, 4 y 5; 84/2016 FJ 2, 3, 4, 5 y 6; 32/2018 FJ 4; 43/2018 FJ 3, 4 y 5, y 80/2018 FJ 2, 3 y 4.

1. STC 49/2015. Sobre pensiones

La sentencia del Tribunal Constitucional 49/2015, del 5 de marzo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1114-2013 interpuesto por 146 diputados integrantes de diversos grupos parlamentarios en contra del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, del 30 de noviembre, en el que se configuran medidas de consolidación y garantía del sistema de seguridad social.³⁸ Esta sentencia cobra especial relevancia al plantear en el asunto una cuestión de irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales.

En el recurso interpuesto la parte recurrente señaló que dicho precepto vulneraba los artículos constitucionales siguientes: el 9.3, que garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales”; el 33.3, que reconoce que nadie puede ser privado de sus derechos sin la correspondiente indemnización; el 41, referente a que “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, especialmente en caso de desempleo”, y el 50, que dice que “Los poderes públicos *garantizarán*, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”. Argumenta que el artículo 2.1 establece una retroactividad auténtica, pues afecta un derecho subjetivo plenamente adquirido y que se encuentra, por tanto, en el patrimonio individual. Al mismo tiempo señala que se ha procedido a la expropiación de un derecho sin otorgar una indemnización a los perjudicados. Además, vulnera de manera clara el artículo 50 de la CE, que establece un mandato constitucional con el que limita la actividad del legislador para disponer de manera plena respecto de las pensiones.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional reconoce al legislador un margen de discrecionalidad para que éste, es su caso, realice una valorización de las pensiones de acuerdo con las circunstancias económicas y sociales existentes en cada momento. Señala que no puede hablarse de un derecho adquirido, pues los pensionistas sólo tenían una expectativa al momento de aprobarse

³⁸ El artículo 2.1, sobre la actualización y revalorización de las pensiones, dispone: “Se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril”.

el Real Decreto-ley, por lo que no se había incorporado al patrimonio de la persona. Finalmente, concluye que no se puede calificar como medida expropiatoria, pues en ningún caso son expropiables y, por tanto, indemnizables las expectativas. Por lo que desestimó dicho recurso de inconstitucionalidad.³⁹

Sin embargo, en el voto particular de los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Luis Ignacio Ortega Álvarez, y al que se adhirieron Adela Asua Barranta y Juan Antonio Xiol Ríos, expresaron que la “loable síntesis” de la sentencia, y la reiteración de lo que el Tribunal Constitucional ha señalado sobre el principio de irretroactividad, probablemente resida “en la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto”, y afirman que el “reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido”, en virtud de que presenta una relación con el artículo 1.1 de la CE que establece que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, siendo, en tal sentido, “exigible” su garantía material y debido cumplimiento.⁴⁰

Además, en esta opinión disidente, por añadidura se señala que el asunto planteaba una cuestión relacionada con la irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales a raíz de las medidas adoptadas por el legislador, pues se plantea que en caso de que el legislador adopte medidas regresivas debe justificar con mayor complejidad el porqué de su pretensión o restricción, pues en el caso en comento dicho derecho ya tenía un concreto desarrollo. De igual forma, reitera que del análisis del artículo 53.3 de la CE hay que entender al legislador como máximo responsable de ejercitar la eficacia jurídica de los denominados principios rectores de la política social y económica, y para consolidar este argumento, destaca el contenido del artículo 10.1 de la CE, incluido, entre otras, en la STC 57/1994, en la que “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un *minimum invulnerable*”.⁴¹

También, el voto particular nos habla de un derecho a la actualización de las pensiones, el cual garantiza el poder adquisitivo de las mismas. Concluye el voto señalando que lo indicado en la sentencia “conduce de manera irremediable a privar de la menor significación jurídica al precepto aquí debatido”, pues la acción del legislador no fue propiamente la supresión de un derecho

³⁹ STC 49/2015 FJ 5.

⁴⁰ *Ibidem*, FJ 1 y 2.

⁴¹ *Ibidem*, FJ 2 y 3.

adquirido, sino la suspensión de un derecho no consolidado, cuestiones, las anteriores, que no fueron abordadas en el estudio del asunto.⁴²

2. STC 26/2016. Sobre educación

La sentencia del Tribunal Constitucional 26/2016, del 18 de febrero de 2016, resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4528-2012 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en contra de diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2012, del 20 de abril, sobre medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. Su importancia radica en que, además de ser un asunto piloto,⁴³ posibilita analizar el planteamiento que se realiza sobre el margen de apreciación que el legislador tiene en materia de derechos sociales y la proporcionalidad entre medidas tomadas por cuestiones de extraordinaria y urgente necesidad y la vulneración o limitación del derecho a la educación.

La recurrente señala que el Real Decreto-ley vulnera lo dispuesto en los artículos siguientes: el 86.1 de la CE, ya que no concurre el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad, en tanto que no basta para su acreditación alegar la coyuntura económica, además de indicar que tal norma incurre en excesos competenciales e invade los relativos a la Comunidad Autónoma; el 9.3 de la CE, al vulnerar el principio de seguridad jurídica, pues se limitó a invocar diversas competencias del artículo 149.1 sin señalar de manera concreta a qué preceptos de dicho Decreto-ley correspondían, y adicionalmente, el 27.10 de la CE, al lesionar el contenido esencial de la autonomía universitaria.

El Tribunal declaró la vulneración del artículo 86.1 de la CE por parte de los artículos 6.1 y 2o. del Decreto-ley, por cuanto a la efectividad de la medida precisa de la aprobación de una norma reglamentaria, lo que denota la carencia de inmediatez en la aplicación que sería exigible en el uso del Decreto-ley. En concreto, el Tribunal señala que

...esta remisión a una norma posterior, que a la vez exige la consulta previa a dos órganos consultivos, impide considerar que se ha cumplido el requisito de la conexión de sentido entre la medida y la situación de urgencia que se pretende atender, en la medida en que la inmediatez de lo que prescribe

⁴² *Ibidem*, FJ 1, 3 y 5.

⁴³ Véanse, entre otras, SSTC: 54/2016 FJ 2; 67/2016 FJ 2, 3, 4 y 5, y 84/2016 FJ 2, 3, 4, 5 y 6.

el Decreto-ley no se puede dar por descontada, pues depende de una actuación ulterior del gobierno.

Por tanto, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los anteriores artículos.⁴⁴

3. *STC 16/2018. Sobre vivienda*

En la sentencia 16/2018, del 22 de febrero, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6036-2013 interpuesto por el presidente del gobierno en relación con diversos preceptos, en este caso, de la Ley Foral 24/2013, del 2 de julio, sobre medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. Destaca el análisis que se realiza del contenido esencial del derecho de propiedad.

En este asunto, la recurrente alegó la violación de los artículos 149.1.1 y 8o. de la CE en relación con el artículo 33, en virtud de que la norma afectaba la función social del derecho de propiedad al atribuir una serie de sanciones y, en su caso, la expropiación, al no ser destinada al uso habitacional, sin tener competencia para ello; de los artículos 14 y 9.3 de la CE, al vulnerar los principios de igualdad y no discriminación y seguridad jurídica, en cuanto a que establece un régimen que discrimina arbitrariamente a las personas jurídicas, y, además, aduce que se transgrede el principio de proporcionalidad, pues las medidas establecidas no resultan indispensables al existir otras más moderadas para subvenir a la situación de emergencia social que se trata de afrontar, por lo que destaca que “tampoco resultan ponderadas o equilibradas al derivarse de las mismas más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios para el interés general”.

A pesar de que el Tribunal Constitucional dictó una sentencia en la que desestimó el recurso en su mayoría, es pertinente destacar que en este asunto el recurrente fue el presidente del gobierno, por lo que es oportuno señalar los argumentos del Tribunal al desestimar, en parte, tal recurso. Señaló que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación no “forma parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social”, y precisó que corresponde a quien tiene atribuida la tutela de dichos intereses “establecer en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social

⁴⁴ STC 26/2016 FJ 5 c).

de cada tipo de propiedad”; en este caso, corresponde a la Comunidad Autónoma.⁴⁵

Luego, declaró la inconstitucionalidad y nulidad en cuanto a que el uso de la competencia autonómica en materia de vivienda interfería en un modo significativo en el ejercicio de las competencias por parte del Estado, pues se encomienda al gobierno la promoción de un fondo social de viviendas con el sector financiero —propiedad de las entidades de crédito—, por consiguiente, no resulta incompatible la protección de personas en situación de vulnerabilidad con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario.⁴⁶

4. *Análisis de la interpretación del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales*

Respecto a las sentencias anteriormente expuestas mi discrepancia es,⁴⁷ principalmente, con lo señalado en la *ratio decidendi* de las mismas, y no propiamente con lo indicado en los votos particulares. En específico, disiento de los argumentos expuestos en virtud de que la discusión se centra, en principio, en favorecer la denominada legislación *anticrisis*.⁴⁸ De esta manera, el debate reconduce a una cuestión de mera legalidad ordinaria, reafirmando aquellos presupuestos doctrinales que permiten una protección limitada y excluyente de los derechos sociales y exceptuando las exigencias propias a las que nos conduce el artículo 10.2 de la CE.⁴⁹

Aunque disiento de la decisión mayoritaria, lo expresado por la minoría no se perfila como aplicable, pues en la decisión del Tribunal Constitucional prevalece lo adoptado por la mayoría, pese a que los votos particulares han puesto de relieve algunos aspectos doctrinales y jurídicos relevantes: al menos en la STC 49/2015 se percibe una mención al principio de progresividad y

⁴⁵ STC 16/2018 FJ 5 y 7.

⁴⁶ *Ibidem*, FJ 12 y 16.

⁴⁷ Fraile Ortiz, María, “Tribunal Constitucional y principios rectores de la política social y económica: *hilar fino* en tiempos de crisis”, en Masala, Pietro (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 231-260. Se advierte que dichas críticas son confirmadas por lo que observa, en general.

⁴⁸ Véase Jimena Quesada, Luis, “El pretexto de la excepcionalidad del orden público económico: una ilustración de jurisprudencia nacional anticrisis”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2016, pp. 34-47.

⁴⁹ Sobre dicha disposición constitucional véase Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*

no regresividad de los derechos, y aunque la STC 16/2018 no tiene en sí un voto particular, ésta hace alusión al denominado contenido esencial de los derechos y al principio de proporcionalidad.

Así, cuando el Tribunal Constitucional se concibe como máximo intérprete de la Constitución —y como aquel que ejerce un control constitucional hacia el legislador a través de la interpretación y análisis de la legislación—, se entiende que la administración de justicia será acorde con los principios y derechos reconocidos en dicha norma.⁵⁰ Sin embargo, es una cuestión que parece insuficiente en la decisión adoptada por la mayoría, provocando con ello que se cuestione por qué el Tribunal se decanta porque prevalezca en las resoluciones un análisis rigorista, aminorando la protección de los derechos de las personas.

Ahora, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha corroborado la legislación anticrisis, propiciando un desequilibrio en el control del poder que el Tribunal ejerce hacia el legislador, y con ello se infringe un déficit a la fórmula de “Estado social y democrático de derecho”, que se constituye como una fórmula estatal irreductible y que, como señala García Pelayo, le ha merecido el calificativo de “norma fundamental del Estado” por albergar la esencia y sustancia de la Constitución.⁵¹ Esto es: se ha limitado la jurisprudencia a confirmar de modo coyuntural la legislación anticrisis, y dicho carácter coyuntural contraviene el principio de seguridad jurídica que la uniformidad y estabilidad de la jurisprudencia debiera proporcionar. Así, el Tribunal Constitucional, al avalar a través de la jurisprudencia el margen de maniobra del legislador, se transforma ya no en guardián de la Constitución, sino que puede percibirse como un guardián de la ley o mero órgano de convalidación del legislador.⁵²

⁵⁰ Sobre la reforma laboral de 2012 véase Masala, Pietro, “El nuevo derecho del trabajo europeo y su problemática compatibilidad con los principios del constitucionalismo social y democrático, con especial atención al caso español”, en Herrera, María Rosa y Jaraíz Arroyo, Germán (dirs.), *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2017, pp. 279-301; Masala, Pietro, “La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo sul «nuovo diritto del lavoro»: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle misure «flessibilizzatrici» in Europa”, *DPCE Online*, núm. 3, 2017, pp. 517-541, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/424>.

⁵¹ García Pelayo, *op. cit.*, p. 1656.

⁵² STC 8/2015, véase el voto particular que formuló Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez. Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610/2012, interpuesto por integrantes de diversos grupos parlamentarios en contra de diversos preceptos de la Ley 3/2012, sobre medidas urgentes a la reforma del mercado laboral.

De esta manera, la fórmula “Estado social y democrático de derecho” debe verse dotada de pleno sentido y vigencia, en este caso, a través de la jurisprudencia.⁵³ La fórmula constituye, además, una exigencia axiológica de orden internacional, lo cual, adicionalmente, se pone en conexión con el mandato constitucional de efectividad del artículo 9.2 de la CE, que impone a los operadores jurídicos hacer eco del efecto útil de esas fuentes constitucionales de producción internacional que, por lo demás, integran ese deber constitucional de sujeción “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” que establece el artículo 9.1.⁵⁴ De acuerdo con lo anterior, esa referencia significa el deber de tomar en consideración los tratados y la interpretación de ellos realizada, pues no cabe disociar ambas.

Por otra parte, en la STC 16/2018 parece que el Tribunal Constitucional fue receptivo de las disposiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo que se refiere al margen de apreciación del legislador sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones,⁵⁵ aunque no de manera clara, ya que se observa que máxime dicha recepción no formó parte de la *ratio decidendi* del asunto y se mencionan los casos de manera sucinta. Lo anterior expone la necesidad de que en España se profundice en el llamado diálogo judicial.⁵⁶ Desde esta perspectiva, es de lamentarse la falta de aplicación del derecho internacional por parte de los jueces, ya sea porque se desconoce de manera involuntaria o, principalmente, cuando se conocen tales cánones y se decide ignorarlos de manera deliberada. Aunque lo anterior no sólo comporta desconocimiento del canon internacional y europeo, sino, al mismo tiempo, del constitucional, al ignorar el mandato de interpretación conforme que deriva del artículo 10.2 de la CE.⁵⁷

⁵³ García de Enterría, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 193-197.

⁵⁴ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, *cit.*, pp. 59 y 60. El autor señala que en la *praxis* española existe una reflexión en lo que respecta a la OIT, pero una reticencia o menor conocimiento a otras disposiciones internacionales, como las de la ONU en materia de DESCAs o el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

⁵⁵ STC 16/2018 FJ 17.

⁵⁶ Burgorgue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...*, México, Tirant lo Blanch-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte IDH, 2013, pp. 131-167.

⁵⁷ *Cfr.* Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Aranzadi, 2013 *vs.* Canosa Usera, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Aranzadi, 2015.

Por otra parte, hay que considerar críticamente que el Tribunal Constitucional implementa en su jurisprudencia un novedoso canon de constitucionalidad, esto es, que utiliza la crisis económica como parámetro de valoración constitucional; es decir, la racionalización del gasto público como medida limitativa de los derechos sociales contenidos en los preceptos constitucionales correspondientes al Capítulo II del Título I de la CE, por no mencionar a los incluidos en los denominados principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I. Canon que, por un lado, genera inseguridad jurídica en detrimento de la vigencia de los valores del Estado de derecho⁵⁸ y, por el otro, afecta la consolidación de la fórmula “Estado social y democrático de derecho”, en específico lo referente al Estado social.⁵⁹

Por lo tanto, considero que debe apelarse a un cambio de criterio por parte del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la denominada jurisprudencia anticrisis, para que con el uso del diálogo judicial atiendan a criterios de otros órganos jurisdiccionales y que puedan ser aplicables al caso concreto de acuerdo con el sistema jurídico establecido. Se propone una lectura más dinámica de los preceptos constitucionales, acorde con lo estipulado por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y el derecho internacional en materia de derechos sociales, a través de un enfoque evolutivo y de acuerdo con la realidad del sistema jurídico español.

En relación con lo anterior, más allá del debate de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho español,⁶⁰ es un hecho que es un elemento integrante del sistema de fuentes. En consecuencia, es pertinente tener un cambio de enfoque en el que los órganos jurisdiccionales aprendan y apliquen la jurisprudencia de carácter social surgida en el ámbito internacional; ya sea por el ejercicio del diálogo judicial o el control de convencionalidad.

Por otro lado, la proliferación de normas nacionales —de contenido prevalentemente económico y financiero— ha provocado una difícil articulación de ellas en el sistema de fuentes, con la consiguiente dificultad a la hora de

⁵⁸ Santoro, Emilio, *Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia*, México, SCJN, 2010, pp. 15 y 16.

⁵⁹ STC 119/2014, véase el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adherieron Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez. Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5603/2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, sobre medidas urgentes a la reforma del mercado laboral. El voto señala de manera expresa que el asunto debió de ser interpretado a la luz de los compromisos internacionales asumidos por España “en el caso a examen, a la luz del canon hermenéutico del art. 4 del Convenio de la OIT...”.

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., pp. 193-197.

determinar el órgano jurisdiccional competente —y con el potencial riesgo de divergencia o conflicto interpretativo— para controlar su adecuación a normas superiores (constitucionales o europeas).⁶¹

En definitiva, las exigencias internacionales (económicas) han sido interiorizadas como parámetros constitucionales, de tal suerte que la propia jurisdicción constitucional está sometida a ellas, dejando de lado lo dispuesto en los artículos 10.2 y 93 a 96 de la CE. Posturas, las anteriores, que tienen reflejo en la *praxis*.⁶²

En las decisiones comentadas el Tribunal Constitucional no ha señalado de manera clara cuáles son los alcances concretos y el contenido semántico de cada derecho social que en la Constitución se establecen, pues entre otras cosas, la determinación del campo semántico serviría para establecer un mínimo de obligaciones de los poderes públicos en relación con cada derecho social.⁶³

Al respecto, Luis Jimena Quesada señala que en el análisis crítico de la devaluación del Estado social y democrático de derecho que se ha producido en el contexto de la crisis y, correlativamente, en las propuestas constructivas de blindaje de ese sustrato estatal irreducible, se tendrá inexorablemente en cuenta la internacionalización y la europeización de esos valores superiores que acompañan a la fórmula estatal del artículo 1.1 de la CE. Lo cual, a su vez, es lógica consecuencia del creciente movimiento de internacionalización del derecho constitucional y, correlativamente, de la constitucionalización del derecho internacional.⁶⁴

Sobre el tema también hay que señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en principio, consideró a los derechos sociales como normas objetivas; es decir, que prescriben una obligación, y no como una cuestión de

⁶¹ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., p. 23.

⁶² Por ejemplo, la STC 49/2015 señala que “la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable”, y apunta, además, que “el elevado déficit del sistema de Seguridad Social... y la necesidad de cumplir con el objetivo de déficit público... son razones de extraordinaria y urgente necesidad” que conllevaron a “dejar sin efecto la actualización de pensiones... y a suspender la revalorización de las pensiones...”, pues parece evidente que eso, por un lado, contraviene el principio de irretroactividad contenido en el artículo 9.3 de la CE y, por el otro, es una cuestión que explicita una inconsecuencia con lo estipulado en el artículo 1.1 constitucional que, primero, implica una unidad que, asimismo, contraviene la exigencia de apertura a las normas internacionales (artículos 10.2 y 93 a 96 de la CE).

⁶³ Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...* cit., pp. 185-187; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 37-40.

⁶⁴ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., pp. 17 y 18.

mera retórica. En particular, así lo confirmó al señalar que “la seguridad social se convierte en una función del Estado”⁶⁵ cuyo objeto es la “protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad”;⁶⁶ pero actualmente, aunque se reafirma su finalidad, tras la crisis económica se entendió que el margen de apreciación del legislador en materia de seguridad social debía atender a “circunstancias económicas y sociales”⁶⁷ y a criterios como el de racionalización del gasto público.⁶⁸

Luis Jimena Quesada señala que eso

...pasa inexorablemente por entender los estrechos límites de una concepción de la ciencia del derecho como una práctica autónoma anclada en el más puro positivismo jurídico o en una discrecionalidad (superadora de la insuficiencia de las tesis positivistas) apta por resolver casos difíciles tomando en serio únicamente ciertos derechos individuales con relegación de los derechos sociales.⁶⁹

O más ampliamente de los objetivos sociales colectivos, sin que por ello se renuncie al rigor jurídico o a la búsqueda de la racionalidad.⁷⁰

Además, la devaluación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es consecuencia de la depreciación de la calidad normativa, ya que difícilmente podrá el intérprete constitucional suplir la fase exegética de la norma que ha sido producto de una elaboración técnicamente defectuosa o deficitaria, máxime cuando el legislador suele contar con más recursos —y, por ende, más capacidad de análisis interdisciplinar, incluido el económico—. ⁷¹

Así, la jurisprudencia del Tribunal español, a pesar de otorgar un valor normativo a los denominados principios rectores de la política social y económica,⁷² su eficacia, en la mayoría de los casos, depende de su relación con un derecho fundamental o ante la existencia de una situación de discriminación formal, mas no material. Asimismo, la interpretación de estos principios no resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad de una

⁶⁵ SSTC 103/1983, 65/1987 y 37/1994.

⁶⁶ STC 37/1994.

⁶⁷ STC 156/2014.

⁶⁸ SSTC 211/2014, 6/2015, 7/2017 y 16/2017.

⁶⁹ Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje...*, cit., p. 84.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

⁷¹ *Ibidem*, p. 24.

⁷² SSTC 103/1983, 65/1987 y 37/1994, en materia de seguridad social, artículo 41 de la CE.

norma del ordenamiento español, ya que se incorporan a las interpretaciones en mayor medida para reafirmar la postura del legislador como una forma de control jurisdiccional.⁷³

No obstante, en aquellos ordenamientos en los que no se concibe la protección de los derechos sociales a través de su exigibilidad directa, se tiene que existen varias vías de protección que permiten a los tribunales constitucionales protegerlos de manera indirecta.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES

Ante la serie de obstáculos que tienden a limitar la protección de los derechos sociales existen estrategias de exigibilidad directa e indirecta, y por ende de eficacia de estos derechos. El estudio de dichas estrategias de exigibilidad de los derechos sociales permitirá precisar si se aplican en las resoluciones del Tribunal Constitucional español.

1. *Obligaciones generales del Estado en materia de derechos sociales*

Los derechos sociales, al ser entendidos como derechos plenamente exigibles, requieren la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o la mejora de los existentes.

El Estado, en materia de derechos sociales, tiene como obligaciones la de *respetar, proteger y garantizar*⁷⁴ los derechos sociales. La obligación de *respetar*⁷⁵ significa *abstener* de interferir en el disfrute del derecho, lo que incluye a todos los poderes públicos del Estado, independientemente de la forma de organización que en cada uno de ellos se adopte. Además, incorpora el respeto a los recursos disponibles existentes; esto es, la obligación a una buena administración de los recursos de que dispone el Estado. Lo anterior es teniendo en

⁷³ SSTC 211/2014, 6/2015, 7/2017 y 16/2017, sobre racionalización del gasto público en materia de seguridad social.

⁷⁴ Cfr. Eide, Absjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategias de nivel mínimo", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, 1989, p. 48. El autor distingue como obligaciones del Estado en materia de derechos sociales: respetar, proteger y cumplir o realizar.

⁷⁵ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, "La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1o. del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal mexicano", *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 151-153.

cuenta que dichos derechos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.⁷⁶ La obligación de *proteger* significa *impedir* que tanto los agentes del Estado como los particulares interfieran en el ejercicio y disfrute del derecho. Ahora, la obligación de *garantizar* significa *adoptar* medidas tendientes a lograr la efectividad de dichos derechos. Tal obligación requiere el despliegue de cierta organización estatal,⁷⁷ a través de la cual se asegure la eficacia y el pleno ejercicio de los derechos sociales. Al respecto, Héctor Gros Espiell señala que la obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.⁷⁸ Así, por medio de la obligación de *garantizar* el Estado se compele no sólo a abstenerse, pues está obligado a adoptar medidas que permitan a las personas bajo su jurisdicción asegurar el pleno goce y ejercicio de sus derechos.⁷⁹

Y es en el artículo 2.1 del PIDESC en donde se estipulan distintas obligaciones hacia los Estados parte: *a)* “lograr progresivamente”;⁸⁰ *b)* “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y *c)* “la adopción de medidas legislativas”. Todas ellas tendientes a lograr la plena efectividad de los derechos.

A. *Obligación de progresividad y prohibición de regresividad*

La obligación de progresividad implica la obligación del Estado de adoptar medidas destinando el máximo de recursos efectivos para lograr la plena efectividad de los derechos; algo que conlleva a determinar que los derechos sociales no pueden realizarse en un periodo breve de tiempo.

En el caso de la CE, la *progresividad* se encuentra relacionada con una obligación, cuestión que comprende el artículo 31.1, al disponer que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de

⁷⁶ Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65. El autor define *respeto* como “la obligación del Estado y todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones y omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.

⁷⁷ Carbonell, Miguel, “Los derechos sociales...”, *cit.*, p. 192.

⁷⁸ Gross Espiell, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

⁷⁹ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁸⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 93.

igualdad y *progresividad* que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Por el contrario, la idea de progresividad y prohibición de regresividad la encontramos en las sentencias del Tribunal Constitucional español, específicamente en sus votos particulares. Al respecto, el voto particular de la STC 49/2015 señaló que el asunto planteó una cuestión de irreversibilidad y el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales a raíz de las medidas adoptadas por el legislador,⁸¹ en virtud de que al adoptar medidas regresivas debe justificar con mayor complejidad el porqué de su pretensión o restricción.⁸²

Dicha obligación significa que los esfuerzos que permitan la eficacia de los derechos sociales deben darse de manera continuada, de manera que las personas logren una mejora continua en sus condiciones de vida.

Ahora, la obligación de progresividad conlleva una prohibición de no regresividad; es decir, no dar marcha atrás a los niveles de satisfacción alcanzados.⁸³ Aunque esto no constituye un límite infranqueable de acuerdo con el artículo 53.3 de la CE, puesto que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Así, la restricción del derecho deberá estar plenamente justificada, siendo más exigente en casos de disminución o restricción de los derechos sociales con un desarrollo previo concreto.⁸⁴ También, sobre la prohibición de no regresividad, hay que observar que la medida tomada sea proporcional y justifique la restricción de un derecho determinado.⁸⁵ Entonces, el Estado debe demostrar: *a)* la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; *b)* el carácter imperioso de la medida, y *c)* la inexistencia de recursos alternativos menos restrictivos para el derecho afectado.⁸⁶

⁸¹ STC 49/2015 FJ 2.

⁸² *Cfr.* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 94.

⁸³ STC 49/2015 FJ 1. Al respecto dice “Ahora bien, a este Tribunal no le puede resultar indiferente que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiera ser suprimido”.

⁸⁴ Al respecto, el artículo 4o. del PIDESC señala que los derechos se podrán someter a limitaciones sólo determinadas por ley; “sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

⁸⁵ STC 26/2016, en dicho asunto la medida adoptada por el legislador no quedó justificada; la conexión de sentido con la extraordinaria y urgente necesidad estipulada en el artículo 86.1 de la CE, en virtud de que no se introdujo elemento alguno que permitiera inferir que se produciría un efecto de racionalización del gasto en la educación.

⁸⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...*, *cit.*, p. 205; Carbonell, Miguel y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 47 y 48.

B. *Obligación de destinar el máximo de recursos disponibles*

La obligación de los Estados de destinar el máximo de recursos disponibles⁸⁷ para lograr la efectividad de los derechos sociales significa que, aun siendo insuficientes los recursos destinados para la satisfacción de los derechos sociales, deben ser empleados para dar cumplimiento a la obligación. En concreto, los Estados tienen la obligación de brindar tanto recursos judiciales como otros recursos efectivos.⁸⁸ O sea, la obligación deberá atender a las necesidades concretas de la población y el lugar, y comprende recursos económicos, judiciales, institucionales, tecnológicos y humanos.⁸⁹

En tanto, hay que enfatizar que la obligación conlleva a que en tiempo de crisis económica se acentúan las obligaciones del Estado para satisfacer los derechos, máxime que los derechos siempre están vigentes.⁹⁰ Además de que es en tiempo de crisis, de recesión económica o por otros factores, que con mayor fuerza deben protegerse los derechos de los más vulnerables.⁹¹ Así, el Estado está obligado a satisfacer un nivel mínimo de protección de los derechos. No obstante, tratándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, dichos niveles no han sido propiamente establecidos en materia de derechos sociales;⁹² aunque se ha pronunciado en algunos casos.⁹³

⁸⁷ Cfr. voto particular de la STC 31/2018, en el que señala como limitante de la configuración del derecho a la educación la de los recursos disponibles, máxime no como una obligación del Estado.

⁸⁸ Véase Observación General No. 3, punto 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸⁹ Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 175.

⁹⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...*, cit., p. 206.

⁹¹ Véase Observación General No. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹² Cfr. STC 93/2015. En dicha sentencia se discute sobre el *contenido esencial* del derecho de propiedad.

⁹³ Véase STC 31/2018 FJ I, 1. En el voto particular que formuló el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré se establece: “Los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo [la educación segregada por sexo], se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares”. Cfr. SSTC 61/2018 FJ 10 y 139/2016, en las que reitera el posicionamiento

Al respecto, Abramovich y Courtis consideran que la tarea de interpretación de los tribunales puede fijar el contenido esencial de ciertos derechos y, en concreto, consideran que “la adopción de algún sistema de indicadores pudiera servir como parámetro”, lo cual resultaría especialmente relevante cuando al Estado se le exige el cumplimiento de ciertas obligaciones.⁹⁴ En consecuencia, la adopción de un sistema de indicadores que sirvan de parámetro conlleva a que el Estado establezca un nivel mínimo de satisfacción de los derechos, cuestión que resulta de la obligación de *progresividad* de los mismos.⁹⁵

C. *Obligación de crear recursos efectivos*

Sobre la obligación de los Estados para crear recursos efectivos, me referiré principalmente a los recursos judiciales, en virtud de que a través de éstos se posibilita la exigibilidad de los derechos sociales ante el Tribunal Constitucional, y con ello, la eficacia de los mismos. Abramovich y Courtis señalan que “los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos”;⁹⁶ es decir, que no basta que el Estado utilice los recursos previos para reparar las violaciones a los derechos sociales, máxime cuando las características de los mismos impidan plantear de manera adecuada el caso.

Asimismo, los recursos judiciales deben de ser idóneos; o sea, que el objeto de su origen sea la protección de los derechos sociales, en virtud de que el Estado no puede considerar que cumple con dicha obligación aduciendo la existencia de las vías tradicionales en el caso de violación de derechos, en especial si tales recursos fueron diseñados para proteger los derechos civiles y políticos.⁹⁷

Por otro lado, para cumplir con la obligación, los Estados también deben ampliar las causas por las que puede promoverse una acción ante los tribunales. En su caso, dotando de sustantividad procesal a los denominados *intereses*

que el Tribunal Constitucional tiene respecto de diversos derechos sociales, señalando que como principios rectores carecen de contenido constitucionalmente esencial.

⁹⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁵ Cfr. Eide, Absjorn, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁷ Véase Carbonell, Miguel, *Los derechos sociales...*, *cit.*, p. 203.

colectivos o *derechos difusos*,⁹⁸ de forma que al ampliar el acceso a la justicia de éstos se posibilita su defensa.⁹⁹

2. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales

El Tribunal Constitucional español se ubica claramente entre aquellos tribunales que cuentan con escasos mecanismos de garantía para proteger los derechos sociales reconocidos en la Constitución¹⁰⁰ —a pesar de que la CE reconoce una serie considerable de derechos sociales—.

Ahora, en el ordenamiento español es el recurso de amparo el que, ante la vulneración de los derechos fundamentales, permite su reparación. Sin embargo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53.2 de la CE, sólo los preceptos contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 son susceptibles de protección a través del recurso de amparo, entre ellos los derechos sociales siguientes: el derecho a la educación (artículo 27), la libertad sindical (artículo 28.1) y el derecho a huelga (artículo 28.2), de manera que los derechos sociales enunciados en los denominados principios rectores de la política económica y social no son susceptibles de protección por el recurso de amparo.¹⁰¹

A. Exigibilidad indirecta de los derechos sociales

Ante la falta de recursos judiciales que permitan la exigibilidad directa de los derechos sociales, existen estrategias que propician su protección de manera indirecta.

⁹⁸ González Oropeza, Manuel y Rosario Rodríguez, Marcos del, “El papel del juez en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos sociales y difusos”, *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPF en la Comisión de Venecia*, México, TEPJF, 2015, t. I, pp. 383 y 384.

⁹⁹ Véase Martínez Ramírez, Fabiola, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México”, en Morales Antoniazzi, Mariela *et al.* (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 395.

¹⁰⁰ Díaz Crego, María, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012, p. 6.

¹⁰¹ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 168-249.

*a. Protección de los derechos sociales
a través de los derechos civiles y políticos*

La protección indirecta de los derechos sociales ante tribunales constitucionales, y en particular ante el Tribunal Constitucional español, se puede lograr a través de su vinculación con algún derecho civil o político. De manera que el Tribunal Constitucional, al realizar el ejercicio de interpretación, se tendría que la vulneración al derecho social se convertiría en la violación de un derecho civil o político.¹⁰²

*b. Protección de derechos sociales
a través de otros derechos sociales*

Otra vía de protección indirecta de los derechos sociales ante tribunales es la que se realiza a través de otros derechos sociales susceptibles de ser amparados. En el caso del Tribunal Constitucional español, a través del derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho a huelga, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 53.2 de la CE.

*c. Protección de los derechos sociales a través
del principio de igualdad y no discriminación*

El derecho a no ser discriminado guarda una intrínseca relación con el principio de igualdad, tanto en su ámbito formal como material. En particular, el primero establece el derecho a no ser tratado de forma diferente por razones de origen étnico o nacional, género, edad, condición social, creencias religiosas, preferencias sexuales, opiniones o estado civil, entre otras. Por otra parte, la discriminación dificulta el ejercicio de los derechos sociales, por ende, la no discriminación y el principio de igualdad resultan ser fundamentales en el goce y ejercicio de derechos.¹⁰³

Ahora, es el artículo 14 de la CE en el que se consagra el principio de igualdad y no discriminación. Es así que a través del ejercicio del derecho a

¹⁰² Véase STC 193/2011. Además, puede mencionarse la STC 119/2001, que planteó la vulneración del derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar, consecuencia de encontrarse la recurrente en una situación de contaminación acústica.

¹⁰³ *Cfr.* Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar Ugarte, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011, p. 53.

no padecer discriminación se puede plantear la vulneración de algún derecho social, esto por considerar la existencia de una práctica discriminatoria y, por consiguiente, contraria al texto constitucional o, en su caso, internacional.

En la jurisprudencia constitucional puede mencionarse, como ejemplo, la STC 103/1983, en la que se extendió la protección a los hombres tratándose de la pensión por viudedad por considerar la existencia de una práctica discriminatoria no sustentada en la ley (Ley General de la Seguridad Social).¹⁰⁴ Esto es: se consideró que la igualdad material viene acompañada de una exigencia de igualdad formal, pues el legislador no estableció una razón que permitiera diferenciar el porqué se otorgaba una pensión de viudedad sólo a las mujeres y no a los hombres.¹⁰⁵

Otra forma de protección indirecta de los derechos sociales es a través del derecho a la información, ya que la *dimensión social* de este derecho posibilita a las personas el ejercicio de los derechos sociales de que son titulares.¹⁰⁶

B. *Exigibilidad directa de los derechos sociales*

Como señala Luis María Díez-Picazo, en relación con la reticencia de algunos textos constitucionales contemporáneos de no consagrar como verdaderos derechos fundamentales a los derechos sociales, en virtud de que el Tribunal Constitucional es el que justificará de manera razonada la protección que habría que otorgarles a los derechos sociales;¹⁰⁷ hay que observar, no obstante, que ésta es una argumentación de prudencia, no de principio.

Por ello, llegado el caso, podría ser factible que ciertas prestaciones sociales estuvieran garantizadas directamente por la Constitución, como ocurre ya con determinados servicios públicos de corte más tradicional. En este sentido se pronuncia Javier Ruipérez Alamillo, al señalar la necesidad de constitucio-

¹⁰⁴ STC 103/1983 FJ 2, 5 y 6. Asimismo, véase la STC 74/2018 y sus votos particulares respectivos. En ella se plantea la no discriminación por razón de sexo como parámetro de control de constitucionalidad.

¹⁰⁵ Cfr. Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 493-495.

¹⁰⁶ Véase STC 37/2011 FJ 7.

¹⁰⁷ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 44.

nalizar como fundamentales algunos derechos sociales en la CE, como el derecho a una vivienda digna.¹⁰⁸

V. CONCLUSIONES

El análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español confirmó la idea de que la protección de los derechos sociales contenidos en los denominados principios rectores de la política social es, prácticamente, nula. Consecuencia del análisis restrictivo en materia de derechos sociales, derivado del uso de los presupuestos doctrinales que tienden a excluir o restringir su protección.

Asimismo, del estudio jurisprudencial se concluyó que es limitado el uso de estrategias de exigibilidad en materia de derechos sociales por parte de los recurrentes, derivado de la interpretación restrictiva que el propio Tribunal Constitucional realiza. Por eso es necesario el litigio estratégico en materia de derechos sociales, ya que permite sentar las bases para consolidar la eficacia de dichos derechos.

Además, puede advertirse que, a través de los argumentos expuestos en los votos particulares, el intérprete constitucional fija una postura garantista de los derechos sociales.

Es necesaria la consolidación de un nuevo paradigma de protección en materia de derechos sociales por parte del Tribunal Constitucional español y demás autoridades. Aunque en ello contribuyen distintos votos particulares, no resultan suficientes para consolidar una cultura constitucional tendiente a proteger los derechos sociales por parte del intérprete de la Constitución. El cambio de paradigma podría: *a)* estar orientado a la consolidación de una igualdad real; *b)* entender a los derechos sociales, civiles y políticos como una unidad; *c)* interpretar los derechos en condiciones que no sean discriminatorias; *d)* fijar el contenido esencial de los derechos sociales reconocidos en la Constitución; *e)* admitir la protección de intereses colectivos o derechos difusos; *f)* consolidar un nuevo derecho procesal de carácter so-

¹⁰⁸ Ruipérez Alamillo, Javier, “La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna”, en Cano Bueso, Juan y Escuredo Rodríguez, Rafael, *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 129-168. Sobre el tema véase García Roca, Javier, *Pautas para una reforma de la Constitución. Un informe para el debate*, Navarra, Aranzadi, 2014.

cial; *g*) entender que es necesaria la armonización de las normas conforme a los estándares internacionales; *h*) entender que en situación de crisis deberá priorizarse la protección de las personas más vulnerables, atendiendo a una interpretación progresiva de los derechos sociales, e *i*) evitar dar marcha atrás respecto de los niveles de protección alcanzados, incluso en situación de crisis económica, de recesión o cualquier otro factor.

La obligación del Estado de crear recursos efectivos no sólo comprende los judiciales, también aquellos recursos administrativos que conlleven a la eficacia de los derechos sociales. En tal sentido, el Estado deberá demostrar que dichos recursos resultan ser los más apropiados para conseguir los objetivos planteados tratándose de la eficacia de derechos.

Se carece de libertad real cuando se vive en la pobreza, sin acceso a la seguridad social, servicios de salud o educación, entre otros. Por ende, la protección de los derechos abarca no sólo los civiles y políticos, igualmente los sociales.

Los derechos sociales no son solamente aspiraciones; como “derechos” son exigibles, cuestión que posibilita su eficacia.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en MAIHOFFER, Werner *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Derechos fundamentales”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis *et al.* (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...*, México, Tirant lo Blanch-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte IDH, 2013.
- CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Aranzadi, 2015.

- CANOSA USERA, Raúl *et al.*, “La eficacia de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, en HUERTA TOCILDO, Susana y PÉREZ MANZANO, Mercedes (coords.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- CARBONELL, Miguel, “Los derechos sociales: elementos para una lectura clave normativa”, en SERNA DE LA GARZA, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2011.
- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- CARPIZO, Jorge, “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. I.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- COLE, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista. Los precursores (1789-1850)*, 3a. ed., trad. de Rubén Landa, México-Buenos Aires, FCE, 1964, t. I.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989.
- DÍAZ CREGO, María, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 2008.

- EIDE, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategias de nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, 1989.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Juan Carlos Bayón Mohino *et al.*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos, “La obligación de «respetar» y «garantizar» los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1o. del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, ONU-SCJN, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge (coords.), *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984.
- FRAILE ORTIZ, María, “Tribunal Constitucional y principios rectores de la política social y económica: *hilar fino* en tiempos de crisis”, en MASALA, Pietro (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II.
- GARCÍA ROCA, Javier, *Pautas para una reforma de la Constitución. Un informe para el debate*, Navarra, Aranzadi, 2014.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “El papel del juez en el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos so-

- ciales y difusos”, *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPF en la Comisión de Venecia*, México, TEPJF, 2015, t. I.
- GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003.
- GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011.
- HELLER, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Siglo XXI Editores, 2012.
- JIMENA QUESADA, Luis, “El pretexto de la excepcionalidad del orden público económico: una ilustración de jurisprudencia nacional anticrisis”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2016.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Aranzadi, 2013.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasío, Madrid, Tecnos, 1995.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México”, en MORALES ANTONIAZZI, Mariela *et al.* (coords.), *Inclusión, ius commune y justicia de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- MASALA, Pietro, “El nuevo derecho del trabajo europeo y su problemática compatibilidad con los principios del constitucionalismo social y democrático, con especial atención al caso español”, en HERRERA, María Rosa y

- JARAÍZ ARROYO, Germán (dirs.), *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2017.
- MASALA, Pietro, “La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo sul «nuovo diritto del lavoro»: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle misure «flessibilizzatrici» in Europa”, *DPCE Online*, núm. 3, 2017, pp. 517-541, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/424>.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Latino Universitaria, 1980.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN ROIG, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Los derechos fundamentales”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 75, 1997.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “La necesidad de constitucionalizar como «fundamentales» algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona: el derecho a una vivienda digna”, en CANO BUESO, Juan y ESCUREDO RODRÍGUEZ, Rafael, *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SÁIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional del derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SANTORO, Emilio, *Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia*, México, SCJN, 2010.
- STEIN, Lorenz von, *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- TEROL BECERRA, Manuel (dir.), *Del bienestar en la Constitución española y de su implementación (1978-2011)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- VASAK, Karel (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Unesco, 1979.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- VEGA, Pedro de, “El problema de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997.

EL TRABAJO DEL HOGAR Y SU REGULACIÓN EN AMÉRICA LATINA. UN ESTUDIO COMPARADO*

DOMESTIC WORK AND ITS REGULATION
IN LATIN AMERICA. A COMPARATIVE STUDY

LE TRAVAIL DOMESTIQUE ET SA REGULACION
EN AMERIQUE LATINE. UNE ÉTUDE COMPARATIVE

Diana PÉREZ PADRÓN**

RESUMEN: El trabajo doméstico o del hogar se ha considerado como una actividad que no reporta un valor a la economía de los países. El ambiente de discriminación en el que se ven inmersas las personas que desempeñan esta actividad ha traído como consecuencia una situación de vulnerabilidad que afecta principalmente a mujeres, aunado a la problemática que enfrenta este sector laboral en diversos países, pues no se cuenta con el marco jurídico ni con políticas públicas integrales que propicien, en términos utilizados por la OIT, el trabajo digno o decente.

Este estudio tiene como finalidad brindar información para dar a conocer la situación jurídica tan compleja en la que se desarrolla este grupo de trabajadores a partir de un análisis que tendrá como base el método comparativo de diversas legislaciones nacionales que regulan el trabajo doméstico o del hogar en América Latina. Derivado de esta tarea, se busca exponer el trabajo y los esfuerzos de cada país, en el ámbito legislativo, tendientes a eliminar las barreras que impiden la formalización de las relaciones de trabajo, el ejercicio de derechos humanos y laborales, partiendo de la premisa de que todo trabajador, independientemente de la actividad que realice, debe disfrutar de un ambiente sin discriminación, con acceso a las prestaciones laborales y de seguridad social.

* Recibido el 2 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California; licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, obteniendo mención honorífica, y docente de asignatura, impartiendo las materias de Medios alternos de solución a controversias, Introducción al estudio del derecho y Seminario de tesis.



Palabras clave: trabajo del hogar, derechos laborales, derecho comparado, reconocimiento, trabajo decente.

ABSTRACT: Domestic or household work has been considered as an activity that does not report a value to the economy of the countries. The environment of discrimination in which people who carry out this activity are immersed has resulted in a situation of vulnerability that mainly affects women, coupled with the problems faced by this labor sector in various countries as there is no legal framework nor with comprehensive public policies that propitiate, in terms used by the ILO, decent or decent work.

This study aims to provide information to publicize the complex legal situation in which this group of workers develops, this, based on an analysis that will be based on a comparative method of various national laws that regulate domestic work or Home in Latin America. Derived from this task, it seeks to expose the work and efforts of each country in the legislative field aimed at eliminating the barriers that prevent the formalization of labor relations, the exercise of human and labor rights, based on the premise that everything worker, regardless of the activity you do, must enjoy an environment without discrimination, with access to work and social security benefits.

Keywords: domestic work, labor rights, comparative law, recognition, decent work

RÉSUMÉ: Le travail domestique ou domestique a été considéré comme une activité qui ne rapporte pas de valeur à l'économie des pays. L'environnement de discrimination dans lequel les personnes qui exercent cette activité sont immergées a créé une situation de vulnérabilité qui touche principalement les femmes, ainsi que les problèmes auxquels ce secteur du travail est confronté dans plusieurs pays en raison de l'absence de cadre juridique. ni avec des politiques publiques globales qui favorisent, en termes utilisés par l'OIT, le travail décent ou décent.

Cette étude a pour objectif de fournir des informations permettant de faire connaître la situation juridique complexe dans laquelle évolue ce groupe de travailleurs, et ce, sur la base d'une analyse qui reposera sur une méthode comparative des différentes législations nationales régissant le travail domestique ou le travail domestique. Maison en Amérique latine. Dérivé de cette tâche, il cherche à exposer le travail et les efforts de chaque pays dans le domaine législatif en vue d'éliminer les obsta-

cles qui empêchent la formalisation des relations de travail, l'exercice des droits de l'homme et du travail, en partant du principe que le travailleur, quelle que soit l'activité que vous exercez, doit bénéficier d'un environnement sans discrimination, avec accès au travail et aux prestations de sécurité sociale.

Mots clés: travail domestique, droits du travail, droit comparé, reconnaissance, travail décent.

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *La transición del trabajo doméstico al trabajo del hogar. Aproximaciones terminológicas*. III. *Justificación del estudio entre los países de Argentina, Ecuador, Chile, México y Uruguay*. IV. *Análisis de la legislación en Latinoamérica*. V. *Marco jurídico internacional*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. PREÁMBULO

Existen numerosas concepciones y trato que recibe el trabajo doméstico en las diversas regiones del mundo. En varios países de América Latina las condiciones bajo las que se desarrolla el trabajo doméstico encuentran sus propios matices y aspectos característicos en cada región, tomados a consideración para formular sus sistemas normativos. No obstante, pertenecen a culturas similares, con un sistema jurídico común. Por esta razón es que disciplinas como el derecho se dan a la tarea de examinar los sistemas jurídicos, a fin de entender esta diversidad y, en algunos casos, encontrar solución a problemáticas de índole nacional inspiradas en las tendencias jurídicas del mundo.

Por ello se realizará el presente estudio comparado entre las legislaciones de los países de Argentina, Chile, Ecuador, Uruguay y México, a fin de poder presentar un panorama sobre la situación jurídica en la que se encuentran los trabajadores domésticos en dicho territorio, lo anterior a partir de una serie de indicadores que se tomarán como base para compararlos. En este sentido, los principales indicadores serán cómo define cada uno de los países al trabajo doméstico; cómo se regula esta actividad y cuáles son las obligaciones de las partes que forman la relación de trabajo; las características que presenta el régimen de los trabajadores domésticos establecido en la ley y las condiciones de trabajo, destacando el pago de salario, la jornada,

los periodos de descanso y el acceso a la seguridad social, entre otras prestaciones.

El análisis y descripción de los anteriores indicadores permitirá, por un lado, que la perspectiva de derechos al trabajo doméstico se amplíe al momento de contrastar los casos, y por el otro, identificar el grado de igualdad o discrepancia que se presentan en las leyes que contemplan el trabajo doméstico en los países de referencia, a efecto de establecer en qué medida se reconocen y respetan los derechos fundamentales de los trabajadores domésticos, los cuales se encuentran plasmados en diversos instrumentos jurídicos internacionales.

Asimismo, para la realización del presente estudio se hará alusión a un marco jurídico internacional de referencia que regule este tipo de relación de trabajo, destacando parámetros que ofrece la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a partir de los convenios adoptados por la misma, así como la situación que guardan estos convenios en relación con cada país objeto de análisis.

II. LA TRANSICIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO AL TRABAJO DEL HOGAR. APROXIMACIONES TERMINOLÓGICAS

La definición de *trabajo doméstico*, e incluso de *trabajador doméstico*, ha sido una labor compleja en virtud del contexto social y cultural que se vive en cada país. Como ejemplo basta señalar que las labores que comprende esta actividad son muy variadas, pues van desde la limpieza del hogar hasta el cuidado de personas mayores o de enfermos.

En este sentido, el contexto de cada país influye en la denominación que recibe esta actividad y a la persona que realiza este trabajo. Paulatinamente, algunos países en sus procesos de reforma han abandonado el uso del adjetivo *doméstico*, pues denota un carácter peyorativo atendiendo a su significado (perteneciente o relativo a la casa u hogar, dicho de un criado, que sirve en una casa¹), mientras que otros optan por conservar este término.

Algunas legislaciones que regulan a este colectivo de trabajadores utilizan los términos *trabajadores del hogar* (Bolivia, México, Perú), *trabajo doméstico* (Bra-

¹ Real Academia Española, “Doméstico”, disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&n=dom%C3%A9stico> (fecha de consulta: 18 de junio de 2019).

sil, Costa Rica, Paraguay, Uruguay), o *personal de casas particulares* (Argentina), por mencionar algunos.

La necesidad de establecer una definición de carácter universal ha sido una de las inquietudes de la OIT, por lo que, en el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, número 189 (en adelante Convenio 189), se proponen las siguientes definiciones y una excepción:

- La expresión trabajo doméstico designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos.
- La expresión trabajador doméstico designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo.
- Una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico.²

Estas definiciones, si bien nos proporcionar una referencia, no delimitan la diversidad de tareas que puede incluirse en esta actividad, por lo que la labor de precisar una definición de esta actividad no termina con establecer un vocablo para su identificación, sino también en delimitar las actividades que comprende el trabajo del hogar y sus características. Al respecto, del propio contenido del Convenio 189 se pueden desprender las siguientes particularidades:

- La prestación del servicio personal subordinado se desarrolla en el hogar de una familia.
- Puede comprender actividades como limpieza, preparación de alimentos, lavar y planchar, mantenimiento del hogar.
- Puede incluir tareas más especializadas como jardinería, manejo de vehículos, vigilancia, cuidado y atención a niños, adultos mayores y enfermos.
- El personal se encuentra bajo la dirección y también la supervisión del jefe del hogar, quien no obtiene beneficio económico del trabajo realizado.

² Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, número 189, OIT, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460 (fecha de consulta: 18 de junio de 2019).

Debido a tales características, las personas trabajadoras del hogar se han considerado como un grupo de difícil protección, toda vez que se trata de una actividad históricamente infravalorada respecto de las condiciones de trabajo contempladas en marcos jurídicos precarios. Como bien se precisó, se realiza en un hogar particular —de ahí que se considere como una actividad improductiva—, frecuentemente para más de un patrón, el salario que perciben puede ser en especie, los ingresos son inestables ante la ausencia de un salario mínimo, en la mayoría de los casos el horario de trabajo queda sujeto a las necesidades de los miembros de la familia del hogar y no en razón de un periodo de horas establecido.

Otro de los puntos a destacar es que el trabajo doméstico es considerado una labor que no requiere de una preparación técnica por medio de un sistema de aprendizaje, como sucede con otras profesiones, de ahí que también tienda a ser descalificado.

Ante este escenario, es importante analizar cómo es que cada país ha realizado esfuerzos para superar los obstáculos a los que se enfrenta el trabajo del hogar, y que van desde la implementación de políticas públicas hasta modificaciones en sus leyes y códigos del trabajo, así como la adopción de instrumentos internacionales, con el fin de ampliar la protección para este sector laboral.

III. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO ENTRE LOS PAÍSES DE ARGENTINA, ECUADOR, CHILE, MÉXICO Y URUGUAY

Para el desarrollo del presente estudio se tomarán, como base en la comparativa, las legislaciones laborales de los países de Argentina, Ecuador, Chile, Uruguay y, por supuesto, México, países con una cultura, lengua y religión similares, además de pertenecer a la familia del derecho romano germánico y a la red de países que conforman América Latina, región en la que, según datos de la OIT, se concentra el 27% del trabajo doméstico mundial. Se estima que, aproximadamente, 18 millones de latinoamericanos trabajan en labores del hogar, representando al 7% de todos los ocupados en la región.³

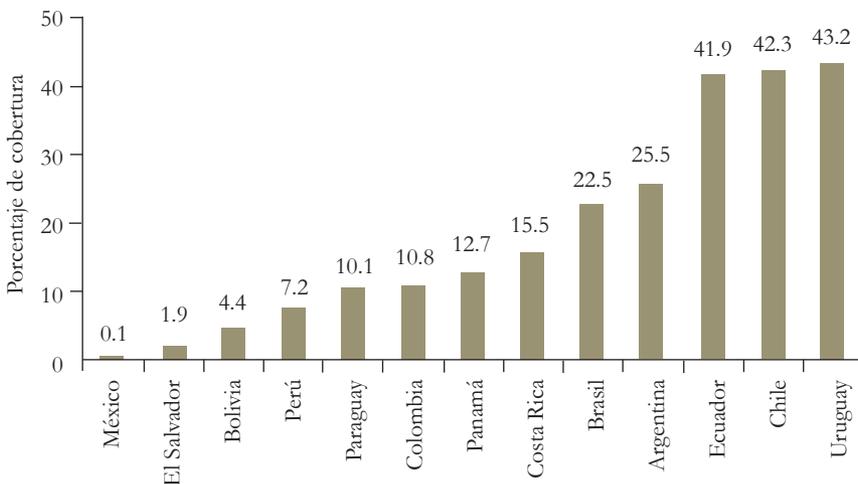
³ “Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe”, Suiza, OIT, 2018, p. 26, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_633654.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2019).

Los criterios que sirven de justificación para la elección de estos países radican en lo siguiente: índices de protección social, ratificación del Convenio 189 de la OIT y legislación especial sobre trabajo del hogar.

En relación con el primer criterio, es importante hacer alusión a un estudio realizado por la OIT, el denominado “Panorama Social de América Latina y el Caribe 2015”, el cual toma como referencia diversos países en los que la protección al trabajo del hogar varía en ciertas proporciones, destacándose Argentina, Ecuador, Chile y Uruguay, siendo estos dos últimos los que presentan mayores porcentajes de cobertura en cuanto a los sistemas de seguridad social (42.3% y 43.2%, respectivamente), y que sirven como primer punto para tomar como referencia en el presente análisis y compararlos con México, que hasta hace poco mantenía una incorporación voluntaria al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), tema del que se hablará posteriormente.

Los porcentajes relativos a la cobertura de seguridad social podemos observarlos en la siguiente gráfica:

GRÁFICA 1
COBERTURA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
AL TRABAJO DOMÉSTICO



FUENTE: Panorama Laboral de América Latina y el Caribe 2015, OIT.

En lo relativo a la ratificación del Convenio 189 de la OIT y la Recomendación 201, es importante mencionar el estado que guarda este convenio respecto a cada país objeto de estudio, en virtud de que la ratificación de este instrumento internacional permite ampliar la protección del trabajo del hogar en múltiples aspectos relacionados con las condiciones en que se desarrolla. Recordemos que este convenio fue adoptado por la OIT el 11 de junio de 2011 en su Conferencia, y hasta la fecha son 24 países los que lo han ratificado. Respecto a América Latina, la ratificación en los países que se analizarán tuvo lugar en las siguientes fechas:

TABLA 1
RATIFICACIONES DEL CONVENIO 189 DE LA OIT
EN PAÍSES SELECCIONADOS

Argentina	24 de marzo de 2014
Chile	10 de junio de 2015
Ecuador	18 de diciembre de 2013
México	Sin ratificar
Uruguay	14 de junio de 2012

FUENTE: Elaboración propia con datos de la OIT.⁴

Como es de observarse, de los países seleccionados, México no ha ratificado el citado convenio. No obstante, esta situación en particular sirve para contrastarla con la de aquellos países que sí lo ratificaron, pues, para efectos de la comparativa, no sólo se consideran las características comunes que comparten los países, sino también sus diferencias, a fin de enriquecer este estudio comparado.

Otro de los factores a considerar para el estudio comparado es el estado que guarda la regulación del trabajo del hogar en cada uno de los países, por lo que, de manera particular, se analizarán leyes generales sobre el trabajo a fin de detectar disposiciones que se relacionen con esta actividad, así como leyes especiales encargadas específicamente de regularla, como es el caso de la Ley 26.844 Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas

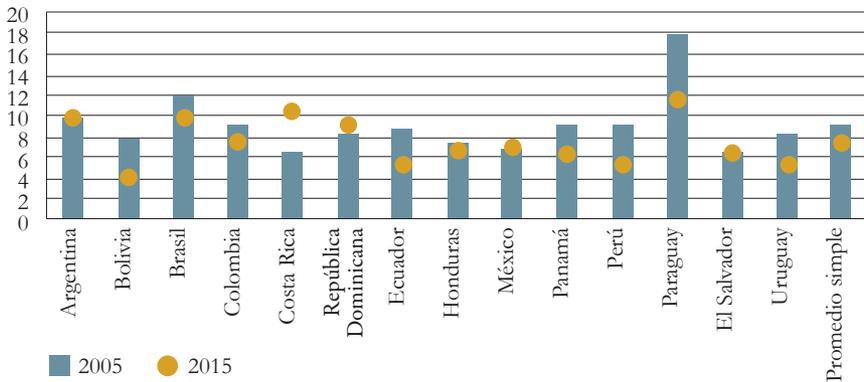
⁴ Ratificación del Convenio 189, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460 (fecha de consulta: 20 de junio de 2019).

Particulares (Argentina), Ley 18.065/2006 De Trabajo Doméstico (Uruguay), y, en el caso de México, el reformado capítulo XIII de la Ley Federal del Trabajo, denominado “Personas trabajadoras del hogar”.

Datos generales

Sobre el porcentaje de asalariados que se dedican al trabajo doméstico, para el año 2015 la OIT estimó cierto número de casos con base al total de asalariados en cada país de Latinoamérica, observándose que hubo un incremento en países como Costa Rica, México y República Dominicana,⁵ como se puede apreciar en la siguiente gráfica:

GRÁFICA 2
 PORCENTAJE DE ASALARIADOS
 EN EL TRABAJO DOMÉSTICO
 EN PAÍSES DE LATINOAMÉRICA, 2005-2015

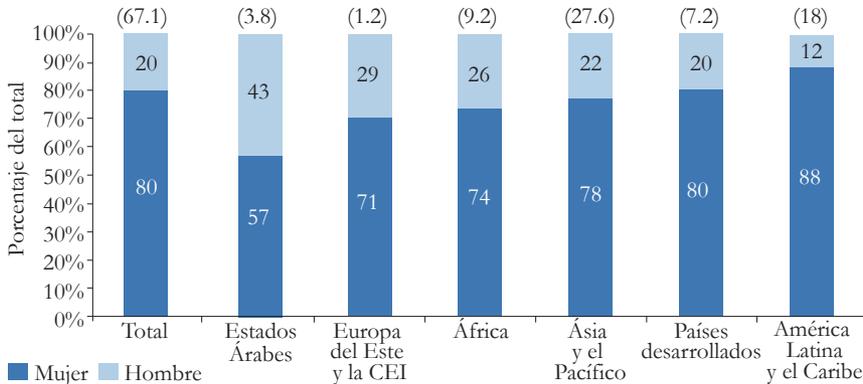


FUENTE: Panorama Laboral de América Latina y el Caribe 2017, OIT.

Otras cifras revelan la distribución de los asalariados bajo el régimen del trabajo doméstico por sexo en cada región del mundo, en el entendido de que es desarrollado, en su mayoría, por mujeres, como se muestra a continuación:

⁵ “Panorama Laboral de América Latina y el Caribe 2017”, Suiza, OIT, 2017, p. 81, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_613957.pdf (fecha de consulta: 22 de junio de 2019).

GRÁFICA 3
DISTRIBUCIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO SEGÚN SEXO Y REGIÓN



FUENTE: Protección social del trabajo doméstico: tendencias y estadísticas, OIT, 2016.⁶

Como puede observarse, la distribución por región presenta diferencias notorias. Asia-Pacífico y América Latina-Caribe concentran, en conjunto, la mayoría de las personas trabajadoras remuneradas del hogar en el mundo. La característica que persiste en cada región es la fuerte participación de la mujer en esta actividad; es decir, es un trabajo realizado principalmente por mujeres y que en América Latina se ve reflejado en un 88% de mujeres contra un 12% de hombres (diferencia del 76%). Puede verse que, en el caso de los Estados Árabes, entre la mano de obra masculina y femenina dedicada a esta labor no existe demasiada diferencia (apenas un 14%), lo que rompe con el paradigma de que esta actividad es exclusiva del sector femenino en países donde aún subsiste una cultura de represión contra la mujer.

IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN LATINOAMÉRICA

En América Latina se han producido diversas modificaciones a las legislaciones de los países que la integran; estas variaciones van desde financieras y educativas hasta de derechos humanos y, por supuesto, en materia de traba-

⁶ “Protección social del trabajo doméstico: tendencias y estadísticas”, OIT, 2016, p. 6, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_458939.pdf (fecha de consulta: 22 de junio de 2019).

jo. Los países de Argentina, Chile, Ecuador, México y Uruguay servirán de base para la siguiente comparativa en el aspecto normativo, en virtud de las particularidades que presenta cada una de las normas que regulan el régimen general de trabajo y, de forma específica, el trabajo doméstico o del hogar.

1. *Marco jurídico nacional de referencia*

- *Argentina*. Podemos mencionar la Constitución Política de Argentina, en su artículo 14 bis, y la Ley 26.844 Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares.
- *Chile*. Los fundamentos los encontramos en la Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19, numerales 16, 17, 18 y 19; en el Código del Trabajo, en el capítulo V, denominado “Del contrato de trabajadores de casa particular”, artículos 146-152 bis, así como la Ley 20.255 (sobre el sistema de pensiones), Ley 20.279 (sobre el ingreso mínimo), artículo 2o., Ley 20.336 (sobre el descanso de los trabajadores de casa particular), artículo único, y la Ley 20.786 (sobre la jornada, descanso y composición de la remuneración de los trabajadores de casa particular, y prohíbe la exigencia de uniforme en lugares públicos), artículo único.
- *Ecuador*. Específicamente en la Constitución de la República de Ecuador, en los artículos 34, 35, 325, 326, 327, 328, 330, 331, 332, 333, y en el Código de Trabajo, el capítulo I, titulado “Del servicio doméstico”, que comprende los artículos 262-270.
- *México*. El marco jurídico laboral que regula el trabajo de manera general y el doméstico se encuentra principalmente en tres ordenamientos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123, apartado A; la Ley Federal del Trabajo, capítulo XIII, “Personas trabajadoras del hogar”, artículos 331-343, y la Ley del Seguro Social, artículo 12, fracción IV.
- *Uruguay*. La Constitución Política de Uruguay, en los artículos 53, 54 y 55, y la Ley 18.065/2006 De trabajo doméstico.

2. *Sobre la concepción del trabajo doméstico o del hogar*

En párrafos anteriores se señaló la problemática que se presenta para tratar de definir al trabajo doméstico, lo que radica en la pluralidad de contextos que

envuelven esta actividad, por lo que cada legislación propone su forma particular de definirlo, las actividades que comprende y señalar excepciones. Para efectos prácticos, se desarrolla el contenido de las legislaciones en estudio en la siguiente tabla:

TABLA 2
 DEFINICIONES PARTICULARES

<i>País</i>	<i>Definición</i>	<i>Quedan excluidos</i>
<i>Argentina</i> Personal de casas particulares	Prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento, otras actividades típicas del hogar, asistencia personal y acompañamiento a los miembros de la familia o que convivan en el domicilio del empleado, y el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad.	Las personas jurídicas, personas emparentadas con el dueño, los que presten servicio exclusivo de cuidado y asistencia a enfermos, los contratados para conducir vehículos particulares, los que convivan con el personal de casas particulares sin que presten este servicio, los que, además de realizar tareas domésticas, efectúen otro tipo de actividad y aquellos empleados por consorcios.
<i>Chile</i> Trabajadores de casa particular	Las personas que se dediquen en forma continua, a jornada completa o parcial, al servicio de una o más personas o de una familia, en trabajos de aseo y asistencia propios o inherentes al hogar ... las personas que realizan labores iguales o similares en instituciones de beneficencia...	No señala de manera expresa.
<i>Ecuador</i> Servicio doméstico	Es el que se presta, mediante remuneración, a una persona que no persigue fin de lucro y sólo se propone aprovechar, en su morada, de los servicios continuos del trabajador, para sí solo o su familia, sea que el doméstico se albergue en casa del empleador o fuera de ella.	Los que prestan servicios en hoteles, bares, fondas, posadas, hospitales o establecimientos análogos.

<i>País</i>	<i>Definición</i>	<i>Quedan excluidos</i>
<i>México</i> Personas trabajadoras del hogar	Son aquellas que de manera remunerada realicen actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar en el marco de una relación laboral que no importe para la persona empleadora beneficio económico directo.	Quien realice trabajo del hogar de forma ocasional o esporádica, quien preste servicios de aseo, asistencia, atención de clientes y otros semejantes, en hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, bares, hospitales, sanatorios, colegios, internados y análogos.
<i>Uruguay</i> Trabajo doméstico	Es el que presta, en relación de dependencia, una persona a otra u otras, o a una o más familias, con el objeto de consagrarles su cuidado y su trabajo en el hogar, en tareas vinculadas a éste, sin que dichas tareas puedan representar para el empleador una ganancia económica directa.	No señala de manera expresa.

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Ley Federal del Trabajo, México; Ley 26.844, Argentina; Código del Trabajo de Ecuador; Código de Trabajo de Chile, y Ley 18.065/2006, Uruguay.

De manera general, se observa que la actividad comprende un servicio que no importe al patrón algún beneficio económico, además de que se realice en la casa u hogar de una familia. En el caso de Chile, se hace una extensión particular de la aplicación de su legislación a las personas que realicen dichas actividades para una institución de beneficencia.

Sobre las modalidades de la prestación del servicio, la Ley 26.844, de Argentina, distingue dos, las cuales denomina como trabajadores “sin retiro”, los que laboran para un mismo patrón y que habitan en el mismo domicilio donde se presta el servicio, y “con retiro”, que presenta dos vertientes: aquellos que prestan servicios para un único patrón o para diversos empleadores. Esta terminología es también utilizada por Uruguay, en la Ley 18.06/2006, de manera específica en el artículo 3o.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo, en México, a partir de su más reciente reforma del 2 de julio de 2019, refiere las modalidades en el artículo 331, siendo éstas cuando trabajen para una persona empleadora y habiten en el domicilio donde realizan sus actividades; que trabajen para una persona

empleadora y que no residan en el domicilio donde se ejecutan las actividades, y que trabajen para diferentes personas empleadoras y que no residan en el domicilio de ninguna de ellas (coloquialmente denominadas *de entrada por salida o de planta*).

En relación con Chile, el Código de Trabajo no prevé de manera expresa las modalidades, no obstante, del texto se infiere que reconoce las de entrada por salida y de planta. En Ecuador sucede algo similar, pues el artículo 262 del Código de Trabajo, relativo a las modalidades del servicio doméstico, prevé que el trabajador se hospede en la casa del patrón o fuera de ella.

3. Sobre las formalidades del contrato de trabajo

Con relación al contrato de trabajo y las formalidades que debe revestir el mismo, se aprecia que en cada uno de los países, en menor o mayor medida, se exigen determinados requisitos para su implementación. En cuanto al deber de celebrar un contrato, a continuación se presenta la siguiente tabla de especificaciones:

TABLA 3
 CONTRATO DE TRABAJO

<i>País</i>	<i>Requisitos</i>	<i>Registro</i>	<i>Otras especificaciones</i>
Argentina	Requisitos del contrato de trabajo en general.	Ante la Administración de Ingresos Público.	Libreta de trabajo con datos de los patrones, certificados, remuneraciones, seguridad social (equivalente a un expediente laboral).
Chile	Además de los requisitos del contrato de trabajo en general, indicar el tipo de labor a realizar y el domicilio donde deberán prestarse los servicios, y en su caso, la obligación de asistencia a personas que requieran atención o cuidados especiales.	Ante la Inspección del Trabajo.	Registro del contrato dentro de los 15 días siguientes, entregar copia al trabajador.

<i>País</i>	<i>Requisitos</i>	<i>Registro</i>	<i>Otras especificaciones</i>
Ecuador	Requisitos del contrato de trabajo en general, en lo que no se hubiera previsto en el contrato, se estará a la costumbre del lugar.	Ante el Ministerio del Trabajo.	Sin especificación.
México	Nombre y apellidos del patrón y trabajador; lugar de trabajo; inicio del contrato y duración; tipo de trabajo a realizar; remuneración, método de cálculo periodicidad de los pagos; horas de trabajo; vacaciones anuales y periodos de descanso; suministro de alimentos y alojamiento, cuando proceda; casos de terminación de la relación de trabajo, y herramientas de trabajo que serán brindadas.	Sin especificación.	El contrato de trabajo se establecerá sin distinción de condiciones, cuando se trate de personas migrantes.
Uruguay	Requisitos del contrato de trabajo en general.	Sin especificación.	Sin especificación.

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Ley Federal del Trabajo, México; Ley 26.844, Argentina; Código del Trabajo de Ecuador; Código de Trabajo de Chile, y Ley 18.065/2006, Uruguay.

Cabe señalar la importancia de que las relaciones de trabajo doméstico o del hogar se concreten por medio del contrato de trabajo por escrito, ya que en el mismo se estipulan las condiciones de trabajo que regirán durante su vigencia, lo que constituye, además, un elemento de prueba en los juicios laborales que beneficiará a la parte trabajadora.

4. Sobre los derechos y deberes de las partes

En las cinco legislaciones analizadas se encuentran aspectos comunes sobre los derechos de las partes, los cuales se resumen, por un lado, en contar

con periodos de descanso entre jornadas y días de trabajo, alimentos, habitación y, por el otro, los deberes de cuidado y diligencia en las actividades, consideración al empleador y sus familiares.

Sobre los deberes de los trabajadores, de manera específica la Ley 26.844, de Argentina, contempla el deber de guardar el secreto profesional y familiar; en el Código de Trabajo de Chile y Ecuador no se hace referencia, de manera expresa, sobre tales deberes, así como la Ley 18.06/2006, de Uruguay. Por su parte, México, previo a la reforma a su legislación laboral el pasado 2 de julio de 2019, señalaba como deberes para el trabajador guardar al patrón y a su familia consideración y respeto, además del cuidado en la conservación del mobiliario de la casa. El artículo 340 de la Ley Federal del Trabajo, ahora derogado, contemplaba dichos deberes.

En cuanto a las obligaciones del empleador hacia la parte trabajadora, cada legislación establece diversas disposiciones en los siguientes términos:

- *Argentina*: deber de contratar en favor del personal un seguro por riesgos de trabajo, proveer de ropa y elementos de trabajo, alimentación sana y suficiente (en función de la modalidad de la prestación y jornada contratadas), y para el caso del personal con retiro, que labore para un solo patrón y que entre el término de una jornada y otra se debe conceder un descanso no menor de 12 horas.
- *Chile*: deber de entregar copia del contrato de trabajo y registrarlo, abstenerse de condicionar la contratación, permanencia o renovación de contrato del personal al uso de uniformes, delantales o análogos en lugares públicos.
- *Ecuador*: deber de proporcionar alimentación y alojamiento, salvo pacto en contrario, y dentro de sus posibilidades procurar la educación del trabajador. En caso del trabajo de adolescentes con 15 años cumplidos, se obliga a no interferir en el ejercicio del derecho a la educación básica, alimentación, salud, recreación y descanso.
- *México*: deber de guardar consideración al trabajador, abstenerse de todo mal trato, proporcionar habitación cómoda e higiénica, alimentación sana y garantizar condiciones de trabajo que aseguren la vida y la salud, así como procurar la instrucción del trabajador e inscribirlo ante el IMSS.
- *Uruguay*: no se establecen obligaciones específicas, salvo lo relativo a la expedición de recibo de salario.

5. *Sobre la remuneración mínima*

En el caso de Argentina, su legislación señala que el salario de los trabajadores en casas particulares será fijado por la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP), la cual establece un salario por tipo, modalidad y categoría profesional, determinado de manera periódica a través de sus resoluciones. Sobre el pago del salario; debe realizarse en días hábiles, en el lugar de trabajo y durante las horas que comprenda éste, además, se debe elaborar recibo, debiendo entregar uno al trabajador.

Actualmente se encuentra en vigor la resolución número 2/2019,⁷ emitida por la CNTCP, que abarca el periodo de vigencia a partir del 5 de julio de 2019, en tanto se publique una nueva resolución con las actualizaciones de los montos de salarios mínimos y categorías profesionales. Las categorías establecidas por la Comisión comprenden las de supervisora, personal para tareas específicas, caseros, asistencia y cuidado de personas y personas para tareas generales.⁸

Chile, por su parte, señala que la remuneración de los trabajadores de casa particular se fijará de común acuerdo entre las partes y en moneda de curso legal, sin que pueda comprender los alimentos y la habitación, los cuales siempre serán de cargo del empleador (artículo 151 del Código de Trabajo). Mientras que Ecuador, en su Código de Trabajo, establece de forma implícita que las partes pueden fijar la remuneración.

En México los trabajadores del hogar pueden recibir su salario de manera fraccionada; es decir, comprende el pago de una cantidad en efectivo, pudiendo fijarse una parte en especie, que corresponde a alimentos y habitación, según sea el caso, la cual no podrá exceder de un 50% del que se pague en efectivo, según el artículo 335 de la Ley Federal del Trabajo.

Asimismo, por disposición expresa, existe la obligación de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami) de fijar los salarios profesionales para el sector doméstico. Sobre este punto, la Conasami ha sido omisa, en el sentido de fijar tanto el salario o, en su caso, las categorías profesionales que comprende esta actividad. No obstante, recientemente la Comisión manifestó una propuesta de salario diario para esta actividad, que, de acuerdo con sus estudios, estimó prudente la cantidad de \$248.72 para el trabajo en el hogar, que

⁷ Unión Personal Auxiliar de Casas Particulares, Resolución de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares en Argentina, disponible en: https://www.upacp.org.ar/?page_id=1329 (fecha de consulta: 20 de julio de 2019).

⁸ *Idem.*

de ser aprobado entraría en vigor en el año 2020. Sin duda, se trataba de otra deuda que la justicia social tenía pendiente con este grupo de trabajadores.⁹

Finalmente, la Ley 18.065/2006, de Uruguay, en lo relativo al salario, dispone la incorporación de los trabajadores al sistema de categorías y salarios fijados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Del análisis anterior es importante atender la situación en la que se encuentran los trabajadores domésticos en México. En definitiva, con el ánimo de garantizarles una remuneración mínima, se debe exhortar a la Conasami a que fije los salarios mínimos que en futuro impactarían al momento de su registro al IMSS para efectos del salario base de cotización, así también, eliminar las formas de pago en especie o, en su caso, reducir el 50% que permite la Ley Federal del Trabajo para que no sean descontadas del salario. Se destaca la labor de Argentina, que, a través de la CNTCP, es trascendental con el hecho de fijar salarios mínimos por categorías, generando seguridad sobre los mínimos legales y poder acceder a otro tipo de prestaciones, como las de seguridad social, pues el salario está íntimamente vinculado a éstas.

6. *Sobre la jornada de trabajo y periodos de descanso*

Respecto a la jornada en el trabajo doméstico o del hogar, la Ley 26.844, de Argentina, ha establecido el máximo de ocho horas diarias, sin importar la modalidad de la prestación del servicio. En el caso del personal bajo la modalidad con retiro, los descansos consisten en un reposo diario nocturno de nueve horas mínimas consecutivas (en caso de interrupción serán remuneradas) y un descanso diario de tres horas continuas entre las actividades matutinas y vespertinas.

En el caso de Chile, se establecen ciertos parámetros cuando se trata de trabajadores que habitan o no en su lugar de trabajo. En el primero de los casos, no estarán sujetos a horario, sino que será determinado por la naturaleza de la labor, debiendo tener un descanso mínimo de 12 horas diarias. Al término de la jornada diaria y el inicio de la siguiente, el descanso será ininterrumpido, de un mínimo de nueve horas. En el segundo supuesto (cuando no habitan en el lugar de trabajo), la jornada no podrá exceder de

⁹ Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/prensa/basta-diciembre-se-fijaran-los-salarios-minimos-generales-y-profesionales-donde-se-incluirel-de-las-trabajadoras-del-hogar> (fecha de consulta: 20 de julio de 2019).

45 horas semanales. Por su parte, el periodo entre el inicio y el término de las labores no podrá exceder de 12 horas continuas.

Ecuador dispone que para el servicio doméstico deben observarse jornadas de trabajo y descanso de cinco días a la semana o 40 horas semanales, y los días sábados y domingos como días de descanso. Si no pudiera interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores.

Por otro lado, México, en su Ley Federal del Trabajo, señala que en el caso de las personas que residan en el domicilio donde realizan sus actividades deben disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, y de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas, sin que la jornada diaria diurna pueda excederse de las ocho horas diarias. Con relación a los periodos en los que no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de su trabajo o que excedan las horas establecidas para cada tipo de jornada, se consideran como horas extras. Asimismo, se prevé el derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferiblemente en sábado y domingo, que mediante acuerdo entre las partes se puede acordar la acumulación de los medios días en periodos de dos semanas, días de descanso semanal y días de descanso obligatorio previstos en la ley, y en caso de que estos días se labore, se pagará doble.

Uruguay establece como máxima la jornada laboral de ocho horas diarias y de 44 horas semanales con los siguientes descansos: descanso intermedio de media hora pagada como trabajo efectivo en la modalidad con retiro, mientras que la de “sin retiro” será de dos horas, pudiendo las partes fijar de común acuerdo la hora de inicio y finalización del descanso; descanso semanal de 36 horas ininterrumpidas, que comprenderá el día domingo, pudiendo acordar las partes el día de la semana en que se gozará el descanso restante, y descanso nocturno, que en el caso del régimen “sin retiro” será como mínimo de nueve horas continuas sin poder ser interrumpido.

7. Sobre las obligaciones en materia de seguridad social a cargo de los patrones

En el tema de obligaciones en seguridad social para el trabajo en casas particulares, la Ley 26.844, de Argentina, prevé una serie de disposiciones

particulares en materia de accidentes y enfermedades. Una de las obligaciones principales para el empleador es que toda relación que se suscite entre éste y un trabajador de casa particular invariablemente debe registrarse ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), y el empleador debe asegurarse de forma obligatoria ante un Asegurador de Riesgos de Trabajo (ART) a fin de contar con un seguro contra este tipo de riesgos.

Seguidamente, se dispone que, en el caso de enfermedad o accidente que impida la prestación del servicio, no afecta el derecho de los trabajadores de recibir su salario hasta por tres meses si su antigüedad es menor de cinco años, o por seis meses si la antigüedad es mayor. Cuando se trate de una enfermedad que la ley refiere como infectocontagiosa, sea del trabajador, del empleador o de alguno de los integrantes del grupo de cualquiera de las partes y que tenga como consecuencia la separación temporal, las medidas contra los riesgos están a cargo del empleador. El deber del trabajador es dar aviso de la enfermedad o accidente, salvo los casos de fuerza mayor, mientras que el empleador debe respetar la remuneración que el trabajador venía percibiendo al acontecimiento del siniestro a efectos del pago de los periodos de tres y seis meses, según sea el caso. Asimismo, se considerarán los incrementos al salario que puedan presentarse a su categoría.

Sobre el caso particular de Chile, el Código de Trabajo señala que, en los casos de enfermedad del trabajador, el patrón debe dar aviso al organismo de seguridad social (Instituto de Previsión Social) y debe conservar su cargo, sin derecho a remuneración, por ocho días. En el supuesto de que tuviera menos de seis meses de servicios; durante 15 días si hubiera laborado más de seis meses y menos de un año, y hasta 30 días si hubiera trabajado más de 12 meses. Además, se prevé que en caso de enfermedad contagiosa (clínicamente calificada) de una de las partes o de las personas que habiten la casa, da el derecho a la otra parte para poner término al contrato.

La legislación de Ecuador no establece de forma específica obligaciones especiales sobre este rubro, salvo el supuesto relativo al trabajador que queda imposibilitado para el trabajo en virtud del servicio prestado al patrón, éste no podrá despedirlo y lo conservará dándole los recursos necesarios para su subsistencia, o lo jubilará. Al reconocerse el derecho a la seguridad social a todo trabajador, disfrutan del régimen general del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

Lo que acontece en México para la persona trabajadora del hogar conforme a las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, en primera instancia, es la obligación del patrón de registrarla ante el IMSS (artículo 337, fracción

IV), situación que anteriormente no acontecía, pues quedaba a decisión del empleador si afiliarse o no ante el Instituto, y en el caso de hacerlo, el régimen de incorporación voluntaria al régimen obligatorio comprendía ciertas limitantes para el disfrute de las prestaciones. Con las reformas en materia de trabajo del hogar (mayo y julio de 2019), los índices de protección a este sector laboral se verán reflejados una vez que se cumpla el plazo que fija el vigésimo quinto transitorio de la Ley Federal del Trabajo (cuando se aprueben y entren en vigor las adecuaciones normativas necesarias), lo que significa que culminadas las fases del Programa Piloto de Incorporación de las Personas Trabajadoras del Hogar al IMSS (un programa de prueba resultado de la resolución al amparo directo en revisión 9/2018 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), la verdadera protección de los trabajadores por medio de una incorporación obligatoria a dicho Instituto aún está en espera. Mientras tanto, la Ley del Seguro Social, en su artículo 12, contempla que este grupo de trabajadores son sujetos de incorporación obligatoria.

En Uruguay se incluye a los trabajadores del servicio doméstico a la cobertura del subsidio por desempleo y en el seguro social del Banco de Previsión Social. Cuando subyace una enfermedad común (no profesional), además del subsidio correspondiente, el trabajador puede optar por la atención de una institución de asistencia médica colectiva o por la que brinda la Administración de los Servicios de Salud del Estado del Ministerio de Salud Pública.

V. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Los trabajadores domésticos representan un grupo excluido de la protección social, laboral y económica de la que goza cualquier otro grupo de trabajadores; son, principalmente, objeto de discriminación y otras violaciones a derechos humanos.

A fin de propiciar mejores prácticas en los Estados tendientes a la regularización de las relaciones de trabajo doméstico, la OIT adoptó dos instrumentos jurídicos internacionales de suma importancia y trascendencia para esta labor, siendo estos el Convenio 189 y la Recomendación 201, buscando la igualdad entre los trabajadores a partir del reconocimiento de la contribución del trabajo doméstico a la economía mundial. No obstante, sigue siendo una actividad infravalorada en la que las condiciones de trabajo son particularmente discriminatorias y contrarias a los derechos humanos.

Pese a su adopción en el 2011, son sólo 29 los países¹⁰ que han ratificado el Convenio 189, mientras que 158 países se han abstenido, y en los cuales figura el Estado mexicano.¹¹

El Convenio 189 establece una protección mínima para los trabajadores domésticos, y siendo un ordenamiento que fija las bases para estos mínimos legales de protección, deja a los Estados parte la posibilidad de expandir la cobertura y aplicación. Sin embargo, aunque todas las normas internacionales en materia de trabajo se entienden como aplicables para todos los trabajadores sin excepción, por el carácter “especial” que guarda el trabajo doméstico en la mayoría de las legislaciones, y por su vulnerabilidad, es por lo que se consideró la implementación de normas específicas para la protección de este sector laboral.

Entre sus múltiples disposiciones, el Convenio aporta una definición de *trabajo y trabajador doméstico*. Por otra parte, del mismo convenio se desprende que el empleador puede ser una persona miembro de la familia que recibe el trabajo o, en su caso, una agencia que emplea trabajadores domésticos y los pone a disposición de los hogares.

La aplicación del Convenio es universal, incluye a los trabajadores domésticos de tiempo parcial, a los que trabajan para varios empleadores, trabajadores nacionales o extranjeros, y con independencia de que residan o no en el lugar de trabajo. En su artículo 3o. se exige a los Estados miembros la adopción de medidas que garanticen la promoción y protección efectivas de los derechos humanos de los trabajadores domésticos, así como de otros derechos y principios en el trabajo relativos a la libertad sindical, la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Se señala la importancia de tomar medidas para que los trabajadores tengan conocimiento de las condiciones laborales que regirán la relación de trabajo, esto mediante un contrato por escrito, y también se prevé la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en lo relativo a jornadas, salario y periodos de descanso, entre otros.

¹⁰ OIT, Ratificaciones por país del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, número 189, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460 (fecha de consulta: 27 de julio de 2019).

¹¹ OIT, Países que no han ratificado el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, número 189, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:2551460:NO (fecha de consulta: 27 de julio de 2019).

Como parte de las medidas que deben adoptar los Estados miembros, el Convenio señala: 1) El acceso de los trabajadores domésticos a tribunales y otros medios de solución de controversias en las mismas condiciones que cualquier otro trabajador, y 2) La práctica de medidas como la inspección del trabajo, aplicación de normas y sanciones de acuerdo a las características del trabajo doméstico.

Mientras que el Convenio 189 de la OIT es un instrumento jurídico vinculante (una vez ratificado), la Recomendación 201 tiene el carácter de orientadora para fortalecer y complementar las disposiciones del Convenio y así adaptarlas a las legislaciones de los Estados, por lo que deben analizarse de forma conjunta, pues contienen disposiciones específicas en beneficio de los trabajadores domésticos. Ambos instrumentos plantean un conjunto de derechos laborales y sociales que se equiparan al resto de los trabajadores.

Sobre este tema, la recomendación hace referencia a la necesidad de contar con servicios que orienten a los trabajadores domésticos para la comprensión de los términos en los que prestarán sus servicios y la implementación de los contratos de trabajo.

VI. CONCLUSIONES

Es evidente la necesidad de una transformación en los sistemas jurídicos a fin de que reconozcan la importancia y valor que merece el trabajo doméstico, del hogar, de casas particulares, entre otras denominaciones que pudiera tener. Una legislación donde los derechos laborales se consagren con plena igualdad, pues la única condición especial que guardan los trabajadores del hogar respecto de los trabajadores ordinarios es su situación de vulnerabilidad y desprotección, bajo la creencia de que viven bien por la cercanía y convivencia con el patrón. Pero habría que detenerse a pensar si realmente esta cercanía implica una condición de bienestar y no de sujeción total al lugar de trabajo.

La intención de ubicar a los trabajadores del hogar en condiciones que propicien una igualdad en relación con el resto de los trabajadores no quiere decir que se dejen por un lado sus especificaciones al momento de actualizarse este tipo de relaciones de trabajo. El hecho de encontrar diversas concepciones y formas de regular esta labor es, precisamente, el resultado de los esfuerzos por integrar una ley o un apartado específico que atienda a las necesidades del servicio en sí y, evidentemente, no alejarlo de los estándares

mínimos reconocidos para todo trabajador. Sin lugar a dudas, en la medida que surjan cambios a dicha conceptualización es como impactará en el reconocimiento de derechos para esta categoría de trabajadores.

Lo que reviste de “especial” a este sector de trabajadores, más que referirse a la ausencia de un lucro para el patrón, es la problemática que representa desenvolverse en un ambiente privado, como lo es el hogar de una familia, de ahí que para efectos de la fiscalización de las obligaciones de patrones, la Inspección del Trabajo y las figuras análogas a esta institución jurídica se vean impedidas de examinar y vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo en determinados países.

Con el presente trabajo se identificaron los aspectos que comparten los países de Argentina, Chile, Ecuador, México y Uruguay sobre la regulación del trabajo del hogar y sus puntos de discrepancia, a fin de comparar la aproximación de esa igualdad entre los trabajadores considerados ordinarios y los que guardan características particulares, llamados “trabajos especiales”.

De manera particular se señala que, en lo que respecta a México, está pendiente la ratificación del Convenio 189 y su Recomendación 201, relativa al reconocimiento de derechos de este grupo y el trabajo que los Estados deben de realizar para hacerlos efectivos y lograr el anhelado trabajo decente al que hace referencia la OIT. Además de la implementación de prácticas que promuevan la concientización de que el sector doméstico es tan importante como cualquier otro, o que incluso debe recibir mayor protección.

Como resultado de este estudio se puede concluir que México debe poner mayor atención a las adecuaciones que han realizado otros países de América Latina para hacer uniformes las condiciones de trabajo para todos los sectores. Asimismo, la situación de aquellos países tras la ratificación del Convenio 189 a fin de crear un panorama que los proteja, toda vez que comienza una nueva era para el trabajo del hogar a raíz de las reformas laborales sustantivas y procesales de este año 2019.

Hemos sido testigos de que aspectos como la brecha salarial, la conservación de regímenes especiales tanto laborales como de seguridad social, contextos culturales o la informalidad, entre otros, han sido obstáculos para regular esta actividad de forma adecuada y promover su reconocimiento y valor.

Sin lugar a dudas, los avances en materia de derechos laborales de este colectivo representan el resultado de largas luchas históricas, nada sencillas, por los factores mencionados. No obstante, poco a poco podemos encontrar leyes más benéficas y protectoras que llegan a ajustarse a esos parámetros

internacionales fijados por la OIT. A pesar de los avances que se han presentado, la lucha contra la discriminación en este tipo de trabajo sigue vigente.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS SALARIOS MÍNIMOS, disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/prensa/basta-diciembre-se-fijaran-los-salarios-minimos-generales-y-profesionales-donde-se-incluire-el-de-las-trabajadoras-del-hogar>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Países que no han ratificado el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, número 189, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML EXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:2551460:NO.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Panorama Laboral de América Latina y el Caribe 2017”, OIT, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_613957.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Panorama temático laboral. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe”, OIT, 2018, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_633654.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Protección social del trabajo doméstico: tendencias y estadísticas”, OIT, 2016, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_458939.pdf.
- Ratificación del Convenio 189, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML EXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460.
- Ratificaciones por país del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, número 189, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML EXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460.
- UNIÓN PERSONAL AUXILIAR DE CASAS PARTICULARES, Resolución de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares en Argentina, disponible en: https://www.upacp.org.ar/?page_id=1329.

**LAS POLÍTICAS DE INSERCIÓN LABORAL
DEL MIGRANTE ANTE LOS ACUERDOS
SOSTENIDOS POR EL GOBIERNO DE MÉXICO
CON ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN 2019***

THE MIGRANT LABOR INSERTION POLICES
BEFORE THE AGREEMENTS SUSTAINED
BY THE GOVERNMENT OF MEXICO WITH THE UNITED
STATES OF AMERICA IN 2019

LES POLITIQUES D'INSERTION DU TRAVAIL
DES MIGRANTS AVANT LES ACCORDS SOUTENUS
PAR LE GOUVERNEMENT DU MEXIQUE AVEC
LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE DANS 2019

Kenia Yasbeth AGUILAR CISNEROS**

RESUMEN: En este artículo se analiza el fenómeno migratorio en México, así como las políticas públicas laborales generadas en materia migratoria ante las presiones arancelarias realizadas por el gobierno de los Estados Unidos de América con el afán de contener la migración hacia su país, identificando las barreras que México les presenta para conseguir un trabajo digno, los hechos en torno al problema público y el sentir de los migrantes, recogiendo sus impresiones ante su tránsito por México, planteando la necesidad de reestructurar las políticas públicas ante la insuficiencia del “Plan Juárez”, aplicando una metodología cualitativa mediante el estudio de casos obtenidos con el apoyo de organizacio-

* Recibido el 1o. de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Abogada egresada de la Universidad de Guadalajara, maestra en Derecho con especialidad en Derecho constitucional y amparo por la misma universidad. Actualmente es doctorante en Derecho por la Universidad de Guadalajara (coordinada por el doctor Ángel Guillermo Ruiz Moreno); becaria Conacyt; profesora de asignatura en el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), e investigadora en temas de derecho migratorio y laboral.



nes no gubernamentales, recopilando información mediante la revisión documental de diversas fuentes bibliográficas y la técnica de entrevista, concluyendo con una serie de propuestas que buscan la generación y eficiencia de los planes y programas destinados a lograr una verdadera inserción laboral del migrante en México.

Palabras clave: trabajo, migración, inclusión laboral.

ABSTRACT: This article analyzes the migration phenomenon in Mexico, as well as the public labor policies generated in migration matters in the face of tariff pressures made by the Government of the United States of America with the aim of containing migration to their country, identifying the barriers that Mexico presents to them to obtain a decent job, the facts surrounding the public problem and the feeling of the migrants, collecting their impressions before their transit through Mexico, raising the need to restructure public policies due to the insufficiency of the “Juarez Plan”, applying a qualitative methodology through case studies, obtained with the support of non-governmental organizations, collecting information through the documentary review of various bibliographical sources and the interview technique, concluding with a series of proposals that seek the generation and efficiency of plans and programs intended to achieve a true labor insertion of the migrant in Mexico.

Keywords: work, migration, labor inclusion.

RÉSUMÉ: Cet article analyse le phénomène migratoire au Mexique, ainsi que les politiques publiques de l'emploi élaborées en la matière face aux pressions tarifaires exercées par le gouvernement des États-Unis d'Amérique dans le but de contenir la migration dans leur pays, en identifiant: les obstacles que le Mexique leur présente pour obtenir un travail décent, les faits entourant le problème public et le sentiment des migrants, recueillant leurs impressions avant leur transit par le Mexique, soulignant la nécessité de restructurer les politiques publiques en raison de l'insuffisance du “Plan Juarez”, appliquant une méthodologie qualitative à travers des études de cas, obtenues avec le soutien d'organisations non gouvernementales, collectant des informations à travers l'examen documentaire de diverses sources bibliographiques et la technique de l'entretien, se terminant par une série de propositions visant à la génération et à l'efficacité de plans et programmes destinés parvenir à une véritable insertion professionnelle du migrant au Mexique.

Mots clés: travail, migration, inclusion de travail.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis del fenómeno migratorio en México*. III. *El fenómeno migratorio y su relación con el trabajo*. IV. *Los requisitos a cumplir de los migrantes trabajadores en México*. V. *Políticas públicas nacionales para el migrante en México*. VI. *Vivencias de los actores involucrados en el proceso migratorio irregular*. VII. *Análisis de la política migratoria en México a la luz de la inserción laboral de los migrantes trabajadores*. VIII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

La migración en México es un problema de una complejidad mayúscula, esto ante su posición geográfica, que lo convierte en país de expulsión, tránsito, destino y retorno, lo que conlleva un reto gubernamental titánico en materia de políticas públicas migratorias.

José Ramón Fuentes Campos es un inmigrante español radicado en la ciudad de México que declaró al diario *El País* (periódico español) lo siguiente:

Paciencia, mucha paciencia, los trámites con inmigración son lentos y pesados, calcula mínimo entre tres y seis meses para conseguir el permiso de residencia y trabajo para un año.

Trae dinero al principio o arregla bien los papeles y condiciones con la empresa, nadie que no tenga la visa de inmigración puede abrir una cuenta de banco ni nada parecido.

Experiencias de este tipo no son raras, menos aun en los trabajadores extranjeros que laboran bajo una situación migratoria “irregular”. Sólo en las últimas tres semanas de abril del 2019, fuerzas militares y del Instituto Nacional de Migración detuvieron, en Chiapas, a más de mil guatemaltecos en situación irregular, de los cuales la mitad dijo que buscaba quedarse en México; “son básicamente trabajadores sin preparación de Guatemala, Honduras y El Salvador, que ahora son seducidos por el sueño mexicano y las expectativas que las reformas están provocando”, palabras señaladas por Javier Urbano Reyes, coordinador del Programa de Asuntos Migratorios de la Universidad Iberoamericana, al diario *El Financiero*.

Los casos señalados con anterioridad revelan que los inmigrantes buscadores de empleo se enfrentan con diversas dificultades que les impiden ejercer el derecho al trabajo. El desfase entre la teoría y la realidad resulta palpable ante la inexistencia de programas que permitan el acceso, permanencia y reconocimiento de derechos humanos laborales para migrantes en México.

II. ANÁLISIS DEL FENÓMENO MIGRATORIO EN MÉXICO

Hablar de migración es tocar un fenómeno cuya existencia se remonta al hombre mismo. La movilidad es algo que va acompañado de necesidades físicas, sociales, económicas, culturales y, obviamente, laborales. Principalmente en los países más desarrollados se observan políticas con una tendencia a criminalizar la migración, de cerrar fronteras, de expulsar a aquellos que se encuentran en su territorio de forma irregular, olvidando que la construcción de los países del primer mundo se ha logrado gracias al trabajo de los migrantes.

México tiene un trabajo colosal ante el fenómeno migratorio, siendo un país que es un gran expulsor de migrantes, que “exige” un trato que no atente contra la dignidad humana de cada uno de éstos, independientemente de su estatus migratorio. Sin embargo, en su territorio carece de una protección efectiva al migrante, de políticas reales de inserción laboral, y mucho menos de respeto a los derechos humanos laborales de los migrantes que llegan al país en busca de una vida mejor, cayendo, en términos de la teoría del profesor inglés Stephen Krasner, en una “soberanía, hipocresía disfrazada”.

De acuerdo con información obtenida en el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2018, se calcula que en 2015 había 244 millones de migrantes internacionales en todo el mundo (3.3% de la población mundial), lo que representa un incremento respecto de los 155 millones de migrantes estimados en el año 2000 (2.8% de la población mundial). Como se puede ver, y aun en contra de las políticas de expulsión, el fenómeno de movilidad internacional va en incremento.

México es parte del corredor migratorio de América del Norte, el más transitado del planeta, con 1.9 millones de km² de superficie continental, por el que cada año pasan miles de migrantes provenientes de otros países, principalmente del Triángulo Norte de Centroamérica, que comprende a Honduras, Guatemala y El Salvador. Lo anterior implica, para el Estado mexicano, una responsabilidad que va más allá del asistencialismo, ya que tenemos obligaciones de carácter legal, pactadas en tratados internacionales de protección a los derechos humanos de los migrantes, mismos que se encuentran firmados y ratificados por México, situación que genera la obligación legal de generar políticas públicas eficientes en torno al tema de estudio.

En el país no existen estimaciones precisas de los migrantes irregulares que entran, transitan y salen de México. Sin embargo, con base en la cuan-

tificación de la Unidad de Política Migratoria (que se limita a los migrantes irregulares que tienen contacto con las autoridades migratorias), se tiene que, en la estadística de “Eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria, según entidad federativa, enero-diciembre 2018”, fueron identificados 138,612 migrantes en situación irregular.

Por otra parte, en 2012 la Organización Internacional para las Migraciones estimó que el tránsito de estas personas por la frontera sur mexicana puede llegar hasta las 400,000 personas al año.

Los números no mienten, estamos ante un problema social que merece ser atendido; el Estado constitucional mexicano se encuentra comprometido a respetar los derechos humanos de toda persona, independientemente de su calidad de nacional o extranjero, y en este último caso, de su regularidad o irregularidad, pues, de acuerdo al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [para lo cual] ...las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Cabe señalar que dentro de los derechos humanos encontramos catalogado el derecho al trabajo, entendido como “Todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetan la dignidad humana y satisfacen las necesidades básicas en el mundo del trabajo”.

En este contexto, es importante revisar el enfoque conocido como “gobernanza de la migración”, que aborda las causas y los efectos de la migración contemporánea; promueve también la ampliación de los regímenes de libre circulación; impulsa el trabajo decente para todos, y promueve la apertura de caminos hacia la ciudadanía plena, generando beneficios mutuos.

El término *gobernanza* reconoce implícitamente que la migración es un fenómeno que contempla un amplio abanico de actores y no únicamente a gobiernos o Estados. Al respecto, se deben adoptar teorías y prácticas que faciliten el derecho a migrar, a explotar las áreas de oportunidad de los mi-

grantes, dejar de ver la migración como problema y analizarla bajo la óptica de la oportunidad. Gobernar para todos, y ese *todos* incluye a la población, término que refiere a toda persona, sin exclusión.

Considerando la complejidad del fenómeno migratorio, podemos traer a colación el concepto de *ciudadanía*, mismo que ha sido utilizado por los gobiernos como “fenómeno de inclusión y exclusión”, olvidando que los seres humanos, independientemente de su condición migratoria, son sujetos de derechos humanos universales.

No podemos dejar pasar las actitudes poco éticas de ciertos connacionales de criminalizar el trabajo de migrantes irregulares, pero que, a su vez, cubren sus requerimientos de mano de obra barata con estas personas que “generalmente no protestan por los malos tratos e injusticias de sus patrones”. Sin embargo, es importante capacitarlos para que conozcan que pese a encontrarse “fuera” del cumplimiento de los requisitos establecidos por leyes migratorias, tienen derechos y medios de garantía de los mismos.

III. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y SU RELACIÓN CON EL TRABAJO

La literatura sobre la migración es vasta, no obstante, no existen muchos artículos con rigor científico que analicen al trabajo como el agente que genera el cambio de residencia de una persona llamada, para efecto del presente estudio, *migrante*. Sin embargo, existen encuestas (realizadas a nivel internacional por la Organización Internacional del Trabajo [OIT] y en el ámbito local por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía [Inegi]) que corroboran que la mayoría de los migrantes atraviesan las fronteras con el afán de encontrar un empleo que les permita mejorar sus ingresos económicos, huyendo así de la violencia de sus países de origen, pero, principalmente, de la falta de oportunidades laborales.

Lo anterior nos explica la causa por la cual un gran número de los migrantes pretenden llegar a Estados Unidos (EU), en virtud de que les resulta atractivo encontrar un trabajo, incluso de baja calificación, pero pagado en dólares, lo que les permite potenciar su salario para el envío de remesas y/o para el ahorro que les genere la posibilidad de reunificación familiar.

La economía de los países expulsores o receptores resulta trascendental para que una persona decida quedarse o irse, para tal efecto, y como mencionan Mungray, Escamilla y García, un factor vital es “considerar las diferencias

entre los mercados de trabajo rural y urbano, la sensibilidad del desempleo, el comportamiento del empleo y su relación con el bienestar”.

De acuerdo con lo planteado por los autores anteriormente citados, podemos señalar que las condiciones económicas, sociales y políticas poco favorables de un Estado aumentan las probabilidades de que se produzca la salida de sus nacionales, esto en busca de un futuro mejor.

Para el caso de México, autores como Soloaga, Lara y Florian analizan los 32 estados que componen México bajo la premisa de que cuando una persona se va, genera un efecto positivo o negativo en la región que deja y/o en la que arriba. Como consecuencia, sostienen que la migración repercute en el aumento o disminución del desempleo y percepción del bienestar, medidos a través del índice de desarrollo humano (IDH), y debiendo considerar la migración interna y externa, ya que si medimos las políticas públicas para combatir el desempleo en la economía del Estado receptor, éste seguirá creciendo ante la llegada de flujos migratorios.

Por razones ya explicadas existen territorios atractivos para quedarse o llegar, e importante es señalar el cambio que sufre el fenómeno conocido como “migración de tránsito”, puesto que cuando se unen la dificultad de cruzar al país vecino del norte y la posibilidad de trabajo en México, muchos de esos migrantes desisten en su idea original y se quedan en el país, prestando sus servicios laborales bajo el marco normativo nacional, mismo que, como ya se ha dicho, está seriamente impregnado de normas internacionales protectoras de derechos humanos.

En concordancia con lo mencionado, tenemos los casos representativos de los estados del sur del país (punto de ingreso principal de los migrantes), la Ciudad de México (polo de atracción al ser la capital del país) y las ciudades fronterizas, muchas de las cuales cuentan incluso con políticas públicas financiadas con recursos locales para hacer frente a dicho hecho social.

Las políticas públicas exitosas en materia laboral generan redes, lo que significa que una persona que encuentra una oportunidad laboral atractiva convoca a sus familiares o amigos de su país de origen para migrar, y al efecto, cito una frase del artículo “Determinantes de la migración interestatal”, que dice: “migra el que puede, no el que quiere”. Lo anterior con base en la posibilidad de acceder a información que facilite el traslado, la obtención de una oferta de trabajo y el alojamiento, entre otros factores que explican el fenómeno de expansión de ciertas ciudades de México como punto “atractivo” de trabajo para extranjeros.

IV. LOS REQUISITOS A CUMPLIR DE LOS MIGRANTES TRABAJADORES EN MÉXICO

Se considera trabajador migrante a toda aquella “persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional...”.

Todo trabajador migratorio, independientemente de su calidad migratoria, goza de los derechos previstos en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, misma que da un trato igualitario al nacional y al extranjero, protegiéndolos jurídicamente ante cualquier atentado a sus derechos laborales. Pero dicha protección internacional se extiende a los *familiares* de los trabajadores migrantes, los cuales son

Aquellas personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas insta a los Estados miembros a generar y aplicar legislación local y políticas destinadas a brindar mayor protección a los derechos de los trabajadores, poniendo atención especial a la grave situación de falta de protección, información y medios para la defensa de sus derechos laborales, y en algunos casos, de explotación de las personas objeto de trata, los migrantes clandestinos y los trabajadores domésticos objeto de tráfico ilícito.

A modo de ejemplo, me permito citar los “trabajos” a los que han podido acceder algunos de los migrantes que viajaban en la caravana desarticulada mediante gases lacrimógenos en enero de 2019:

- El migrante Omar Bron encontró trabajo de albañil, mientras que el joven Javier Casco lava platos como ayudante de cocina en un restaurante de Rosarito, Baja California.
- Ángel Lemus aceptó lavar automóviles de siete de la mañana a siete de la noche. Por cada vehículo que limpia, por dentro y por fuera, recibe 75 centavos de dólar.

Las condiciones de dichas ofertas de empleo distan mucho del concepto de trabajo decente. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) pide a todos los Estados que, de conformidad con su legislación nacional, sometan a juicio todos los casos de violación de las leyes laborales con respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, en particular las relativas a su remuneración y a las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. Hace hincapié en la necesidad de contar con información precisa, objetiva, exhaustiva y comparable, así como de realizar un amplio y sistemático intercambio de la experiencia adquirida por los países en lo que se refiere a la protección y promoción de derechos y el bienestar de los trabajadores migrantes para la formulación de políticas y la adopción de medidas comunes.

Existen organismos internacionales que desde su esfera de competencia velan por los derechos de los trabajadores migrantes. Sin embargo, el esfuerzo internacional y nacional resulta insuficiente ante la existencia de ciertos patrones que, por sus requerimientos de mano de obra barata, contratan trabajadores migrantes en situación irregular, ya que “generalmente no protestan por los malos tratos e injusticias de sus patrones”; supuesto que se presenta a nivel mundial, sin que México sea la excepción. No obstante, es importante capacitar a los trabajadores migrantes para que conozcan que pese a encontrarse “fuera” del cumplimiento de los requisitos establecidos por leyes migratorias, tienen derechos y medios de garantía de los mismos.

Para efecto de hablar del punto que nos atañe, los trabajadores extranjeros en México deben cubrir dos normatividades: laboral y migratoria. Desde el punto de vista meramente jurídico, la Ley Federal del Trabajo (LFT), en su artículo 7o., establece lo siguiente:

En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los de la especialidad. El patrón y los trabajadores extranjeros tendrán la obligación solidaria de capacitar a trabajadores mexicanos en la especialidad de que se trate. Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos.

No es aplicable lo dispuesto en este artículo a los directores, administradores y gerentes generales.

Punto que considero discriminatorio, en virtud de que al establecer dicho porcentaje (10%) no hay las condiciones de equidad que deberían prevalecer entre todos los aspirantes a un trabajo, considerando que en México por ser extranjero tus posibilidades de acceder por “ley” se reducen de forma significativa.

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho migratorio, existen trámites que cumplir para que un extranjero pueda laborar en México, ello mediante la autorización que al efecto emita el Instituto Nacional de Migración (INM).

Cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, puede prestar sus servicios subordinados legalmente en territorio mexicano; y a este trámite se le conoce como *permiso de trabajo*, el cual implica realizar actividades remuneradas bajo el amparo de la legislación nacional.

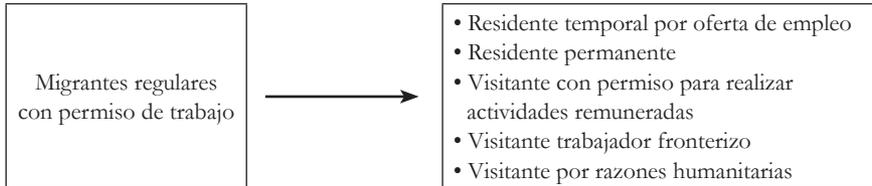
Respecto al permiso de trabajo, se tuvo la oportunidad de platicar con el profesor José Miguel Sánchez Cárdenas, académico del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), quien cuenta con la “Constancia de empleador de extranjeros”, misma que obtuvo hace un par de años. Comenta que su experiencia en cuanto a la tramitación de dicho permiso resultó sencilla; sin embargo, lo difícil fue lograr que, aun con su oferta de empleo, el consulado mexicano en Cuba permitiera la salida de una persona que él quería emplear como administrador de un edificio de departamentos, teniendo que verse en la necesidad de contratar un abogado especialista en migración, que finalmente obtuvo la “reconsideración” para traer a México a la persona que él quería emplear.

Tal hecho, que por experiencia profesional del abogado especialista en materia migratoria de nombre Salvador López, no es aislado; es muy común que el gobierno contenga la llegada de extranjeros que pretenden trabajar en México, lo que nos habla de una política discriminatoria.

El procedimiento manejado por la Secretaría de Gobernación, en conjunto con la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, determina el número de extranjeros que pueden ingresar con fines de trabajo de acuerdo con el sistema de cuotas conforme a los siguientes criterios: *a)* grupos ocupacionales previstos en el Sistema Nacional de Clasificación de Ocupaciones; *b)* regiones geográficas específicas; *c)* condición de estancia, o *d)* una combinación de estos criterios.

Todo ello llevará a un análisis del comportamiento ocupacional, tomando en cuenta programas o proyectos específicos de inversión, y realizará las consultas que estime convenientes, ya sea de manera general por actividad económica o por zona de residencia.

Es así que, estudiando las implicaciones legales que permitan trabajar a un extranjero en México, se encuentra el permiso de trabajo, que puede tener las siguientes modalidades:



V. POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONALES PARA EL MIGRANTE EN MÉXICO

Para iniciar el presente apartado se considera fundamental la definición de “política pública migratoria”, y al efecto citaremos el artículo 2o. de la Ley de Migración, que la define como

...el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente ley, se plasman en el Reglamento, normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.¹

El Plan Nacional de Desarrollo del gobierno mexicano en funciones (2019-2024) tiene un punto denominado “Migración: soluciones de raíz”, cuyo ideal es la “construcción de mecanismos de reactivación económica, bienestar y desarrollo, capaces de desactivar el fenómeno migratorio”.²

Lo anterior me lleva a la reflexión de la política mostrada durante los primeros días de gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador, quien en el discurso había manifestado su intención de atender el problema público,³ pero al 6 de mayo del 2019 el Observatorio del Colegio de la Fron-

¹ Ley de Migración, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de mayo de 2011.

² Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

³ El doctor Luis Aguilar Villanueva, especialista en filosofía política, define el problema público como un “proceso mediante el cual una cuestión, oportunidad o tendencia, ya aprobada y colocada en la agenda de la política pública, es estudiada, explorada, organizada

tera Norte informa que México ha deportado a 39,653 migrantes,⁴ cifra significativamente alta que demuestra una diferencia entre el discurso y la realidad.

No pasa desapercibida la lamentable intervención de la Guardia Nacional en la frontera sur con el afán de contener el ingreso de migrantes. La política de violencia y la xenofobia nos han llevado al extremo documentado en la “Carta de posicionamiento sobre fatídicos acontecidos en Saltillo”, emitida por el Colectivo de Monitoreo y Observación Migratoria en Tijuana, y en la cual se narra el lamentable asesinato de un padre de familia de nacionalidad salvadoreña ante la presencia de su hija de tan sólo ocho años, episodio completamente reprochable acontecido la noche del 31 de julio de 2019, en un operativo conjunto por agentes del INM, la Policía Federal y supuestos elementos del Grupo de Operaciones Especiales del Estado de Coahuila.

1. Programa Iniciativa Juárez

El día 8 de julio de 2019, durante la conferencia presidencial, el actual secretario de Relaciones Exteriores de México, Marcelo Ebrard Casaubon, presentó el Plan del Gobierno Mexicano para Emplear a Migrantes a través de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). Éste está compuesto por el programa Iniciativa Juárez, y la ampliación del programa Permanecer en México. Dichos programas, según la publicación del Tema Migratorio 090719, tienen como meta “dar trabajo a más de 17 mil extranjeros que fueron regresados por el gobierno de Estados Unidos y que esperan la segunda cita para su trámite de asilo, algunos con fecha para ser atendidos hasta octubre de 2020”.⁵

El programa Iniciativa Juárez reúne la necesidad inmediata de empleo y la oportunidad de mano de obra dentro del sector manufacturero, con el compromiso por parte del Estado de garantizar los derechos humanos de los migrantes a lo largo de su estadía en el territorio mexicano. Y el cual planean desarrollar principalmente en las ciudades Tijuana, Mexicali y Ciudad

y posiblemente cuantificada por los interesados, quienes no raramente actúan en el marco de una definición de autoridad, aceptable provisionalmente en términos de sus probables causas, componentes y consecuencias”, disponible en: <http://blog.posgradostec.info/item/cuando-un-problema-es-un-problema-publico.html?id=5400> (fecha de consulta: 9 de mayo de 2019).

⁴ Disponible en: <https://www.colef.mx/sibic/noticias/> (fecha de consulta: 9 de mayo de 2019).

⁵ Instituto Nacional de Migración, Tema Migratorio 090719, 2019, disponible en: <https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/tema-migratorio-090719/> (fecha de consulta: 2 de agosto de 2019).

Juárez, con la coordinación de los tres niveles de gobierno, la sociedad civil y el sector privado.⁶

Además, el Estado “brindará albergue, a través de la sociedad civil y religiosas, donde, aseguró, no sólo encontrarán un lugar en donde dormir, sino también contarán con servicios de instancia de gobierno como atención a salud, documentos, alimentos, entre otros”.⁷

Plan que, desde mi punto de vista, no va más allá de un apoyo de calidad meramente asistencialista, en donde no se encuentra una estructura gubernamental de apoyo coordinado entre los actores involucrados que garantice el respeto de los derechos humanos de los migrantes y/o que plantee verdaderas estrategias de inserción laboral en empleos de calidad.

2. *Permanecer en México*

La política “Permanecer en México” no es un programa mexicano, es emitida por el Departamento de Seguridad Nacional (DHS, por sus siglas en inglés), el cual publicó el Protocolo para la Protección del Migrante, o la política “Permanecer en México”. La nueva política describió instancias en las cuales el gobierno de EU regresaría a ciertos solicitantes de asilo a México para esperar durante sus casos pendientes en el sistema de las cortes de inmigración en EU.

VI. VIVENCIAS DE LOS ACTORES INVOLUCRADOS EN EL PROCESO MIGRATORIO IRREGULAR

Los casos detectados para efecto del presente estudio fueron obtenidos en dos albergues ubicados en los municipios de Guadalajara y Tlaquepaque, Jalisco: FM4 Paso Libre y El Refugio Casa Migrante. A estos espacios los migrantes llegan buscando posada y comida, la mayoría siguen su camino, pero existen otros que se encuentran realizando trámites migratorios, ya sea para obtener una tarjeta por razones humanitarias o la condición de refugiado. En

⁶ Idea estructurada a partir de la lectura de “Presentan Iniciativa Juárez para garantizar derechos humanos de migrantes”, 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/presentan-iniciativa-juarez-para-garantizar-derechos-humanos-de-migrantes-207868?idiom=es> (fecha de consulta: 2 de agosto de 2019).

⁷ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Presentan Iniciativa Juárez...”, *cit.* (fecha de consulta: 2 de agosto de 2019).

estos lugares, quien esto escribe, con apoyo de mi asistente de investigación, la C. Karla Ramírez, realizamos entrevistas para conocer su sentir ante su estadía en México.

En FM4 se tuvo la oportunidad de entrevistar a Roberta Díaz Hernández, encargada del trabajo comunitario y la persona que tiene contacto día a día con las personas que acuden a este albergue. La encargada comentaba que anteriormente tenían un promedio de 500 a 600 migrantes al mes; actualmente ha subido a 800, aproximadamente.⁸

Las razones por las que se desplazan los migrantes, refiriéndonos, en especial, a la población que viene del Triángulo Norte (que son los que en su mayoría cruzan por el estado de Jalisco), se generan como respuesta al ambiente político, ya que cuando un partido consigue llegar al poder entrega tarjetas a todos los simpatizantes de éste, y aquellos que no comulgan con los ideales del ganador, son excluidos de esta entrega, y ese es el pase para poder acceder a cualquier trabajo. Otra acción que les puede generar un problema es el no asistir a las marchas que se les indica.

Por otro lado, existen grupos de violencia que controlan a los países centroamericanos y se convierten en opresores de los ciudadanos, como las Maras, que es, quizá, el más famoso, pero no el único grupo opresor. Éstos cobran un porcentaje de las ganancias a todos los que tengan un negocio, y cada vez lo suben más, hasta que no pueden pagarlo y los amenazan; las personas en estos países tienen claro que después de una amenaza sigue la muerte.

Una causa más de estos movimientos migratorios es la pobreza, las condiciones de precariedad en las que viven, por lo que los migrantes buscan mejores condiciones económicas; impulsados, muchas veces, por el sentido de responsabilidad que conlleva tener una familia.⁹

Es importante partir de las causas que llevan a estas personas a migrar a otro país, debido a que el problema se centra en este grupo, que yo llamaría de los *olvidados*, la migración laboral altamente calificada resulta atractiva y con todas las facilidades para su admisión; lo complejo radica en los seres humanos inestables que aun sabiendo que pueden perder lo único que tienen (la vida) están dispuestos a perderlo. Como bien lo menciona el subsecretario de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Horacio Duarte, “No se trata de desplazar a trabajadores mexicanos, sino en el gran potencial eco-

⁸ Datos generados con base en las respuestas de la licenciada Roberta Díaz Hernández, encargada del trabajo comunitario en FM4 Paso Libre (Dignidad y Justicia en el Camino A. C.).

⁹ *Idem.*

nómico que tiene la frontera, aprovechar que hay vacantes para insertarlos laboralmente”.¹⁰

En ocasiones estas personas logran conseguir trabajos, es importante recordar que se está hablando de migrantes que están en proceso de obtener una visa y lo que conlleva ésta, como la Clave Única de Registro de Población (CURP), que es indispensable en México para ser dados de alta dentro de una empresa que otorgue las prestaciones que se indican en la LFT. Mientras todo esto ocurre deben obtener trabajos de baja calidad, pues no les exigen grandes requisitos para obtener los ingresos que les permitan sobrevivir. Como prueba de lo anterior se realizaron dos entrevistas en FM4 a migrantes viviendo esta situación.

Juan Carlos López, entrevistado número 1, es ciudadano hondureño, de 48 años de edad, y sólo quiso compartirme su experiencia desde lo laboral. No dio acceso a las razones por las que salió de su país, pero este caso es importante dentro del tema debido a que a su llegada se dio bajo estatus migratorio irregular. Se desplazó por el tren La Bestia, bajando en diferentes puntos, hasta llegar a Guadalajara, y durante el camino le informaron sobre el albergue FM4.

Comenzó su trámite para obtener la tarjeta por razones humanitarias, lo que le permitió permanecer durante el proceso en las instalaciones de FM4. En el inter del proceso, y preguntando dónde podía encontrar trabajo, alguien le dijo que fuera a una construcción a la altura de Av. Chapultepec y Av. México, en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, donde estaban construyendo un *call center*. Ahí consiguió trabajo en el área de pintura, donde duró dos meses. Cuenta el entrevistado que la paga era buena y su jefe, el arquitecto, se portó bien con todos los trabajadores.

La obra se paró, por lo tanto, terminó el trabajo, pero en ese lugar conoció a alguien que lo refirió a un trabajo en el Salto, como forrajero. Fue a partir de eso que salió de FM4 para rentar su propio cuarto, cerca de donde trabaja. En el albergue sigue teniendo el seguimiento para la obtención de su tarjeta por razones humanitarias, y según el entrevistado, ésta le llevará entre seis meses y un año para obtenerla. Planea permanecer en México de forma indefinida y le gustaría poner su propio negocio; solía ser comprador y vendedor de granos en su país.

José Hernández, el entrevistado número 2, no gozó de la misma suerte que Juan Carlos López. Éste era proveniente de El Salvador y contaba con la

¹⁰ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Presentan Iniciativa Juárez...”, *cit.* (fecha de consulta: 2 de agosto de 2019).

edad de 20 años; reveló las razones por las que salió de su país: una pandilla lo amenazó de muerte en caso de no trabajar para ellos, fue entonces que decidió huir a México con su prima. Fueron detenidos en la estación migratoria Siglo XXI, donde calificó las condiciones de la estación como “muy sucias”, principalmente en la falta de limpieza de los baños y las instalaciones con falta de mantenimiento.

Llegando a la estación migratoria fueron separados, hombres y mujeres, por lo que sólo tenía contacto con su prima una vez al día. Es preciso mencionar que ella se sintió en condiciones de insalubridad e inseguridad, y de forma voluntaria firmó la deportación y fue regresada a El Salvador.

El entrevistado duró 12 días en la estación migratoria, hasta que fue entrevistado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar), que le explicaron la condición de refugiado y lo ayudaron a trasladarse a un albergue en Tapachula, Chiapas. Llegando fueron reclutados él y varios migrantes hospedados en el albergue para trabajar con una persona que les ofrecía trabajo de albañilería por 200 pesos al día y dos turnos de comida, pero el ofrecimiento resultó falso, ya que en activo le negaban la comida y el tiempo de descanso, situación por la que sólo laboró un día.

En dicho lugar conoció a alguien que lo invitó a trabajar con una persona de origen estadounidense, quien hablaba poco español, según cuenta el narrador. En este nuevo trabajo le pagaron 1,200 pesos a la semana. No pagaba luz ni agua y le daban comida; sin embargo, la persona que los contrató era muy hostil en su trato, ofendiéndolos verbalmente en repetidas ocasiones.

Después recibió su calidad de refugiado, ingresando trámite ante el ACNUR, asociación que lo trasladó a Guadalajara. FM4, que tiene conexión y recibe a refugiados referidos por ACNUR, lo hospedó y actualmente lo está acompañando para el trámite de su CURP. El entrevistado también busca permanecer en México de forma indefinida.

Cada una de estas historias cuenta una realidad que, por los testimonios anteriores, mismos que se confirman por la Lic. María Guadalupe Romero Casanova, abogada encargada de La Casa del Refugiado, son compartidas por un sinnúmero de hombres, mujeres, niños y niñas que viven en la incertidumbre emocional, y no se diga laboral.

Dicha profesionista nos confirma que existen varias empresas que enlazan con ella para generar plataformas de trabajo para los migrantes albergados en la casa, pero nos comparte que los trabajos ofertados son de baja calidad, estereotipándolos en labores de producción, maquila o limpieza, y que los

empresarios tienden a abusar de su situación, ofertando salarios bajos y jornadas de trabajo extralegales.

Lo anterior genera que el migrante no tenga un proyecto de vida a mediano plazo, abandonando trámites migratorios y continuando con un tránsito peligroso hacia el vecino país del norte, siendo condenado a continuar en la marginación laboral, ya sea en México o, con suerte, en EU.

Esto nos genera las siguientes preguntas: ¿México realmente puede hacerse responsable del compromiso pactado con EU? ¿Se lograrán implementar los programas, planes y medidas suficientes para que dentro del territorio no se violenten los derechos humanos de estas personas? ¿México es un país seguro? Preguntas para las que no encontramos respuesta con lo que tenemos a la fecha en esta materia.

VII. ANÁLISIS DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN MÉXICO A LA LUZ DE LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS MIGRANTES TRABAJADORES

Como se ha venido documentando, en México no se tienen políticas públicas laborales enfocadas a la inserción laboral del migrante; lo que existe se sustenta en información que se recaba de forma empírica ante la expresión temerosa de los migrantes que viven a las sombras, de conformidad con la Encuesta de Agresiones y Abusos contra Migrantes: en 2012 únicamente el 2.6% de los migrantes se atrevió a denunciar las violaciones a sus derechos en México.¹¹

Por eso se requiere, con apremio, de una política migratoria integral, misma que, de ninguna forma, puede olvidar el derecho humano al trabajo, buscando la inserción en el mercado laboral de los migrantes y, una vez concretado esto, a prevenir y suprimir la violación de los derechos laborales de los migrantes con calidad irregular.

Para lograr una verdadera inserción laboral del migrante necesitamos de una política integral que se elabore por académicos expertos en el tema, así como de la participación de los diferentes actores sociales implicados en políticas públicas de migración laboral, retomando las experiencias que han dado resultado en otros contextos y analizando la factibilidad de su aplicación en

¹¹ Colegio de la Frontera Norte, Encuesta de Agresiones y Abusos contra Migrantes, disponible en: <https://www.colef.mx/estudiosdecolef/encuesta-agresion-y-abuso-a-migrantes-eamm-2012/> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2019).

una sociedad como la mexicana, que permita lograr el objetivo del desarrollo de México.

Con relación a lo anterior, existe un artículo titulado “Migration in OECD Countries: Labour Market Impact and Integration Issues”, que señala lo siguiente: “La débil participación en la fuerza laboral de los inmigrantes en el norte de Europa es el principal factor que impulsa el efecto fiscal negativo estimado de la inmigración”.¹²

De acuerdo con la OIT, entre los principales desafíos que observa la inserción laboral de la población migrante se encuentran los siguientes:

- La migración laboral en situación irregular, considerando las múltiples formas en que afecta a los trabajadores migrantes y sus familias —incluyendo todo lo relativo al empleo y las condiciones laborales—, y por tratarse de una situación que obstaculiza la concreción de la meta de trabajo decente y digno para todas las personas.
- La informalidad laboral de los trabajadores migrantes, debido a que constituye una problemática que impacta de manera particular —cualitativa y cuantitativamente— en los trabajadores migrantes y sus familiares.
- Las condiciones laborales de los trabajadores migrantes, las cuales se destacan por su precariedad, la desprotección de sus derechos, condiciones de desigualdad —o incluso de discriminación— y, entre otros aspectos negativos, por el crecimiento de diversas modalidades de explotación.

Dichos desafíos se mencionan ya que en ningún momento hemos negado la complejidad del objetivo (políticas públicas que eficientemente inserten al mercado laboral a los migrantes en situación irregular), pero la falta de tiempo, de recursos, o incluso la priorización de otros temas, no pueden dejar de lado a los migrantes en México. Al respecto, a manera de conclusión del presente artículo, se propone la implementación de los siguientes puntos:

- 1) Proporcionar información adecuada, explicada en términos que puedan ser comprendidos por todo tipo de migrantes (incluyendo niños, personas con discapacidad, independientemente de la edad de la persona), en los cuales se les informen sus derechos laborales mínimos

¹² Jean, Sebastián *et al.*, “Migration in OECD Countries: Labour Market Impact and Integration Issues”.

- y las acciones a seguir en caso de negativa de acceso a los mismos o violación mientras exista la relación laboral.
- 2) Buscar el mayor aprovechamiento del presupuesto designado a los organismos públicos involucrados en el tema, evaluando la eficiencia y eficacia de sus programas, con su correspondiente mejora o la eliminación de aquellos que no presenten resultados favorables.
 - 3) Desarrollar un sistema de registro de las características socioeconómicas de las personas migrantes y realizar estudios sobre las posibilidades de favorecer la complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, dando facilidades para la documentación migratoria.
 - 4) Promover campañas para informar adecuadamente a los empleadores y trabajadores migratorios (en condición regular o irregular) acerca de sus derechos y obligaciones, generando estímulos fiscales para los patrones que contraten migrantes, ampliando el beneficio en proporción a la vulnerabilidad del trabajador, buscando reducir la desigualdad y previniendo así su exclusión.
 - 5) Fortalecer la profesionalización de los funcionarios de la STPS en cuanto a su capacitación, a efecto de que cuenten con las herramientas necesarias para acompañar al migrante irregular en su proceso de contratación y permanencia en el trabajo, y, además, que les permitan velar por el respeto de sus derechos.
 - 6) Realizar proyectos de capacitación para migrantes, con el fin de reforzar sus habilidades laborales e implementar estrategias que faciliten su colocación o permanencia en un empleo formal.
 - 7) Brindar capacitación para la formación de sociedades cooperativas, en la realización de proyectos productivos y de consumo, considerando las experiencias previas de los migrantes y sus aportaciones culturales.
 - 8) No podemos dejar de lado el tema económico, se requiere la aprobación de partidas presupuestales que permitan brindar a los migrantes la protección y servicios a los que se ha comprometido el Estado mexicano.
 - 9) Una vez concretada la relación laboral, se propone establecer un programa de seguimiento a la misma, cuidando que el trabajo otorgue las prestaciones de previsión y seguridad social a la que debe tener derecho cualquier trabajador.
 - 10) Establecer programas de reunificación familiar, otorgando facilidades administrativas para la llegada de la familia directa del migrante.

No pasa desapercibida la política de austeridad establecida por el gobierno actual, y desgraciadamente, las instituciones encargadas del tema padecen recortes en las áreas que deberían brindar los servicios que generen y/o eficientes políticas públicas laborales en materia migratoria. La mayor parte de los recursos se concentran en la verificación y control migratorio, así como en la detención y deportación de los migrantes, lo que, insisto, resulta reprochable y alejado de las conclusiones arrojadas en el presente apartado.

A la fecha de redacción del presente artículo, organizaciones de la sociedad civil, como el Instituto para las Mujeres en la Migración, A. C., exige al gobierno federal en funciones “la no repetición de una política migratoria retrógrada, condenando las redadas y detención de las personas en las caravanas”.¹³ Esto ante la forma en la cual se ha intentado contener el avance de los migrantes, misma que dista del discurso de generar trabajo y un acuerdo de coordinación con los países de Centroamérica para eliminar las causas de la migración.

Ante todo, se debe buscar el empoderamiento de los trabajadores migrantes, que los haga superar el duelo que viven al haber dejado lo poco o mucho que tenían en sus países de origen; un gran reto que, sin duda, requiere del trabajo de todos. Es momento de comenzar a implementar acciones que construyan una representación sólida de los involucrados en el tema.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

AGUILAR DORADO, Miguel Ángel (coord.), “Estadísticas migratorias. Síntesis 2018”, México, 2018.

AVELEDO, Guillermo T. y KRASNER, Stephen D., *Soberanía: hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2001, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=170033586009>.

BARBOSA, Raúl Félix y DADALTO, María Cristina, *Migración y la gobernanza global: el rol de las redes migrantes*, disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/cm/v20n41/2236-9996-cm-20-41-0209.pdf>.

CANNESA MONTEJO, Miguel, *Los derechos humanos laborales en el derecho internacional*, pp. 350 y 351, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085243.pdf>.

¹³ Instituto para las Mujeres en la Migración, A. C. (Imumi), disponible en: <http://imumi.org/index.php/2015-08-04-03-20-04> (fecha de consulta: 30 de abril de 2019).

- COLEGIO DE LA FRONTERA NORTE, Encuesta de Agresiones y Abusos contra Migrantes, disponible en: <https://www.colef.mx/estudiosdecolef/encuesta-a-gresion-y-abuso-a-migrantes-eamm-2012/>.
- “En México: paciencia, mucha paciencia”, *El País*, Madrid, disponible en: https://elpais.com/economia/2013/10/01/empleo/1380628032_774259.html.
- ESTÉVEZ, Ariadna, *Migración, globalización y derechos humanos: construyendo la ciudadanía universal*, México, UNAM.
- GONZÁLEZ, Roxana, “Indocumentados centroamericanos buscan trabajo en México”, *El Financiero*, México, 10 de marzo de 2014, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/mundo/indocumentados-centroamericanos-buscan-trabajo-en-mexico>.
- INFOBAE, “Los empleos que consiguieron integrantes de la caravana migrante que decidieron quedarse en México”, disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2018/12/11/los-empleos-que-consiguieron-integrantes-de-la-caravana-migrante-que-decidieron-quedarse-en-mexico/>.
- Informe general ejecutivo, Cuenta pública 2017, Auditoría Superior de la Federación, disponible en: https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2017c/documentos/informegeneral/Informe_feb2019_CP.pdf.
- INSTITUTO PARA LAS MUJERES EN LA MIGRACIÓN, A. C. (Imumi), disponible en: <http://imumi.org/index.php/2015-08-04-03-20-04>.
- INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, “Los procesos migratorios en México y Centroamérica: diagnóstico y propuestas regionales”, México, junio de 2014.
- JEAN, Sebastián *et al.*, “Migration in OECD Countries: Labour Market Impact and Integration Issues”.
- LEVINE, Elaine (ed.), *Inserción laboral de migrantes mexicanos y latinos en Estados Unidos*, México, UNAM, 2006.
- “Migración, derechos humanos y gobernanza”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Francia, 2014, disponible en: https://www.obchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf.
- MUNGARAY LAGARDA, Alejandro *et al.*, “Migración por empleo en México: la experiencia de Baja California entre 2008 y 2012”, *Región y Sociedad*, vol. 26, núm. 61, 2014, pp. 51-85, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252014000400002&lng=es&nr=m=iso.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, Informe sobre las migraciones en el mundo 2018, Suiza, OIM, 2018, p. 2, disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf.

SECRETARÍA DEL TRABAJO Y FOMENTO AL EMPLEO, Programas sociales para la población migrante en la Ciudad de México, disponible en: <https://www.trabajo.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/5bc/619/621/5bc6196218328636139953.pdf>.

SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, “Presentan Iniciativa Juárez para garantizar derechos humanos de migrantes”, 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/presentan-iniciativa-juarez-para-garantizar-derechos-humanos-de-migrantes-207868?idiom=es>.

“Trabajadores migrantes en México: análisis normativo. BARATARIA”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, 2017.

YÚÑEZ, Antonio (coord.), *Los grandes problemas de México*, México, El Colegio de México, 2010.

**LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.
EL CASO DEL DERECHO AL HÁBITAT
Y A LA VIVIENDA EN ECUADOR (2007-2017)***

THE JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS.
HABITAT AND HOUSING RIGHTS IN THE CASE
OF ECUADOR (2007-2017)

LA JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX.
LE CAS DES DROITS AU LOGEMENT ET L'HABITAT
EN EQUATEUR (2007-2017)

Francesco MANIGLIO**
Fernando CASADO GUTIÉRREZ***
Gina CHÁVEZ VALLEJO****

RESUMEN: La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y de la naturaleza representa el reto principal de la teoría y de las prác-

* Recibido el 6 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 25 marzo de 2020.

** Sociólogo y pedagogo. Doctor en Comunicación y Crítica de la Cultura por la Universidad de Sevilla; máster en Filosofía del Derecho por la Universidad Pablo de Olavide (España). Es investigador asociado al grupo Compolíticas de la Universidad de Sevilla y al Laboratorio de Estudios Críticos del Discurso (LABEC) de la Universidad de Brasilia.

*** Profesor titular principal en la Universidad Técnica de Manabí y profesor visitante en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Licenciado en Derecho por la Facultad de Granada (España); máster en Derechos Humanos y Democratización por la Inter-European University (EIUC) y doctor en Comunicación por la Universidad de la Laguna.

**** Doctora en Derecho, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia (España); máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador); doctora en Jurisprudencia, y abogada de la República por la Universidad Central del Ecuador. Se desempeña como profesora titular principal del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) y es miembro del Grupo de Trabajo de CLACSO, "Pensamiento Jurídico Crítico". Ha sido asesora del Ministerio de Defensa del Ecuador; del Consejo de Educación, Aseguramiento y Acreditación de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador (CEAACES); de las asambleas constituyentes de 1998 y de 2008, y de otras instituciones públicas y privadas.



ticas en torno a los derechos humanos en Latinoamérica, sobre todo en estos tiempos de crisis, restauración conservadora y regreso de la agenda neo liberal en la región. Sin embargo, en la última década el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha experimentado un cambio radical respecto a la tradicional infravaloración de los derechos sociales y su exclusión como derechos subjetivos. El propósito del presente trabajo es analizar los procesos de justiciabilidad y las dimensiones de la exigibilidad del derecho al hábitat y a la vivienda en Ecuador (2007-2017), poniendo de relieve los límites históricos y las potencialidades políticas que el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha representado en términos de justicia social.

Palabras clave: derechos humanos, DESC, nuevo constitucionalismo latinoamericano, Constitución de Montecristi, derecho a la vivienda.

ABSTRACT: The justiciability of the Economic, Social, Cultural and Nature Rights represent the main theoretical and practical challenge in the human rights field in Latin America, specially in the actual time of crisis, conservative restoration and return of the neoliberal agenda in the region. However, in the last decade, the Latinamerican New Constitutionalism has undergone a drastic shift in relation to the traditional social rights understimation and their exclusion as subjective rights. The present work purpose is analysis of the justiciability procedures and enforceability dimensions of the the habitat and housing rights in Ecuador (2007-2017), emphasizing the historic constrains and political potencialities that the Latinamerican New Constitutionalism has represented from a social justice perspective.

Keywords: human rights, ESCR, latinamerican new constitucionalism, Montecristi Constitution, housing right.

RÉSUMÉ: La justiciabilité des droits économiques, sociaux, culturels et de la nature représente le défi fondamental de la théorie et les pratiques relatives aux droits de l'homme en Amérique Latine, surtout en cette période de crise, restauration conservatrice et retour de l'agenda néolibéral dans la région. Cependant, durant la dernière décennie le Nouveau Constitutionnalisme Latino-américain a connu un changement radical par rapport à la traditionnelle sous-estimation des droix sociaux et son valorisation comme droits subjectifs. L'objet du présent travail est d'analyser les procédures de justiciabilité et les dimensions de exigibilité du droit a l'habitat et au logement en Equateur (2007-2017), mis en évidence les limites historiques et les potentialités politiques que le Nouveau Constitutionnalisme Latino-américain a donné en termes de justice sociale.

Mots clés: droits humains, DESC, nouveau constitutionalisme latino-américain, Constitution de Montecristi, droit au logement.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La exigibilidad del derecho a la vivienda: entre normas emancipadoras y praxis regulatorias*. III. *Desde la especulación de la tierra a la Ley de Plusvalía*. IV. *Entre pasado y presente. Sobre las amenazas constitucionales y la retórica de la justiciabilidad*. V. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, las desigualdades sociales se han ido reforzando y legitimando a través de un discurso dominante sobre una supuesta incapacidad de alcanzar la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta “cultura estática y anestesiada”¹ de ciertos derechos humanos se consolida en las ideologías sobre el Estado mínimo, limitado exclusivamente a garantizar la seguridad y defensa de nuestras sociedades.

No obstante, esta postura ha sido puesta en cuestión incluso desde los pensadores de la economía política clásica, como Adam Smith y David Ricardo, debido a la

...interrelación entre las *supuestas obligaciones negativas* del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual.²

En la actualidad, la defensa de los derechos y las libertades por parte de los neo republicanos no viene a significar la ausencia de oposición³ o ausen-

¹ Sánchez Rubio, David, “Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015, pp. 99-133.

² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 283-350.

³ Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, FCE, 1992.

cia de restricciones o de interferencias y coacción.⁴ En este sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano apunta a promover una dimensión de la libertad como lucha en contra de la dominación y de la dependencia,⁵ y como reconocimiento⁶, ejercida como conjunto de derechos colectivos que poseen igualdad de jerarquía en su vigencia y garantía.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano propone una inserción novedosa de los derechos sociales en el esquema constitucional, al reconocerle misma jerarquía e igual trato que a los demás derechos constitucionales. Esta situación deriva, a su vez, de un esfuerzo por consolidar una pulcra igualdad material, la que no sólo se extiende a los seres humanos existentes sino también, al menos en Ecuador y Bolivia, vincula a las personas con la naturaleza y con las demás generaciones. Esto conduce, además, al establecimiento de poderosos mecanismos de garantías orgánicas, jurisdiccionales y a nivel de interpretación.⁷

En la última década numerosos estudios han tenido como objeto el nuevo constitucionalismo latinoamericano,⁸ movidos por las propuestas radicalmente innovadoras que éste representa. Hablamos del giro multicultural de los derechos humanos en las regiones andinas,⁹ de los derechos étnico-territoriales¹⁰ y de la naturaleza.¹¹

⁴ Cfr. Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998; Oppenheim, Felix, *Political Concepts: A Reconstruction*, University of Chicago Press, 1981.

⁵ Cfr. Pettit, Philip, “Liberalismo y republicanismo”, en Martí, José Luis *et al.*, *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003, pp. 115-136.

⁶ Cfr. Camps, Victoria, *Tolerancia, multiculturalidad, convivencia. Republicanismo contemporáneo*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.

⁷ Aravena, Hugo, “Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2015, p. 130.

⁸ Cfr. Schilling-Vacafior, Almut, *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Londres, Routledge, 2016; Gibbs, Alun, “Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism”, *Law, Culture and the Humanities*, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.1177/1743872117711372>, pp. 1-20.

⁹ Cfr. Seligmann, Linda y Fine-Dare, Kathleen, *The Andean World*, Londres, Routledge, 2018; Sieder, Rachel y Vivero, Anna, “Legalizing Indigenous Self-Determination: Autonomy and Buen Vivir in Latin America”, *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 22, núm. 1, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.1111/jlca.12233>, pp. 9-26.

¹⁰ Cfr. Kröger, Markus y Lalander, Rickard, “Ethno-Territorial Rights and the Resource Extraction Boom in Latin America: Do Constitutions Matter?”, *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 4, 2016, disponible en: <https://doi.org/10.1080/01436597.2015.1127154>, pp. 682-702.

¹¹ Cfr. Carvalho, Alessandra *et al.*, “A proteção jurídica da sustentabilidade ambiental

Sin embargo, aún seguimos en una perspectiva positivista del derecho —anclada en la herencia colonial—, por la cual el cumplimiento (o no cumplimiento) de los procesos de justicia se establece ficticiamente en el orden de una posible yuxtaposición entre teoría (*deber ser*) y práctica (*ser*) de los derechos humanos. Desde nuestro punto de vista, debemos abandonar las relaciones ideal-típicas y abstractas de los derechos humanos y proyectarlos en el marco de un proyecto político que “no va a ser implementado porque exista la Constitución, sino porque persiste la voluntad del constituyente originario”.¹²

En virtud de ello nos preguntamos, antes de todo, sobre las *virtualidades emancipadoras* del derecho a la vivienda en Ecuador; es decir, si los fundamentos sobre los que se sostiene, o para los que está construido el instrumento jurídico, son relevantes para integrar y poder garantizar las luchas sociales por un acceso igualitario a un hábitat, lo mismo que a una vivienda digna y adecuada.

En términos concretos, el avance sin precedentes en la positivización normativa y el reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos sociales no siempre ha estado acompañado de prácticas jurídicas que los garanticen, dejando la mayoría de las veces en letra muerta estas prerrogativas, y con ello, la justicia social. La realidad nos obliga a dar un paso adelante y hacer una dura crítica al humanismo abstracto y las posturas iusnaturalistas que subyacen en ciertas concepciones teóricas de los derechos humanos, rescatando los procesos de justiciabilidad de los derechos humanos como parte de los conflictos (políticos) concretos que se dan en el campo económico, social, cultural y ecológico.

Cuando abandonamos el plano abstracto y nos comprometemos a tomar en consideración la relación que existe entre el derecho, ya como producto cultural, y las relaciones sociales que están en su base. Es decir, cuando bajamos del olimpo de la neutralidad y de la abstracción a la concreción de las situaciones sociales vividas por los individuos tanto en la soledad de su vida privada como en el marco de los grupos en los que se integran, no tenemos

no novo constitucionalismo latino-americano/The Legal Protection of Environmental Sustainability in the New Latin American Constitutionalism”, *Revista FSA (Centro Universitario Santo Agostinho)*, vol. 15, núm. 2, 2018, disponible en: <https://doi.org/10.12819/2018.15.2.3>, pp. 48-66.

¹² Navas Alvear, Marco, “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, *Revista Jurídicas*, vol. 10, núm. 2, 2013, pp. 81-208.

otro remedio que relativizar la virtualidad existencial de tales acercamientos abstractos al fenómeno jurídico.¹³

El nuestro es, antes que nada, un posicionamiento político, porque decidimos abandonar las visiones ideal-normativistas del derecho que alaban el papel de las garantías y protección de individuos y colectivos en el plano abstracto. En cambio, nos focalizamos sobre los sistemas concretos de garantías políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas que refuerzan los resultados de las luchas sociales en términos de compromisos y deberes.

En el caso de Ecuador, nos referimos al amplio sistema de garantías constitucionales que se establece con la Constitución de 2008,¹⁴ especialmente en el caso del derecho al hábitat y a la vivienda. En primer lugar, estudiamos la efectividad de las garantías institucionales y jurisdiccionales (las garantías normativas) a través del análisis de las sentencias y casos que se han tratado en la Corte Constitucional de Ecuador en la materia. En segundo lugar, queremos describir cómo y de qué forma el Estado se atribuye como fin último proteger y garantizar la sustancialidad de los derechos a la vivienda y hábitat dignos. En términos metodológicos, en este trabajo hemos utilizado el análisis documental (AD) y de la información (AI) para sistematizar, estructurar y organizar las diversas posturas y normativas sobre el derecho a la vivienda desde una perspectiva histórica. Hablamos, generalmente, de textos normativos nacionales e internacionales, así como de las producciones doctrinarias que profundizan dichos textos normativos. Durante este proceso decidimos realizar una entrevista en profundidad al juez constitucional Patricio Pazmiño Freire,¹⁵⁻¹⁶ con el objetivo de complementar el estudio del contexto jurídico —de los mecanismos y prácticas jurídicas— y de relacionar las informaciones concretas con las abstracciones y generalizaciones normativistas.

¹³ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.

¹⁴ Éstas indican diversas acciones, como el *habeas corpus*, la acción de protección, el acceso a la información pública; el *habeas data*, la acción de incumplimiento, y la acción extraordinaria de protección.

¹⁵ Pazmiño Freire, Patricio, *Los DESCA en América Latina. Algunas reflexiones sobre la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Francesco Maniglio y Fernando Casado, entrevistadores, 2018.

¹⁶ Actualmente es juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008) y presidente de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición (2008-2012).

II. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA: ENTRE NORMAS EMANCIPADORAS Y PRÁXIS REGULATORIAS

“Artículo 30. Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”.¹⁷ Así, las normas constitucionales reconocen amplios derechos y garantías en tema de vivienda y hábitat, sustentando el artículo 30 de la Constitución de la República de Ecuador (CRE) con el marco de los derechos del buen vivir.¹⁸ Un punto de partida radical es el reconocimiento de las desigualdades estructurales; de los procesos históricos para el acceso a la vivienda, el hábitat y la tierra como luchas para la dignidad humana. “La dignidad consiste en la obtención de un acceso igualitario a los bienes tanto materiales como inmateriales que se han ido consiguiendo en el constante proceso de humanización del ser humano”.¹⁹ Entonces, el derecho a la vivienda se vincula al derecho a una vida digna, tal y como reconoce el artículo 66 de la Constitución: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.²⁰

Las normas constitucionales de 2008 garantizan²¹ la protección y el acceso a una vivienda digna a los grupos de atención prioritaria, como los mayores, los jóvenes, las personas con discapacidad y las que han sido víctimas de desplazamientos. Este amplio sistema de garantías constitucionales establece la obligatoriedad de actuación de las funciones públicas en los procesos de justiciabilidad de los derechos. El derecho a la vivienda digna y hábitat se encuentra entre los llamados *derechos del buen vivir* o Sumak Kawsay, que son los que reciben una mayor atención al estar relacionados con el concepto filosófico de la cultura andina que influencia a la Constitución “en el marco de la interculturalidad y la convivencia armónica con la naturaleza”.²²

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Quito, Asamblea Constituyente, 2008.

¹⁸ Cfr. Bonilla Maldonado, Daniel, “El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 42, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01>, pp. 3-23.

¹⁹ Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Sevilla, Atrapasueños, 2008, p. 28.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, *cit.*

²¹ *Ibidem*, artículos 37, 39, 42 y 47.

²² Silva, Carolina, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en Ávila, Ramiro (ed.), *La*

La Constitución ecuatoriana es categórica cuando establece que “los derechos serán plenamente justiciables”, al mismo tiempo que “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes” y, en consecuencia, “de igual jerarquía”.²³ La constituyente ecuatoriana dejó claro que no es aceptable ningún tipo de discriminación en los derechos, lo que se ve traducido en que la acción de protección para el amparo de los derechos tampoco contempla ningún tipo de diferenciación. En estos términos no cabe duda de que se han reforzado cabalmente las posibilidades y los espacios políticos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo tanto, vamos a analizar cómo se ha avanzado en los procesos concretos de las obligaciones estatales respecto al derecho a la vivienda: en el desarrollo de leyes y normas, de políticas públicas y de jurisprudencia específica.

1. *Las labores de la Corte Constitucional: desigualdades de acceso, protección en contra de los desalojos y garantía de la vida digna*

La Constitución de 2008 instituyó a la Corte Constitucional (CC) como el mayor organismo jurisdiccional a cargo de la interpretación de la propia carta constitucional, que sustituyó a su antecesor Tribunal Constitucional. No fue sólo un cambio nominal, sino sustancial, porque apuntaba a la construcción de un organismo que tuviera facultades jurisdiccionales como máximo intérprete de la Constitución.²⁴ La CC resuelve violaciones de derechos constitucionales y garantiza la vigencia material de los derechos. Esto deriva, en una gran cantidad de ocasiones, en el ordenamiento de las actuaciones del poder público y de los particulares, armonizándolos con los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos. Como consecuencia, las decisiones de la CC devienen estratégicas en términos también culturales, porque contribuyen al fortalecimiento del *ius commune* latinoamericano,²⁵ y con ello al orden jurídico democrático nacional.²⁶

En términos numéricos, la Corte, en los primeros nueve años de actividades, ha emitido 3,213 decisiones, entre sentencias y dictámenes, con una

Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 125.

²³ Constitución de la República del Ecuador, *cit.*, artículo 11.

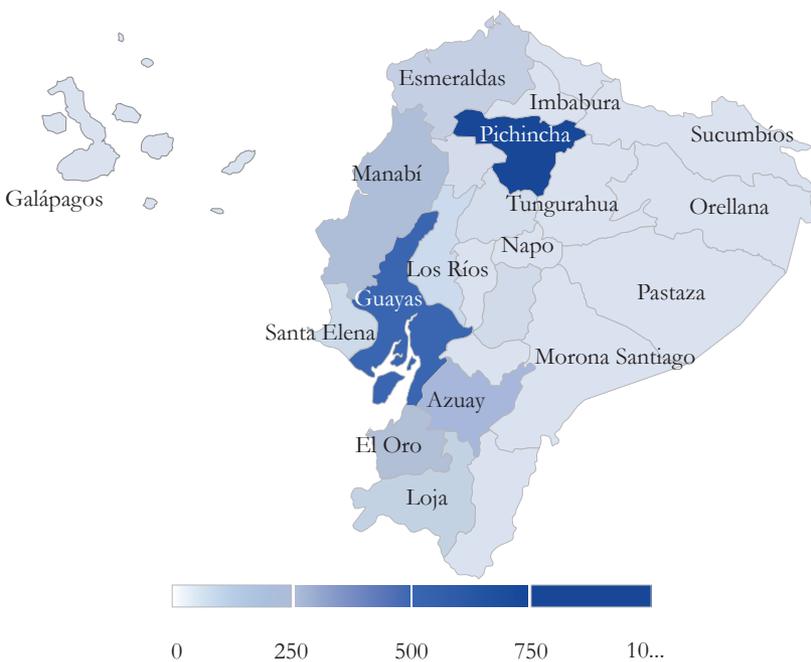
²⁴ Pazmiño Freire, Patricio, *op. cit.*

²⁵ Bogdandy, Armin *et al.*, *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017.

²⁶ Pazmiño Freire, Patricio, *cit.*

media resolutive en torno al 17% sobre el total de los casos presentados. Esta gran producción jurisprudencial, si de un lado refleja el enorme esfuerzo político durante una década para potenciar los mecanismos constitucionales del Estado, del otro reproduce y refleja las tradicionales desigualdades territoriales del país. Son las regiones urbanas, en efecto, las mayormente interesadas por las sentencias y dictámenes de la CC, mientras tanto, las regiones rurales se mantienen al margen de la justicia constitucional.

DISTRIBUCIÓN DE SENTENCIAS/DICTÁMENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ENTRE 2008-2018

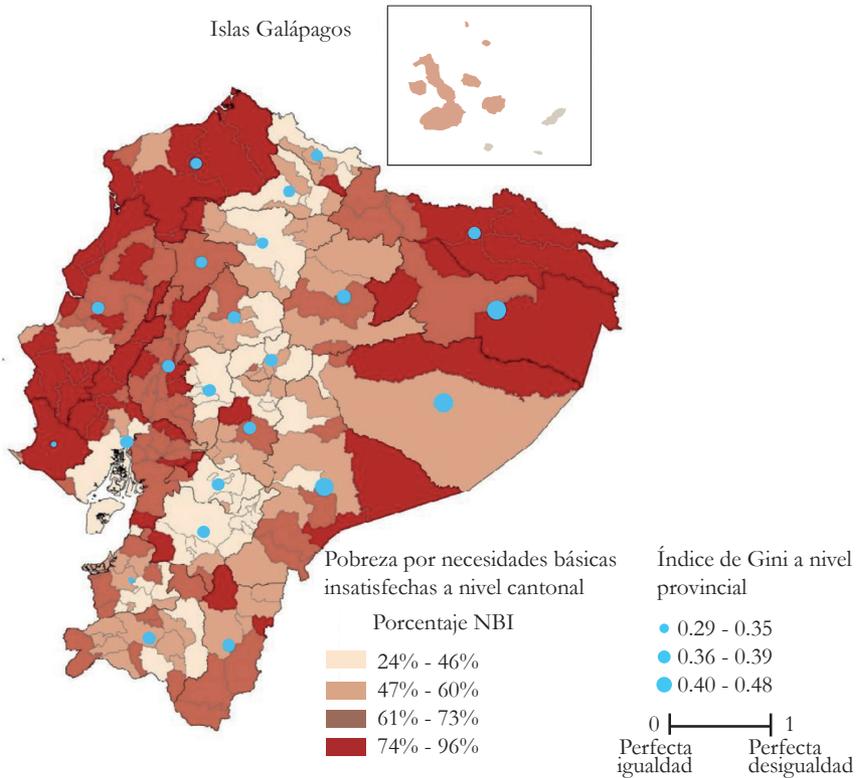


FUENTE: Estadísticas, Corte Constitucional Ecuador, 2018.

Esta polarización puede ser explicada sólo en parte por la alta proporción de la población urbana del Ecuador, que, como indica el Censo de Población y Vivienda del 2010, alcanza el 74.3%. En el fondo persiste un acceso desigual a los mecanismos de justicia, lo que podría ser fácilmente relacionado con las divisiones socioculturales del país. En términos más

específicos, debemos destacar las desigualdades socioeconómicas y la concentración de la pobreza que se mantiene alta en las zonas rurales.

POBREZA POR NECESIDADES BÁSICAS (NBI) Y COEFICIENTE DE GINI POR PROVINCIA



FUENTE: Censo de Población y Vivienda INEC, 2010. Elaboración MIDUVI, 2015.

De otro modo, específicamente a la temática del derecho a la vivienda y el hábitat, muchos de los conflictos en torno a las tierras y a la vivienda se constituyen, y también se resuelven, en los procesos de mercado informal e ilegal del “tráfico de tierras”, de vivienda y de territorios. En estos puntos quizá se condensan las limitaciones de este trabajo —que avanzamos como hipótesis para futuras investigaciones—, al no haber un estudio paralelo sobre los pro-

cesos específicos, como el “tráfico de tierras” y de viviendas, que intervienen en la reproducción de la injusticia respecto al derecho a la vivienda.

Las desigualdades de acceso y los procesos de “tráfico de tierras” y de viviendas explican, en parte, el hecho de que la CC sólo se ocupó directamente de la temática objeto de nuestro estudio en menos del 1% del total de sus sentencias, constituyendo 17 los casos en que se ha demandado la tutela del artículo 30 (Derecho a la vivienda, derecho a la vivienda adecuada y digna, derecho al hábitat); del 37.7 (Derecho de los adultos mayores a vivienda digna), o/y del 47.6 (Derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada). Específicamente se han demandado tres acciones de inconstitucionalidad y 14 acciones extraordinarias de protección con base en los artículos citados, y se refieren, en su mayoría, a demandas desde los territorios urbanos.

Por otra parte, debemos contextualizar la relación entre las reivindicaciones materiales de derechos y el derecho procesal en dos dimensiones: una relacionada con el poder discrecional que mantienen los jueces de la CC sobre las decisiones definitivas y vinculantes respecto a los conflictos; otra relacionada con el mismo proceso de *litis constitucional*, que sigue reproduciendo la lógica ganador-perdedor, donde las disputas tienen como núcleo aspiraciones patrimoniales. La justicia constitucional se ve influenciada, de este modo, por intereses que exceden la defensa de derechos constitucionales y, evidentemente, esto tiene una fuerte repercusión sobre el alto número de causas que no pasan siquiera la fase de admisión o que terminan con la negación de las pretensiones del accionante.

Durante el proceso de análisis de las sentencias emitidas por la CC entre el 2010 y el 2017, en efecto, en no pocas ocasiones las demandas del accionante tienen que ver con pretensiones de naturaleza patrimonial. En la sentencia sobre el caso de la “Acción extraordinaria de protección presentada por Rosa Clementina Moreta Molina”,²⁷ la CC se pronuncia por primera vez sobre el derecho a la vivienda ratificando su estatus de derecho del buen vivir o Sumak Kawsay. No obstante, frente a la garantía del derecho establecido en el artículo 37.7 de la CRE, de las personas adultas mayores a acceder a una vivienda que asegure su vida digna, la CC niega la acción extraordinaria de protección al identificar que la pretensión de las accionantes es de carácter legal y no constitucional.

Sobre este derecho hay que mencionar que tanto la sentencia del juez de primer nivel, como la de los jueces de la Corte, reconocen el derecho de las

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, 0321-09-EP, 2010a.

vencidas, a ser resarcidas en cuanto a su inversión, lo que garantiza que la Sra. Rosa Mareta Molina, de 70 años, pueda adquirir un nuevo inmueble que le permita vivir dignamente.²⁸

En una segunda sentencia sobre el caso de la “Acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por el Juez Décimo Tercero de lo Civil de Milagro”,²⁹ la Corte adelanta un examen mucho más minucioso de los derechos de propiedad y de vivienda digna relacionados con los artículos 66.26, 321, 30, 37.7, 39 y 47 de la CRE. Partiendo de un análisis sistemático de los derechos interrelacionados, la *ratio decidendi* acoge de manera expresa los estándares de “vivienda digna” contemplados en la Observación General No. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en relación con el artículo 375, orientan la implementación de políticas públicas de hábitat y vivienda. Por otro lado, la sentencia establece que el derecho a la vivienda “no implica la obligación del Estado de otorgar gratuitamente una vivienda a quien lo necesita”. En el examen, la Corte advierte que el accionante confunde el derecho de propiedad con el derecho a la vivienda digna, lo que le lleva a concluir que la pretensión es meramente patrimonial.

Es desde este cuadro profundamente complejo e injusto —a nivel económico, social y cultural—, entonces, que enfocamos la producción jurisprudencial de la CC desde 2010 hasta 2017 en el caso del derecho a la vivienda, antes que nada, para investigar la contradicción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) con la producción de normas emancipadoras y la reproducción de la *praxis* regulatoria, y partiendo de la ratificación plena que hace la Constitución en el artículo 11 de la justiciabilidad de los DESC que consagra con claridad la obligación estatal frente a estos derechos.³⁰

Sin lugar a dudas, este posicionamiento se refleja claramente en el desarrollo doctrinario de la CC sobre los DESC, en general, y el derecho a la vivienda, en particular, y también en los procesos de exigibilidad inmediata a través de medios jurisdiccionales frente a la progresividad de su desarrollo. Pensemos, por ejemplo, como la CC en 2012 resuelve de forma sustancial el caso de “Acción extraordinaria de protección presentada por Pablo Macario Pucha Poveda y María Eufemia Ronquillo”,³¹ pronunciándose a favor de la incorporación de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales

²⁸ *Ibidem*, p. 7.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, 0343-09-EP, 2010b.

³⁰ Pazmiño Freire, Patricio, *op. cit.*

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, 1207-10-EP, 2012.

y Culturales de las Naciones Unidas (2012), con la aplicación directa del PIDESC.

La Observación General No. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina: “1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Parte «reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso, alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia». Reconocido de este modo una vivienda adecuada, tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos sociales y culturales”. En aquel sentido, se puede evidenciar que el señor Pablo Pucha y su esposa María Ronquillo detentan la edad de 81 y 77 años respectivamente; por tanto, se los considera adultos mayores, constituyendo un grupo de atención prioritaria por parte del Estado ecuatoriano.³²

En este caso, en que se demandaron los derechos a la vivienda (artículo 30), a una vida digna a favor de personas adultas mayores (artículo 37.7) y tutela judicial efectiva (artículo 75), la Corte aceptó la acción extraordinaria de protección, por considerar que existió un exceso de funciones por parte de la Corte Nacional de Justicia, al casar la sentencia en su integralidad, y con ello, dejar sin efecto el reconocimiento y el acuerdo reparatorio de las partes. Esto se configura como un elemento objetivo de vulneración del derecho al hábitat y a la vivienda, así como vulneración al derecho de propiedad que comporta una obligación negativa de no poner en riesgo la propiedad y su uso. La Corte advierte:

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la propiedad, se debe recordar que la Constitución de la República, en su artículo 321, reconoce entre las diversas formas de propiedad a la propiedad privada. En el caso *sub judice* la tutela del derecho a la propiedad comporta una obligación negativa asociada con el derecho a la propiedad del inmueble, en donde ninguna actividad realizada por una tercera persona puede afectar un bien inmueble perteneciente a otro sujeto, puesto que de producirse una afectación, aquello comportará una vulneración al derecho a la propiedad privada sobre ese bien inmueble.³³

³² *Ibidem*, pp. 17 y 18.

³³ *Ibidem*, p. 19.

La justiciabilidad de derecho a la vivienda y al hábitat se encuentra en el centro del debate de las motivaciones de esta acción extraordinaria de protección, en conexión con el derecho a la propiedad privada, e incluso la vida, como la CC argumentó en el presente caso:

En el presente caso, se puede determinar con claridad la existencia de una afectación al derecho a la vivienda, en detrimento del señor Pablo Pucha y su familia; este derecho se encuentra a su vez en estrecha relación con el derecho a la propiedad privada y su facultad para usar, gozar y disponer de la misma; en el caso *sub judice*, esta Corte puede evidenciar que por medio de la construcción del edificio contiguo, se atentó gravemente al patrimonio del señor Pablo Pucha, hasta colocar su vivienda en una situación de completa inseguridad para él y su familia, ya que mediante la construcción del edificio de propiedad actual de los sucesores del señor Héctor Lara se ha destruido el inmueble adjunto y se ha puesto en riesgo la propia vida de los habitantes del mismo.³⁴

Sin embargo, fue con la sentencia sobre el caso de la “Acción extraordinaria de protección presentada por Luis Jorge Ramírez Enríquez”³⁵ que la CC avanzó en el desarrollo jurisprudencial y también en la atención mediática en torno al derecho a la vivienda. Con este dictamen la Corte defendió el derecho a la vivienda adecuada y digna dentro del marco del derecho al buen vivir y reconoció al Estado la función de actuar según dos conjuntos de obligaciones: un conjunto positivo, el establecimiento de políticas públicas, y un conjunto negativo, o sea, la abstención de conductas que puedan violar o vulnerar su efectivo goce. Es por este segundo conjunto que no sólo se aceptó la acción extraordinaria de protección, sino que también condenó al municipio del distrito metropolitano de Quito a la reparación integral de los daños:

Reparación integral: los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y

³⁴ *Ibidem*, p. 20.

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, 1773-11-EP, 2014.

racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona.³⁶

Con esta sentencia se realizó un exhaustivo control de convencionalidad del derecho a la vivienda, al tomar en cuenta la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 11 del PIDESC, que se relaciona con la Constitución ecuatoriana de 2008. En consecuencia, se consideró el derecho a una vivienda digna de forma amplia, ligado “a un enfoque social, ambiental y ecológico”, y a otros derechos constitucionales: “Como el derecho a transitar libremente, a escoger residencia, a la inviolabilidad de domicilio, a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado entre otros”.³⁷

En la misma línea, la Corte, en el año 2016, reconoció la vulneración del artículo 37.7 (Derecho de los adultos mayores a vivienda digna) en el caso de la “Acción extraordinaria de protección contra la sentencia de 8 de julio de 2010, dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar”,³⁸ que negó el otorgamiento del bono de la vivienda, vulnerando, de esta forma, el derecho constitucional a la vivienda de la demandante. Además, la Corte, con el objeto de tutelar los derechos de los grupos de atención prioritaria, emitió una sentencia interpretativa respecto al artículo 7o. del Reglamento para Operación del Sistema de Incentivos para la Vivienda (2015), para tutelar los casos referidos a situaciones de pobreza y pobreza extrema, dictando medidas de reparación integrales de la sentencia.

Cuando el postulante a un incentivo habitacional de vivienda urbano, rural y urbano marginal o amazónico, sea una persona que pertenece a cualquiera de las categorías de atención prioritaria establecidas en el artículo 35 de la Constitución de la República, cuyos ingresos estén por debajo de un salario básico unificado, sin importar que no cuenten a la fecha de postulación, con título de propiedad debidamente inscrito, deberá ser aceptada su postulación y atendida favorablemente, de manera inmediata.³⁹

³⁶ *Ibidem*, p. 49.

³⁷ *Ibidem*, p. 32.

³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, 1180-10-EP, 2016.

³⁹ *Ibidem*, p. 44.

En 2017 la Corte, además, se pronunció de forma revolucionaria sobre la jerarquía de los DESC en el caso de la “Acción extraordinaria de protección, en contra de la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (2012)”,⁴⁰ donde se ordenaba —por el principio de legalidad— derrocar el inmueble donde vivía el demandante. La Corte, en su sentencia, consideró que se estaría vulnerando el derecho a la vivienda adecuada y digna y los principios de igualdad y no discriminación, o sea, la dignidad humana, a causa de una supuesta garantía del principio de legalidad sobre el derecho a la vivienda.

El grado de afectación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a un hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna del accionante, de conformidad con el análisis precedente, se cataloga como intensa, correspondiéndole un valor de 4; el peso abstracto con un valor de 4, basado en relación a la mayor importancia en abstracto que se dé a la satisfacción del principio que se ubica en sentido contrario (principio de legalidad vs. principio de igualdad y no discriminación y derecho a un hábitat seguro y saludable y una vivienda adecuada y digna); y, la seguridad de apreciaciones con un valor de 1, pues versan sobre la afectación a los principios en colisión, las mismas que pueden tener un distinto grado de certeza —en el presente caso la afectación que la medida examinada, esto es, la demolición ordenada— proyecta sobre los principios relevantes que produce restricción al principio de igualdad y no discriminación, y al derecho a un hábitat seguro y saludable y una vivienda adecuada y digna.⁴¹

La Corte reforzó esta posición también en casos de expropiación o desalojo, como en la sentencia sobre el caso de la “Acción extraordinaria de protección presentada por Fabián Ramiro Gudiño Rodríguez”.⁴² En este caso la Corte deniega al propietario del inmueble la acción extraordinaria de protección con base al artículo 82 (Derecho a la seguridad jurídica), en contra de la sentencia de acción de protección expedida por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas (516-09-2). Resumiendo, la mencionada Sala revocó la decisión judicial de la Intendencia General de Policía del Guayas —que mediante resolución había determinado el desalojo de 43 núcleos familiares— y, en consecuencia,

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, 1301-12-EP, 2017a.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador, 0310-10-EP, 2017b.

concedió la acción de protección a los accionantes. En el mismo año la CC, sustancialmente, da razón a la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, por lo tanto, no observa que haya sido dictado en vulneración del derecho a la seguridad jurídica. Sin embargo, concretamente indica otro camino “necesario”: el derecho a la vivienda.

Por lo tanto, la Corte Constitucional observa que en casos de asentamientos informales, las autoridades públicas deben adoptar medidas idóneas con el objetivo de evitar una vulneración constante de derechos, este deber de acción constituye una premisa para los jueces, quienes tienen la obligación de priorizar la dignidad humana en el ejercicio de la tutela judicial de los derechos constitucionales.⁴³

En definitiva, la Corte denuncia cómo la orden de desalojo emitida por el intendente de policía violó el derecho a la vivienda digna y al hábitat a un núcleo de habitantes con escasos recursos económicos. Las autoridades hubieran tenido que “garantizar su estancia en el lugar donde se encontraban asentados”, advierte la Corte, al contrario de disponer el desalojo. Se hubieran tenido que adoptar medidas necesarias para tutelar tales derechos, fundamentalmente —subraya— priorizando el derecho a la vida digna en las resoluciones de los conflictos en torno a la posesión de tierra.

2. Las políticas públicas como garantía del derecho a la vivienda, al hábitat y a la tierra

Algunas consecuencias políticas y culturales han surgido de este planteamiento constitucional en Ecuador. En primer lugar, se empezaron a cuestionar los orígenes de la pobreza; es decir, se insiste en el hecho de que es el fruto de relaciones conflictivas y de persistentes violaciones de los derechos humanos.⁴⁴ En segundo lugar, se recuperó la idea de un Estado fuerte que,

⁴³ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁴ Pensemos, por ejemplo, en cómo se ha simplificado el conflicto en el campo conceptual en torno a la pobreza, cuando los pueblos indígenas se han ubicado secularmente en los quintiles más pobres de las poblaciones de los países latinoamericanos, al punto de que la incidencia de la pobreza extrema en los indígenas es más del doble que la incidencia en el resto de la población. *Cfr.* Bello, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000.

con la Revolución Ciudadana (2007-2017), se caracterizó por 1) la (re)apropiación y nacionalización de recurso estratégicos; 2) la recuperación de la autonomía (relativa) del Estado y su capacidad de planificación, y 3) la fuerte inversión y extensión de políticas de bienestar social. Este proceso de transformación político-social marca el paso desde una esfera público-estatal, asentada en un régimen patrimonial, hacia una agenda social caracterizada por un mayor gasto público; una expansión de los servicios de salud, educación y protección social; mejoras en la calidad del mercado de trabajo, y reducción de la pobreza y desigualdad.⁴⁵

Artículo 85. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.⁴⁶

En las políticas garantes de los derechos económicos y sociales, el Gobierno optó, desde sus inicios, por programas de bonos, subsidios y créditos dirigidos a mejorar el nivel de vida y la capacidad de consumo de sectores de estratos bajos y medio-bajos. Sostuvo una fuerte inversión en infraestructura vial nacional y el fortalecimiento de la cohesión social; en políticas para la eliminación de las dependencias energéticas; en fortalecimiento del sistema educativo inicial, primario, medio y superior; en el mejoramiento de servicios e instituciones públicas (salud, educación, seguridad social), y en programas de acceso a la vivienda digna, al hábitat y a la tierra, dirigidos a sectores populares y medios de la población. En términos legislativos, con los planes de desarrollo nacionales

⁴⁵ Minteguiaga, Analía y Ubasart, Gemma, “Regímenes de bienestar y gobiernos «progresistas» en América Latina: los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia”, *Política y Sociedad*, vol. 52, núm. 3, 2015, p. 697.

⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador, *cit.*

para el buen vivir,⁴⁷ se establecen los objetivos y estrategias para garantizar el derecho a la vivienda en Ecuador. En particular, se establecen las políticas para “Garantizar el acceso a una vivienda adecuada, segura y digna” a través de diferentes lineamientos estratégicos:

PLAN NACIONAL PARA EL BUEN VIVIR (PNBV)
Y GARANTÍAS PARA LOS DERECHOS DE LA VIVIENDA

<p><i>3.9. Garantizar el acceso a una vivienda adecuada, segura y digna</i></p>
<p>a) Promover el desarrollo de programas habitacionales integrales accesibles a personas con discapacidad y adecuados a las necesidades de los hogares y las condiciones climatológicas, ambientales y culturales, considerando la capacidad de acogida de los territorios.</p>
<p>b) Incentivar una oferta de vivienda social que cumpla con estándares de construcción y garantice la habitabilidad, la accesibilidad, la permanencia, la seguridad integral y el acceso a servicios básicos de los beneficiarios: transporte público, educación, salud, etcétera.</p>
<p>c) Generar instrumentos normativos y sus correspondientes mecanismos de aplicación para regular y controlar el alquiler de vivienda y permitir un acceso justo.</p>
<p>d) Promover la construcción de viviendas y equipamientos sustentables que optimicen el uso de recursos naturales y utilicen la generación de energía a través de sistemas alternativos.</p>
<p>e) Definir, normar, regular y controlar el cumplimiento de estándares de calidad para la construcción de viviendas y sus entornos, que garanticen la habitabilidad, la accesibilidad, la seguridad integral y el acceso a servicios básicos de los habitantes, como mecanismo para reducir el déficit cuantitativo y cualitativo de vivienda.</p>
<p>f) Generar estrategias de mejoramiento de viviendas deterioradas y en condiciones inadecuadas, riesgosas o de hacinamiento.</p>
<p>g) Promover la organización y responsabilidad familiar y comunitaria para garantizar su participación en la obtención de vivienda nueva o mejorada y en el mantenimiento oportuno y adecuado de las viviendas y sus entornos que evite el deterioro y los consecuentes riesgos.</p>

⁴⁷ Senplades, Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: construyendo un Estado plurinacional e intercultural, Quito, 2009; Senplades, Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Quito, 2013.

3.9. Garantizar el acceso a una vivienda adecuada, segura y digna

- h) Generar programas que faciliten los procesos de legalización de la tenencia y propiedad del suelo y las viviendas, con principios de protección y seguridad.
- i) Promover el acceso equitativo de la población a suelo para vivienda, normando, regulando y controlando el mercado de suelo para evitar la especulación.

FUENTE: PNBV 2013, 437.

Se intenta romper con el círculo vicioso financiación/especulación/imposibilidad de acceso a través de una serie de políticas enfocadas a la financiación pública con características sociales. Tanto el gobierno central como los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos y descentralizados han puesto en marcha varias estrategias con el objetivo de hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la tierra.

Como podemos observar en el cuadro presentado un poco más adelante, hablamos, en su mayoría, de programas y planes para el acceso y la mejoría de la vivienda y del hábitat a través de las líneas de financiación (con el fortalecimiento de las instituciones de créditos populares) que hubieran tenido que garantizar el acceso para las clases con bajos y escasos recursos económicos. En términos generales; se obtuvieron enormes resultados. Pensemos en la inversión del Ministerio de Desarrollo Urbanístico y Vivienda (Miduvi) por casi mil millones de dólares, por un total de 246,382 intervenciones a través de varios programas de ayuda y financiación en el periodo 2007-2011.

Mientras tanto, el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS), desde 2010, financió préstamos hipotecarios a cerca de 105,000 beneficiarios, con un monto total de 4,000 millones de dólares destinados a la adquisición de terrenos y viviendas. El BIESS también activó líneas crediticias para la construcción y remodelación de viviendas. Entre 2010 y 2015 el BIESS invirtió en estos programas cerca de 97 millones de dólares en 2,400 créditos mensuales.⁴⁸

⁴⁸ Miduvi, Informe Nacional del Ecuador para la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible HABITAT III, Quito, Subsecretaría de Hábitat y Asentamientos Humanos, 2015.

PLANES Y PROGRAMAS PARA LA VIVIENDA
 DEL BIESS Y DEL MIDUVI

<i>Instituto</i>	<i>Planes y programas</i>	<i>Año de inicio o referencia</i>
BIESS	Préstamos hipotecarios para adquisición de terreno. Financiamiento de hasta 100 mil dólares. El objetivo es el financiamiento para la compra de un terreno con el propósito de construir vivienda.	2012
	Préstamos hipotecarios para sustitución de hipoteca. Financiamiento para trasladar las obligaciones con garantía hipotecaria en cualquiera de las entidades financieras del país, reguladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.	
	Préstamos hipotecarios para remodelación y ampliación de vivienda. El objetivo es financiar la modificación interna de la vivienda.	
	Préstamos hipotecarios para adquisición de terreno y construcción de vivienda. Financiación de hasta el 100% y hasta un monto de 100 mil dólares.	
	Préstamos hipotecarios para construcción de vivienda. Financiamiento de hasta 100 mil dólares	
	Préstamos hipotecarios para vivienda terminada. Financiamiento para casas o departamentos nuevos o usados, casas individuales, viviendas que formen parte de un conjunto habitacional. El valor financiado asciende al 100% y hasta 100 mil dólares.	

<i>Instituto</i>	<i>Tipo de acciones</i>	<i>Programas</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Cuantías</i>	<i>Año de inicio o referencia</i>
Miduvi	<p>Bono de la vivienda para la adquisición de vivienda en proyectos ubicados en zonas urbanas, urbano-marginales o rurales.</p> <p>Bono de la vivienda para diferentes programas y proyectos en la modalidad de construcción en terreno propio y mejoramiento de vivienda.</p> <p>Bono de emergencia en la modalidad de reasentamiento y reposición.</p>	<p>Programas de reposición y de reasentamiento de vivienda.</p> <p>Sistema de Apoyo Económico para Vivienda (SAV).</p>	<p>Sustentar a los y las damnificados/as, que han perdido sus viviendas a causa de desastres de origen natural.</p> <p>Apoyo económico por medio del sistema SAV-BID a las familias de bajos ingresos.</p>	<p>Desde 6,000 USD hasta 13,500 USD.</p> <p>Desde 1,500 USD hasta 5,000 USD.</p>	<p>2008</p> <p>2010</p>

<i>Instituto</i>	<i>Tipo de acciones</i>	<i>Programas</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Cuantías</i>	<i>Año de inicio o referencia</i>
Miduvi	Bono de vivienda dirigido a personas con discapacidad. Bonos de vivienda para la región amazónica, como un incentivo para la construcción de viviendas que respondan a factores culturales y ambientales de región. Bono de titulación.	Programa de vivienda de Manuela Espejo.	Brindar una solución habitacional adecuada, con facilidades de acceso, para personas con discapacidad.	Desde 1,200 USD hasta 7,200 USD.	2009
		Programa Socio Vivienda Guayaquil.	Dirigido a familias de escasos recursos que no poseen terreno ni vivienda mediante la adquisición de macro lotes para el desarrollo de viviendas de interés social.	Hasta 5,000 USD.	2011-2017
		Bono de titulación.	Regularizar la tenencia.	Hasta 400 USD.	2008

Sin embargo, estas financiaciones (del BIESS) tuvieron consecuencias contradictorias, porque acabaron por reforzar el acceso dual y desigual al mercado de vivienda. En efecto, sobre el total de monto financiado, la participación de los quintiles más bajos llegaba sólo al 3.5% en 2012.⁴⁹ Estos programas han acabado siendo disfrutados por los quintiles más altos, lo que fue reforzando un auge inmobiliario y unos efectos especulativos controvertidos y sin precedentes en Ecuador.⁵⁰

III. DESDE LA ESPECULACIÓN DE LA TIERRA A LA LEY DE PLUSVALÍA

El Comité recomienda al Estado parte que desarrolle planes de titulación que protejan la propiedad campesina sobre las tierras y establezca mecanismos de prevención de ventas forzadas en zonas rurales. El Comité recomienda al Estado parte que los procesos de reubicación de familias que habitan zonas de riesgo se lleven a cabo con arreglo a principios del derecho al debido proceso y se suministre plena información sobre las condiciones de la reubicación. El Comité recomienda al Estado parte que establezca mecanismos de monitoreo sobre los procesos de desalojo y de reubicación y su impacto en el disfrute del derecho a la vivienda, teniendo en cuenta las observaciones generales del Comité No. 4 y No. 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos.⁵¹

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2012) manifestó todas sus preocupaciones por algunas situaciones en el país. Entre estas especificó: 1) el tráfico de tierras y el proceso de pérdida de tierras por parte del campesinado a favor de empresas privadas, y 2) las condiciones precarias de viviendas en zonas de riesgo y/o por la falta de servicios. Recordemos que, desde la Constitución de 2008, con el Régimen de Competencias en la Organización Territorial del Estado, las políticas de

⁴⁹ *Derecho a la vivienda en Ecuador*, Quito, Defensoría del Pueblo, 2013.

⁵⁰ *Cfr.* Macías Rendón *et al.*, “¿Existe evidencia de burbuja inmobiliaria en el Ecuador?”, *Podium*, núm. 28, 2015, disponible en: [doi:10.31095/podium.2015.28.4](https://doi.org/10.31095/podium.2015.28.4), pp. 55-68; Vela, María, “Auge inmobiliario sin precedentes”, *Revista Gestión*, núm. 213, 2011, pp. 14-30.

⁵¹ UN, Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe periódico de Ecuador, E/C.12/ECU/CO/3 §, 2012, p. 4.

educación, salud, seguridad social y vivienda son competencias directas del Estado central. Específicamente, la Constitución dispone, en el artículo 375, que es el Estado central el garante del derecho a la vivienda digna y al hábitat. Con la Constitución de 2008 se reconoce y se atribuye al Estado central la posibilidad de expropiar y controlar áreas, con el objetivo de poner freno a los efectos especulativos del mercado de tierras y vivienda y prevenir la creación de “burbujas inmobiliarias”.

Artículo 376. Para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.⁵²

De igual manera, se reconocen varias competencias también a los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos descentralizados para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la tierra. En particular, destacamos de los artículos 594 y 596 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁵³ la posibilidad de expropiar la propiedad privada para garantizar la función social de la vivienda y el hábitat, lo mismo que resistir a las prácticas especulativas sobre las tierras. Estas atribuciones responden a la problemática histórica de los asentamientos urbanos y del tráfico de tierras que se vive en Ecuador. Los gobiernos descentralizados pueden, de esta forma, declarar la utilidad pública de tierras y viviendas con el objetivo de frenar la especulación.

Artículo 84. A fin de evitar el enriquecimiento injusto del titular, en concordancia con la prohibición constitucional de obtener beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso de suelo, el justo precio para estos casos será determinado por la dirección de avalúos y catastros de cada gobierno municipal o metropolitano, con base en el valor del predio sin tomar en consideración las variaciones derivadas de uso actual del bien o su plusvalía.⁵⁴

⁵² Constitución de la República del Ecuador, *cit.*

⁵³ Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización, T:4570-S/n.1 -10-1516, 2010.

⁵⁴ *Idem.*

Lo que queremos señalar es que desde 2008 el Estado central y los gobiernos descentralizados tienen las prerrogativas y las funciones constitucionales para poder luchar en contra de las problemáticas coyunturales que se produjeron —en plena violación del derecho a la vivienda, al hábitat y a la tierra— por los mismos impactos de las políticas públicas para la vivienda y, sobre todo, por inversión pública en infraestructuras y servicios (2007-2017). Nos referimos al proceso conflictivo en torno a la “legalización o regularización de barrios” y a los procesos especulativos y el aumento de los precios de los terrenos y la vivienda. En efecto, desde 2010 y hasta 2012 la Defensoría del Pueblo de Ecuador ha registrado un gran incremento de denuncias presentadas en contra de empresas inmobiliarias, por un total de 291 denuncias, que se han presentado, en su mayoría, en las provincias de Pichincha y Guayas.⁵⁵

Bajo este cuadro coyuntural y normativo, en 2016, la Asamblea Nacional de Ecuador aprobó la Ley Orgánica para Evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos,⁵⁶ también conocida como Ley de Plusvalía, con el objetivo de frenar la violación sistémica de los derechos a la vivienda, al hábitat y a la tierra, y garantizar la progresividad de tales derechos según sus funciones. Es una ley, sin duda, radical, porque finalmente reconoce las desigualdades históricas en torno al acceso a la tierra y a la vivienda digna de Ecuador.

Históricamente, reducidos segmentos de la sociedad han obtenido ganancias extraordinarias ilegítimas provenientes de la especulación en la tenencia de bienes inmuebles. Asimismo, de forma generalizada, los propietarios de los bienes inmuebles han ido aprovechando el incremento de los precios de los bienes inmuebles, ocasionados entre otras cosas por la intervención del Estado a través de diferentes obras.⁵⁷

Esta ley desarrolla mecanismos innovadores para dificultar la especulación y la acumulación financiera en el campo inmobiliario, al mismo tiempo que favorece la redistribución de las plusvalías del suelo, con políticas públicas en línea con los principios de progresividad del derecho a la vivienda digna y al hábitat, concentrándose en las zonas más afectadas históricamente. Así, con

⁵⁵ *Derecho a la vivienda en Ecuador, cit.*

⁵⁶ Ley Orgánica para Evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos, T.6659-SGJ-16-0027 §, 2016.

⁵⁷ *Idem.*

la Ley de Plusvalía se crea: *a*) un impuesto sobre el valor especulativo de la vivienda o del suelo (ganancia extraordinaria o plusvalía) por una porcentual fija del 75%⁵⁸; *b*) se controla la especulación actualizando y regularizando los catastros; *c*) se introducen medidas para enfrentar la pérdida de valor de un bien (minusvalía) afectado por obras públicas, y *d*) se descentralizan los recursos a los gobiernos autónomos, para la puesta en marcha de políticas públicas específicas para la garantía del derecho de vivienda digna y de hábitat (saneamiento, servicios básicos, etcétera).

IV. ENTRE PASADO Y PRESENTE. SOBRE LAS AMENAZAS CONSTITUCIONALES Y LA RETÓRICA DE LA JUSTICIABILIDAD

De los 20 procesos constituyentes ocurridos desde el inicio de la República hasta la fecha, sólo tres podrían considerarse de ruptura en la perpetuación de las formas de dominio del derecho. Nos referimos a 1) la Asamblea Constituyente de 1830, que instaura la República, terminando formalmente la época del colonialismo español; 2) la Asamblea Constituyente de 1929,⁵⁹ que asume los principales postulados de la Revolución liberal iniciada por Eloy Alfaro a finales del siglo XIX y que contiene un impulso a la modernización del Estado mediante la instauración de la libertad de trabajo y de contratación, del derecho a la educación, a la reunión y asociación y al sufragio femenino,⁶⁰

⁵⁸ Significa que quien gana más de lo ordinario (valor del inmueble o suelo, más la tasa de interés del banco central y el equivalente a 24 salarios básicos) en la compraventa de un inmueble deberá contribuir con un impuesto del 75% sobre su ganancia extraordinaria.

⁵⁹ La Constitución de 1945 fue resultado de la Revolución del 28 de mayo de 1944, conocida como “La Gloriosa”. Es considerada rupturista por el grado de estructuración técnica y por la pionera creación del Tribunal Supremo Electoral, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Bancos. A nivel de derechos y garantías, instaura el *habeas corpus*, reconoce el derecho a la educación, cultura y trabajo. A nivel tributario, adecúa los impuestos a la capacidad económica del contribuyente, entre otros avances. La Constitución de 1945 duró un año, y aunque algunas instituciones constitucionales subsistieron, se puede decir que “La Gloriosa” fue una revolución trunca.

⁶⁰ Es importante anotar también que en 1861 se suprimió el requisito patrimonialista de que los votantes tuvieran una propiedad; en 1884 se eliminó el requisito rentista por el que los votantes debían tener una renta de tres mil pesos, y en 1978 se reconoció el derecho de voto de los analfabetos, entre los que se cuenta a un amplio número de indígenas y campesinos. La Constitución de 2008 reconoce, además, el voto facultativo para mayores de 16 años, para uniformados y para extranjeros, bajo requisitos específicos.

la libertad de pensamiento, la obra pública, la institucionalidad pública y el laicismo, y 3) la Asamblea Constituyente de 2008, que concreta un proceso histórico a lo largo de dos décadas de conflicto y confrontación de importantes sectores sociales y políticos, históricamente al margen de la clase política tradicional y de las clases dominantes.⁶¹

La Constitución de Montecristi representó un proceso de transformación política y social, con el fortalecimiento del papel del Estado en aquellas disputas donde a lo largo de la historia había sido excluido. En el plano hegemónico cultural y social, a través del reconocimiento de las soberanías populares, de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.⁶² Asimismo, en el plano hegemónico material, a través de políticas públicas que son garantías y deben ser las prácticas de derecho de aquellas clases sociales que en Ecuador han sido oprimidas.

La voluntad de cambio frente a esta continuidad histórica explica el ascenso del gobierno de la Revolución Ciudadana y el fortalecimiento de los procesos constitucionales como espacio concreto de poder, de relación entre Estado y sociedad. El desarrollo normativo y político sobre los DESC entre 2008-2017 fue, sin duda, radical, y fue acompañado por procesos socioeconómicos (en términos de disminución de desigualdades) que marcaron logros históricos para el Ecuador.

El avance en reconocimiento, protección y justiciabilidad que algunas de las nuevas Constituciones latinoamericanas han implicado en materia de derechos sociales, especialmente en Venezuela, Bolivia y Ecuador, constituyen, a diferencia de otras Constituciones, un marco jurídico-político ideal para la creación de un modelo de Estado democrático redistributivo de la riqueza y, por tanto, tendiente a la creación de mayores niveles de igualdad social en sociedades, hasta nuestros días, totalmente inequitativas.⁶³

⁶¹ Los movimientos indígenas de la década de los noventa revisten una importancia estratégica en la dimensión cultural del constitucionalismo de Ecuador; en la necesidad de procesos políticos radicales en contra de las desigualdades derivadas por el proceso histórico de subalternización. Cfr. Ortiz, Pablo, “20 años de movimiento indígena en el Ecuador: entre la protesta y la construcción de un Estado plurinacional”, en Betancur J., Ana Cecilia (ed.), *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración*, IWGIA, 2011; Santos, B. de S. y Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Abya Yala, 2012.

⁶² Pazmiño Freire, Patricio, *op. cit.*

⁶³ Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Por lo que concierne al derecho constitucional a la vivienda digna y al hábitat, el avance jurisprudencial debe ser leído a la luz de un cuadro contradictorio e injusto: entre desigualdades de acceso y reproducción históricas de divisiones territoriales (desigualdades estructurales). Hablamos del predominio —de matriz colonial— de la mentalidad del derecho privado y patrimonial, no sólo en el ámbito de la función pública, sino del ejercicio del derecho en términos culturales. Recordamos como en este proceso es el Estado el que debe asumir la responsabilidad política de romper con estas formas de reproducciones. El desarrollo progresivo del derecho como parte de los DESC deviene estratégico.

Finalmente, la Constitución de 2008 nace en el marco de procesos populares de cambio político en favor de aquellas clases sociales y grupos nacionales históricamente marginados. Empero, en la actualidad política de Ecuador (2019) los caminos constitucionales parecen de nuevo sufrir un duro cambio de ruta. El gobierno del presidente Lenin Moreno (2017), en efecto, debilitó enormemente el poder de la CC, decretando y llevando a cabo, en febrero de 2018, una consulta popular sin que la CC haya tenido la posibilidad de manifestarse sobre la constitucionalidad del proceso, según sus funciones.⁶⁴ El objetivo de esta consulta fue legitimar, a través del poder popular y mediático, varias funciones y privilegios típicos de un modelo de Estado corporativo. Privilegios que asientan un duro golpe a los procesos de justiciabilidad del derecho a la vivienda digna y al hábitat. En la misma consulta fue propuesta y votada la derogación de la Ley de Plusvalía, lo que supone la violación del principio de desarrollo progresivo del derecho a la vivienda digna, al hábitat y a la tierra.

La Constitución de Montecristi está bajo ataque, con riesgo de convertirse en papel mojado. La lucha en contra del Estado corporativo sigue representando un conflicto histórico de la sociedad ecuatoriana. Por eso los procesos constitucionales de Ecuador en 2019 estuvieron en una nueva inflexión, objeto de intensos conflictos políticos y económicos. Sin embargo, el poder igualador de las leyes generales y abstractas nunca va detener los conflictos en torno a la justicia de una sociedad fundada en la colonialidad, la jerarquía y los privilegios; entre pasado y presente.

V. FUENTES DE CONSULTA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y

⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador, *cit.*

- criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- ARAVENA, Hugo, “Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2015.
- BELLO, Álvaro, *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998.
- BOGDANDY, Armin *et al.*, *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 2017.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, “El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 42, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01>.
- CAMPS, Victoria, *Tolerancia, multiculturalidad, convivencia. Republicanismo contemporáneo*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.
- CARVALHO, Alessandra *et al.*, “A proteção jurídica da sustentabilidade ambiental no novo constitucionalismo latino-americano/The Legal Protection of Environmental Sustainability in the New Latin American Constitutionalism”, *Revista FSA (Centro Universitário Santo Agostinho)*, vol. 15, núm. 2, 2018, disponible en: <https://doi.org/10.12819/2018.15.2.3>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Derecho a la vivienda en Ecuador*, Quito, 2013.
- FERNÁNDEZ, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GALINDO, Rocío, “Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica”, *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, vol. 10, núm. 1, 2016.
- GIBBS, Alun, “Theorizing Transformative Constitutional Change and the Experience of Latin American Constitutionalism”, *Law, Culture and the Humanities*, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.1177/1743872117711372>.
- GRAMSCI, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, México, Ediciones Era, 1999.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Sevilla, Atrapasueños, 2008.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.

- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, FCE, 1992.
- KRÖGER, Markus y LALANDER, Rickard, “Ethno-Territorial Rights and the Resource Extraction Boom in Latin America: Do Constitutions Matter?”, *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 4, 2016, disponible en: <https://doi.org/10.1080/01436597.2015.1127154>.
- MACÍAS RENDÓN *et al.*, “¿Existe evidencia de burbuja inmobiliaria en el Ecuador?”, *Podium*, núm. 28, 2015, disponible en: [doi:10.31095/podium.2015.28.4](https://doi.org/10.31095/podium.2015.28.4).
- MIDUVI, Informe Nacional del Ecuador para la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible HABITAT III, Quito, Subsecretaría de Hábitat y Asentamientos Humanos, 2015.
- MINTEGUIAGA, Anaía y UBASART, Gemma, “Regímenes de bienestar y gobiernos «progresistas» en América Latina: los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia”, *Política y Sociedad*, vol. 52, núm. 3, 2015.
- NAVAS ALVEAR, Marco, “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, *Revista Jurídicas*, vol. 10, núm. 2, 2013.
- OPPENHEIM, Felix, *Political Concepts: A Reconstruction*, University of Chicago Press, 1981.
- ORTIZ, Pablo, “20 años de movimiento indígena en el Ecuador: entre la protesta y la construcción de un Estado plurinacional”, en BETANCUR J., Ana Cecilia (ed.), *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración*, IWGIA, 2011.
- PAZMIÑO FREIRE, Patricio, *Los DESCA en América Latina. Algunas reflexiones sobre la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Francesco Maniglio y Fernando Casado, entrevistadores, 2018.
- PETTT, Philip, “Liberalismo y republicanismo”, en MARTÍ, José Luis *et al.*, *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, “Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015.
- SANTOS, B. de S. y GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Abya Yala, 2012.
- SCHILLING-VACAFLOR, Almut, *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Londres, Routledge, 2016.
- SELIGMANN, Linda y FINE-DARE, Kathleen, *The Andean World*, Londres, Routledge, 2018.

- SIEDER, Rachel y VIVERO, Anna, “Legalizing Indigenous Self-Determination: Autonomy and Buen Vivir in Latin America”, *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 22, núm. 1, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.1111/jlca.12233>.
- SILVA, Carolina, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en ÁVILA, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- UN, Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe periódico de Ecuador, E/C.12/ECU/CO/3 §, 2012.
- VELA, María, “Auge inmobiliario sin precedentes”, *Revista Gestión*, núm. 213, 2011.

**LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA REFORMA LABORAL:
FOMENTO DE LA INFORMALIDAD
Y DESARTICULACIÓN DEL DERECHO
DE ACCESO A LA JUSTICIA***

SOCIAL SECURITY IN THE LABOR REFORM:
FOSTERING INFORMALITY AND UNDERMINING
THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE

LA SÉCURITÉ SOCIALE DANS LA RÉFORME DU TRAVAIL:
UNE INCITATION À REJOINDRE L'ÉCONOMIE
INFORMELLE ET UN DÉMANTÈLEMENT
DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

María Ascensión MORALES RAMÍREZ**

RESUMEN. En las primeras legislaciones en el ámbito de las relaciones laborales, los riesgos de trabajo (accidentes y enfermedades) fueron preocupación exclusiva del derecho del trabajo, al determinar la responsabilidad del empleador, desde dos puntos de vista: el fisiológico (la disminución o pérdida de la aptitud para el trabajo) y el indemnizatorio (pérdida de ingresos). Sin embargo, los riesgos de trabajo y, por ende, sus consecuencias: las incapacidades o la muerte, así como sus reparaciones (prestaciones de naturaleza médica y la económica), en su fase evolutiva se fueron desprendiendo del derecho del trabajo, tal como dio cuenta el Convenio 102 “Norma Mínima de Seguridad Social”, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1952, que prevé los accidentes y enfermedades del trabajo dentro de sus nueve ramas. De esta forma, con las leyes de seguridad social se superó la incierta insolvencia del patrón para el otorgamiento de prestaciones de largo plazo, como son las pensiones.

* Recibido el 3 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Profesora de Derecho del trabajo y la seguridad social en la Facultad de Derecho de la UNAM.



No obstante, a la fecha, en el país los riesgos de trabajo se encuentran regulados tanto en la Ley Federal del Trabajo como en la Ley del Seguro Social. Ambos ordenamientos presentan diferencias importantes desde diversos puntos de vista: en la primera, con carácter indemnizatorio, y en la segunda, con el otorgamiento de pensiones. Esta situación no fue abordada por la reciente reforma del 1o. de mayo de 2019 a la Ley Laboral, con lo cual se fomenta a la no afiliación al Seguro Social y a la informalidad, lo cual tiene como consecuencia un tratamiento desigual a los trabajadores respecto de las prestaciones y vías para exigirlos, según estén afiliados o no al Seguro Social, como se da evidencia en el presente trabajo.

Palabras clave: riesgos de trabajo, seguridad social, incapacidades laborales, pensiones.

ABSTRACT: In early legislation in the field of labor relations, occupational risks (accidents and illnesses) were exclusively a concern of labor law, in determining the employer's responsibility from two angles: physiological (the decrease or loss of ability to work) and the compensatory (loss of income). However in its evolutionary phase, occupational risks, and hence their consequences (disability or death) and their reparation (medical and financial benefits) stemmed from labour law, as evidenced by Convention 102 "Social Security (Minimum Standards)" adopted by the International Labour Organization in 1952 and which establishes occupational accidents and illnesses within its nine branches. In this way, social security laws were able to overcome the employer's uncertain insolence in granting long-term benefits, such as: pensions.

Nevertheless, occupational risks in the country are regulated by both the Federal Labor Law and the Social Security Law. There are significant differences between the two in terms of perspective: the first focusing on compensation and the second on granting pensions. This situation was not addressed in the recent May 1, 2019 reform to the Labor Law, which encourages non-affiliation to social security, instigates informality, and propitiates unequal treatment to workers regarding benefits and ways to claim them, depending on whether or not workers are affiliated to social security, as evidenced in this paper.

Keywords: occupational risks, social security, work-related disability, pensions.

RÉSUMÉ: Les premières législations qui abordaient le thème des relations de travail indiquaient clairement que les risques professionnels (accidents, maladies) relevaient exclusivement du Droit du travail et la responsabilité de l'employeur était évaluée à partir de deux critères : physiologique (diminution ou perte de la capacité de travail) et compensatoire (perte de revenus et indemnisation). Pourtant, les risques professionnels et, donc, leurs conséquences (invalidité, décès) tout comme les réparations (prestations médicales, économiques) ont progressivement été écartés du Droit du travail comme le souligne la Convention no. 102 Concernant la Sécurité Sociale (norme minimum)”, adoptée par l'Organisation Internationale du Travail en 1952 qui aborde les accidents et les maladies professionnels dans les neuf branches présentées. Les lois de la sécurité sociale permettent ainsi de contourner la possible insolvabilité de l'employeur lorsque doivent être octroyées des prestations de longue durée comme dans le cas d'invalidité ou de décès.

Néanmoins, à ce jour, au Mexique, les risques professionnels sont déterminés aussi bien par la Loi fédérale sur le travail (*Ley Federal del Trabajo*) que par Loi sur la sécurité sociale (*Ley del Seguro Social*). Or, ces deux réglementations présentent des différences importantes en ce qui concerne, pour la première, la nature de l'indemnisation et, pour la seconde, l'attribution de pensions. Le fait que cette caractéristique n'a pas été abordée par la récente réforme du 1er mai 2019 de la Loi sur le travail (*Ley Laboral*), peut être perçu comme une incitation à la non-affiliation au régime de la sécurité sociale et au recours à l'économie informelle. Il en résulte une inégalité de traitement pour les travailleurs (comment réclamer des prestations et les percevoir) qui dépend de leur régime à la sécurité sociale (affiliés ou non) comme le démontre le présent travail.

Mots clés: risque professionnel, sécurité sociale, invalidité professionnelle, pensions.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Ley Federal del Trabajo como promotora del trabajo informal.* III. *Designación de beneficiarios en el contrato individual de trabajo.* IV. *Determinación de beneficiarios.* V. *Procedimiento especial para designación de beneficiarios.* VI. *Procedimiento especial para los conflictos individuales de seguridad social.* VII. *Reformas a las leyes de seguridad social y artículos transitorios en la materia.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

El 1o. de mayo de 2019 fue publicada, en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma a la Ley Federal del Trabajo (entre otras leyes),¹ para dar cumplimiento a la reforma constitucional del 24 de febrero de 2017, por la que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 constitucionales en materia de justicia laboral, cuyos ejes principales son: la función conciliatoria como instancia prejudicial obligatoria; la impartición de la justicia laboral por órganos del Poder Judicial federal o local (según corresponda), y la creación de un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal que tendrá a su cargo la conciliación en el orden federal y el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y de las organizaciones sindicales.

Además de los ejes principales, la reforma consideró diversos tópicos y olvidó entrar al estudio de otros, entre ellos, el tema de las indemnizaciones por incapacidades o muerte a causa de riesgos de trabajo. Igualmente, con un carácter secundario, abordó la regulación, impartición y administración de justicia de los denominados “conflictos individuales de seguridad social”, pese a que más del 52% de los juicios son en esta materia,² evadiendo el paso hacia una jurisdicción autónoma que las circunstancias actuales demandan.

Así, este trabajo plantea dos hipótesis con relación a dicha reforma legal: *a)* al conservar disposiciones indemnizatorias en los riesgos de trabajo propicia la evasión patronal de afiliar al trabajador al seguro social y la informalidad; por tanto, la desprotección de éstos, y *b)* da un tratamiento desigual, respecto de las prestaciones y vías para exigir las, según los afectados estén afiliados o no al Seguro Social.

Para lo anterior se contrasta la regulación de las indemnizaciones por riesgos de trabajo a la luz del fenómeno de la informalidad y, por ende, el empleo informal; se abordan las reformas que tienen como centro de aplicación la designación y determinación de beneficiarios, así como la vía para reclamar las prestaciones de quienes no fueron afiliados al Seguro Social; se analizan los cambios en torno a la regulación de los conflictos individuales de seguridad

¹ La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Federal de la Defensoría Pública, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y la Ley del Seguro Social.

² Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* el 4 de noviembre de 2016, p. 23.

dad social (aplicables a los asegurados), así como las reformas a las leyes de la materia, y, por último, se formulan algunas conclusiones.

II. LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO COMO PROMOTORA DEL TRABAJO INFORMAL

La reforma del 1o. de mayo de 2019 a la Ley Federal del Trabajo (LFT) mantiene las disposiciones en materia de “indemnizaciones por riesgos de trabajo” (en los supuestos de las incapacidades permanente parcial y total, así como por muerte) para las personas que indebidamente no fueron afiliadas por el patrón al Seguro Social.

Salvo las obligaciones patronales y de los trabajadores en materia de prevención de los riesgos de trabajo, así como seguridad y salud en el trabajo, lo relativo a las prestaciones de naturaleza médica y económica, deberían regirse únicamente por la Ley del Seguro Social (LSS), ya que dichos temas se encuentran mejor regulados en ésta y, en caso de controversias, tal como está actualmente la ley laboral y hasta que no exista una jurisdicción propia para estos asuntos, tendrían que tramitarse en los conflictos individuales de seguridad social, pues en ambos casos se obtendrían las prestaciones en especie —cuya finalidad es la recuperación de la salud y la rehabilitación del trabajador— y las prestaciones económicas —reflejadas en la falta de dinero— conforme a la LSS.

Asimismo, se evitaría que la ley laboral fomentara la evasión y el empleo informal, pues en términos del artículo 15 de la LSS es obligación del patrón afiliar a sus trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y, en caso de las incapacidades o indemnización por muerte, el trabajador o los beneficiarios, según corresponda, tendrán derecho a las prestaciones y pensiones correspondientes con base en dicha ley.³

No es responsabilidad del trabajador o de sus beneficiarios que el patrón no haya cumplido con su obligación de afiliarlo al Seguro Social, y, por tanto, no tiene por qué pagar las consecuencias de un trato diferenciado (asegurado *vs.* no asegurado), en donde las prestaciones económicas conforme a la LFT siempre serán infinitamente menores (previo trámite y éxito en el juicio respectivo) que con la LSS.

³ Ninguna de las iniciativas presentadas por los diversos grupos parlamentarios consideró la eliminación de las indemnizaciones de los riesgos de trabajo.

Por ejemplo, la indemnización por incapacidad permanente total, en la ley laboral, corresponde al importe de 1,095 días de salario, y por muerte, cinco mil días de salario. Además, dichas indemnizaciones están topadas al doble del salario mínimo, así si el afectado recibía un salario que excedía del doble del salario mínimo se considerará esa cantidad como salario máximo.⁴ Aunque tales indemnizaciones nunca compensarán el daño causado al trabajador o a sus beneficiarios. Con dicho tratamiento laboral se impide a los trabajadores o beneficiarios el otorgamiento de las pensiones y prestaciones económicas (aguinaldo, ayuda asistencial y asignación familiar), en términos de la LSS.

Los riesgos de trabajo, sus consecuencias (incapacidades o muerte) y, por consiguiente, sus reparaciones (indemnizaciones) después de ser sustraídos del Código Civil,⁵ se regularon por el derecho del trabajo, pero con el transcurso del tiempo se fueron desprendiendo de éste, cuando la teoría del riesgo social consideró que las consecuencias no podrían imputarse a un patrón o empresa determinados, sino a toda la sociedad, ya que al distribuir la responsabilidad con los recursos de toda la colectividad existirían fondos suficientes para que el trabajador no enfrentara el peligro de la insolvencia patronal.⁶ Esta idea quedó plasmada en el Convenio 102 “Norma Mínima de Seguridad Social”, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1952.

Asimismo, la doctrina y las leyes de seguridad social apuntaron hacia la misma dirección. En la exposición de motivos de la LFT, de 1970, se consideró que las normas sobre riesgos de trabajo tendrían un carácter transitorio, pues con la paulatina extensión del Seguro Social serían sustituidas por las disposiciones de la ley correspondiente, al representar una ventaja para superar la incierta insolvencia del patrón al pagar prestaciones de largo plazo, solución que resultaría más favorable para los trabajadores. La realidad es que el legislador, teniendo claro los defectos de la regulación y la gravedad de permanecer los riesgos de trabajo en el ámbito laboral, no quiso tomar la decisión.⁷ La doctrina en la materia señaló, en su momento, que uno de los te-

⁴ Artículos 486 y 502 de la LFT.

⁵ Conforme al Código Civil, el propietario o creador del riesgo debía responder de los efectos correspondientes, por ello, la teoría y jurisprudencia francesa de la responsabilidad objetiva, y principalmente la ley del 9 de abril de 1898, sustrajeron la regulación de los riesgos de trabajo de aquel derecho.

⁶ Cfr. Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1984, t. II; Almansa Pastor, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.

⁷ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 157.

mas que debía migrar hacia la seguridad social era, precisamente, la cobertura de las prestaciones en especie y en dinero de los riesgos de trabajo.⁸

Por lo anterior, en la actualidad no se justifica la regulación de las prestaciones de naturaleza médica y económica (indemnizaciones) por riesgos de trabajo (incapacidades o muerte) en la ley laboral, porque con ello se fomenta la evasión patronal frente al Seguro Social y, en ese sentido, la informalidad.⁹

Conforme a la OIT, el concepto de *empleo informal* se refiere a aquellos empleos que incluyen a asalariados, ya sea que estén empleados por empresas del sector formal e informal o por hogares en el carácter de trabajadores domésticos asalariados que no cuentan con prestaciones laborales ni de seguridad social.¹⁰ Tal y como lo señala la OIT, se refiere a todo trabajo que se realice sin contar con el amparo del marco legal o institucional, sin importar si la unidad económica que utiliza sus servicios son empresas o negocios no registrados de los hogares o empresas formales.¹¹

Por su parte, la economía informal abarca:

Al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto, es decir, las actividades de las personas o empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, o sea, *que si bien las personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o imponer costos excesivos.*¹²

En ningún caso, el concepto de economía informal comprende actividades ilícitas, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes. El trabajo en la economía informal puede realizarse en el sector formal e informal o en los hogares.

⁸ Plá Rodríguez, Américo, *Estudios de la seguridad social*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 325.

⁹ En un inicio, la literatura en la materia empleó el término *informalidad* para referirse a la gran diversidad de situaciones del empleo, que con el transcurso del tiempo hicieron surgir expresiones diferentes: economía informal, sector informal, empleo informal y el propio término *informalidad*, que en todos los casos se trata de temas multifacéticos y complejos.

¹⁰ OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 103a. reunión, 2014.

¹¹ OIT, *El empleo informal en México: situación actual, políticas y desafíos*, 2014, p. 4.

¹² OIT, Resolución sobre el trabajo decente y la economía informal, párrafo 3, Ginebra, 2002.

La OIT señala que el crecimiento de la economía informal se debe, entre otros factores,¹³ a la falta o indebidos marcos jurídicos e institucionales, así como a una buena gobernanza para la aplicación correcta y eficaz de las políticas y leyes.

Por otro lado, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) señala que los trabajadores subordinados, aunque laboran para unidades económicas formales, lo hacen bajo modalidades en las que se elude el registro ante el Seguro Social, fenómeno que cada vez gana más terreno en el país: el 56.3% de los trabajadores (30.9 millones) se ubicaron en la informalidad en el segundo trimestre de 2019.¹⁴

Desde el 2002, dada su magnitud, el fenómeno de la economía informal adquirió gran importancia en el debate internacional, al reconocerse que su incidencia representa un importante obstáculo para el desarrollo incluyente y el cumplimiento del Estado de derecho, de tal suerte que en 2015 dio lugar a la Recomendación 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal.¹⁵

Hacer efectiva la afiliación a la seguridad social de miles de trabajadores que se encuentran en la economía informal será un paso importante hacia el *trabajo decente*, definido por la OIT como:

...aquel productivo con remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para el trabajador y su familia, mejores perspectivas para el desarrollo personal y social, libertad para manifestar sus preocupaciones, se organicen en la toma de decisiones que afectan a sus vidas, así como la igualdad de oportunidades y de trato para mujeres y hombres.¹⁶

En concordancia con ello, en materia de prestaciones de naturaleza médica y económica por incapacidades permanente parcial o total, o la muerte, por riesgos de trabajo, sólo deben aplicarse disposiciones de la LSS, considerando que aun en los casos en que el trabajador fallecido no hubiera estado afiliado al IMSS, los beneficiarios tendrán los derechos correspondientes en los términos de la LSS y, en todo caso, el IMSS está facultado para actuar

¹³ También se debe a políticas macroeconómicas y sociales inadecuadas, ineficaces, encubiertas o mal aplicadas.

¹⁴ Inegi, comunicado de prensa núm. 399/19, 14 de agosto de 2019.

¹⁵ Adoptada en la 104a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 12 de junio de 2015.

¹⁶ Cfr. OIT, *Trabajo decente y juventud en América Latina. Políticas para la acción*, Lima, 2007.

en contra del patrón omiso financiando incluso los capitales constitutivos respectivos; esto es, exigiendo el pago de las prestaciones en especie y dinero (asistencia médica; hospitalización; medicamentos y material de curación; servicios auxiliares de diagnóstico y de tratamiento; intervenciones quirúrgicas; aparatos de prótesis y ortopedia; gastos de traslado del trabajador accidentado, y pago de viáticos, en su caso; subsidios; gastos de funeral, cuando aplique; indemnizaciones en sustitución de pensión, en los casos que proceda, valor actual de la pensión y el 5% por gastos de administración) cuando el riesgo ocurra sin que el patrón haya inscrito al trabajador en el régimen obligatorio del Seguro Social.¹⁷

De esta forma, la aplicación de una sola ley, y el mismo procedimiento para asegurados y no asegurados (indebidamente al IMSS), reivindicarán los derechos de estos últimos.

III. DESIGNACIÓN DE BENEFICIARIOS EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

La reforma del 1o. de mayo de 2019 a la LFT comprendió, entre otros temas, una nueva fracción al artículo 25 (X), relativo al contenido del contrato individual del trabajo.

En la nueva fracción X de dicho precepto, se establece la obligación de que el escrito en donde consten las condiciones de trabajo el trabajador designe a los beneficiarios a los que refiere el artículo 501 de esta ley; para el pago de los salarios y prestaciones devengadas y no cobradas a la muerte de los trabajadores, o las que se generen por fallecimiento o desaparición derivada de un acto delincuenciales.

Al respecto, cabe señalar que las diversas iniciativas del grupo parlamentario del partido Movimiento Regeneración Nacional (Morena)¹⁸ no consideraron ninguna reforma a este precepto. Sin embargo, la adición de esta fracción, en cierta forma, tiene origen en la iniciativa presentada el 7 de diciembre de 2017 por dos senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI) ante la Cámara de Senadores.

En dicha iniciativa, la adición correspondía a la fracción IX y se correlacionaba con el artículo 501, donde se privilegiaba la voluntad del trabajador

¹⁷ Conforme al artículo 79 de la LSS.

¹⁸ Iniciativas del 22 de diciembre de 2018, 3 y 15 de enero de 2019.

para designar beneficiarios a fin de trascender más allá de su propia vida y, a falta de designación, se consideraría a los beneficiarios legales. Con lo anterior se contrariaba el espíritu del derecho social, donde la voluntad del trabajador resulta inoperante al existir razones fundamentales para excluirla como factor determinante de los derechos de los beneficiarios, porque su finalidad es la protección de la familia.

Si bien la fracción adicionada (X, del artículo 25) no deja la designación de los beneficiarios a la libre voluntad del trabajador, a futuro puede causar problemas si los beneficiarios designados en su momento no corresponden con los que existan al momento de demandar las prestaciones derivadas de la eventualidad ocurrida al trabajador.

IV. DETERMINACIÓN DE BENEFICIARIOS

Las reformas al artículo 501 establecen los supuestos para la determinación de beneficiarios por: *a)* muerte por riesgos trabajo, y *b)* desaparición derivada de un acto delincuencial.

La desaparición derivada de un acto delincuencial se incorporó a LFT debido a las reformas a diversas disposiciones de ésta¹⁹ con motivo de la expedición de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de junio de 2018,²⁰ en la que diversos artículos comprenden la situación del trabajador en calidad de persona desaparecida.

1. *Prelación de beneficiarios*

Dentro de los aspectos positivos de las reformas en materia de designación de beneficiarios, directos o indirectos, se encuentran los establecidos en el artículo 501:

¹⁹ Se reformaron los artículos 474, primer párrafo; 500, primer párrafo; 501, primer párrafo; 502 y 503, párrafo primero y fracciones I y II; se adicionaron los artículos 132, con una fracción XXIX; 133, con una fracción XVI; 141, con un segundo párrafo a la fracción I, y un segundo párrafo a la fracción III, recorriéndose en su orden el actual segundo párrafo de esta última fracción para quedar como párrafo tercero, y 477, con una fracción V.

²⁰ También fueron reformadas diversas disposiciones: la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 constitucional; la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; la Ley de Instituciones de Crédito, y la Ley Agraria.

- La ampliación del derecho como beneficiario directo para recibir indemnización a los hijos menores de 18 años y mayores de esa edad hasta los 25 años si se encuentran estudiando en un plantel del sistema educativo nacional.
- La eliminación como regla general de la investigación como requisito para acreditar la dependencia económica por parte de los beneficiarios, así como la condición del 50% de incapacidad del viudo.
- La supresión del supuesto de que sólo podía acudir cualquier persona que fuera dependiente económicamente del trabajador a falta del cónyuge supérstite, esto significa que se podrá acudir, aunque exista dicho cónyuge, pero en este caso se deberá acreditar la dependencia económica.

Sin embargo, no se previeron las reformas respectivas a la LSS para homologar y hacer extensiva la ampliación de la edad a 18 años a los hijos de los asegurados y la eliminación del requisito de la dependencia económica en los diversos supuestos respecto de los que sí están bajo la protección de dicha ley.

Por otro lado, el artículo 501 continúa conservando algunos aspectos que van en contra de los principios de la seguridad social y de los derechos humanos, a saber:

- La exigencia de la incapacidad del 50% o más del hijo mayor de edad. Esto es contrario a lo dispuesto en la LSS al no establecer porcentaje alguno. Así, este supuesto es grave ya que establece mayores requisitos a los hijos discapacitados de un trabajador que no fue afiliado al IMSS.
- La terminología es obsoleta y contraria a los derechos humanos, al emplear los conceptos de *viuda* y *viudo* de la familia tradicional correspondiente a personas de sexos diferentes entre sí. Esta terminología ha sido superada por los criterios judiciales del Alto Tribunal al considerar que se violan los derechos a la igualdad y no discriminación, a la familia y a la seguridad social de las parejas integradas por personas del mismo sexo.²¹ Sirve de referencia la tesis siguiente:

²¹ Tesis 2a IX/2017 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. II, marzo de 2017, p. 193, registro: 2013788; Tesis 2a.XXIV/2019 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. II, abril de 2019, p. 1348, registro: 20196649; Tesis 1.3o.T.21 L (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, mayo de 2014, p. 2127, registro: 2006461; Tesis XVII.20.P.A.31 A (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, agosto de 2018, p. 2998, registro: 2017763.

SEGURIDAD SOCIAL. LAS NORMAS QUE CONDICIONAN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES EN ESTE ÁMBITO A QUE SE TRATE DE MATRIMONIOS O CONCUBINATOS CONSTITUIDOS POR PERSONAS DE SEXOS DIFERENTES ENTRE SÍ, VIOLAN LOS DERECHOS A LA IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PROTECCIÓN A LA FAMILIA.

Dado que el derecho a la seguridad social a favor del trabajador suele incluir en forma extensiva a los familiares de aquel, entre los cuales están los parientes por afinidad que incluyen al cónyuge o concubino(a) del trabajador(a), entonces, en principio, para acceder a esas prestaciones basta demostrar la calidad de cónyuge o concubino(a) respecto del trabajador(a); sin embargo, si las normas respectivas condicionan el acceso a esos beneficios a fórmulas que impliquen la diferencia de sexo entre el trabajador(a) y su cónyuge o concubino(a) —como ocurre al usar expresiones como “la cónyuge del trabajador”, “el cónyuge de la trabajadora”, “la concubina del trabajador” o “el concubino de la trabajadora”—, esas normas son violatorias de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la familia y la seguridad social, en razón de estar construidas sobre estructuras gramaticales referidas a un modelo de familia generado a partir de un concepto restringido (a pesar de que el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene un concepto amplio) y, por tanto, impedir el acceso a la seguridad social a las parejas del mismo sexo, quienes gozan de los derechos a la seguridad social cuando constituyeron un matrimonio o concubinato.²²

2. Investigación para el pago de indemnización en caso de muerte por riesgos de trabajo o desaparición por actos delincuenciales

El artículo 503, que regula la investigación para determinar a los dependientes económicos del trabajador con derecho al pago de la indemnización correspondiente, en caso de muerte por riesgos de trabajo o por la desaparición por actos delincuenciales, sufrió cambios mínimos:²³

— Se amplió el plazo a 72 horas para practicar la investigación por el inspector del Trabajo o el Tribunal (cuando antes dicho plazo era de 24 horas).

²² Tesis 2a.XXIV/2019 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, décima época, t. II, abril de 2019, p. 1348, registro: 20196649.

²³ Además del cambio en algunas denominaciones: Tribunal en lugar de Junta de Conciliación y Arbitraje, así como resolución por laudo.

- Los beneficiarios deberán comparecer ante el Tribunal en los 30 días *naturales* a ejercitar sus derechos.
- Se seguirá el procedimiento especial individual, concluida la investigación. Tema que a continuación se analiza.

V. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA DESIGNACIÓN DE BENEFICIARIOS

La reforma a la LFT dividió el procedimiento especial en dos rubros: *a)* conflictos individuales, y *b)* conflictos colectivos. Los primeros están regulados en los artículos del 892 al 896, y los segundos del 897 al 897-G.

A su vez, el procedimiento especial individual se subdivide en tres: *a)* procedimiento especial general; *b)* procedimiento especial para la designación de beneficiarios del trabajador fallecido, con independencia de la causa del deceso, o desaparecido por un acto delincencial, y *c)* procedimiento especial para la atención de los conflictos en materia de seguridad social. En la exposición de motivos de la iniciativa del 3 de enero de 2019 se adujo que se brindaba mayor precisión y certeza a los procedimientos especiales, entre ellos, los relativos a las demandas para designación de beneficiarios, así como los conflictos de seguridad social.²⁴

1. *Generalidades del procedimiento especial individual general*

El procedimiento especial general comprende la tramitación de diversos conflictos.²⁵ Si bien cada uno de éstos se tramitará conforme a las circuns-

²⁴ Letra “y” del numeral 4 de la Iniciativa del grupo parlamentario de Morena, del 3 de enero de 2019.

²⁵ Jornada inhumana (5-III); aprobación por parte del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral de las condiciones de trabajo y fianza por los servicios de trabajadores mexicanos fuera de la República (28-III); renta de habitación (151); capacitación y adiestramiento (153-X); determinación de antigüedad (158); pago de prima de antigüedad (162); repatriación de trabajadores de buques (204-IX); terminación de la relación de trabajo por siniestro del buque (209-V); pago de salarios por recuperación de los restos del buque o de la carga (210); repatriación de tripulación aeronáutica (236); pago de indemnización por riesgos de trabajo (484); pago de la indemnización en los casos de muerte o desaparición derivada de actos delincuenciales, por riesgo de trabajo (503); designación de médicos de la empresa (505); así como los conflictos que tengan por objeto el cobro de prestaciones que no excedan del importe de tres meses de salarios, la designación de beneficiarios del trabajador fallecido, con independen-

tancias particulares que por su naturaleza se deban regir, en cuanto a su substanciación y reglas del procedimiento ordinario aplicables en cada caso, dicho procedimiento adquiere características nuevas, a saber:

- Se privilegiará la substanciación en línea, salvo la imposibilidad material para ello y sin detrimento de los derechos de los trabajadores, asegurados y beneficiarios.
- Se empleará el sistema de videoconferencia para las prevenciones o aclaraciones cuando sea necesario para emitir el auto de depuración.²⁶
- Se observarán las disposiciones en materia de pruebas y procedimiento ordinario en lo que sea aplicable.

2. *Procedimiento especial individual para designación de beneficiarios*

A. *Procedencia*

El procedimiento está regulado en los artículos 892, 893 y 896 de la ley, y es aplicable a la designación de beneficiarios por muerte por riesgos de trabajo u otra circunstancia, así como la desaparición por acto delincuencia. El supuesto de muerte está exento de agotar la instancia conciliatoria prejudicial, ya que se encuentra previsto en el artículo 685 Ter, fracción II, de la ley.

Si bien en el texto del artículo 892, relativo al procedimiento especial, no se hace mención al artículo 115, en cierta forma, bajo el supuesto de “muerte por otra circunstancia” encontraría atención a lo establecido en dicho precepto, que dispone: “Los beneficiarios del trabajador fallecido tendrán derecho a percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios, sin necesidad de juicio sucesorio”.

Desde su versión original en 1970, el artículo 115 no precisó quiénes serían los beneficiarios de los trabajadores fallecidos por cualquier causa, por lo que, en la práctica, por analogía se aplicó lo dispuesto por el artículo 501, el cual forma parte del Título Noveno, relativo a los riesgos de trabajo.

cia de la causa del deceso, o desaparecido por un acto delincuencia, y los conflictos en materia de seguridad social.

²⁶ Conforme al Acuerdo General 74/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece la videoconferencia como un método alternativo para el desahogo de diligencias judiciales.

Igualmente, el artículo 115 tampoco indicó el procedimiento a seguir en este supuesto, por lo que en la práctica también se aplicó por analogía el *procedimiento especial* regulado en el Capítulo XVIII del Título Catorce (relativo al derecho procesal del trabajo), en atención a que en el artículo 892 se incluye la mención del artículo 503, que se refiere a la investigación para determinar a las personas beneficiarias del trabajador fallecido por riesgo de trabajo. Por tanto, lo conveniente sería incluir el artículo 115 en el texto del artículo 892, relativo al procedimiento especial.

B. *Substanciación*

El procedimiento especial individual para la designación de beneficiarios por muerte por riesgo de trabajo, otra circunstancia y desaparición por acto delictual, comprende el desarrollo de diversas etapas específicas, según exista o no controversia:

a. Sin controversia entre los interesados

- a) *Demanda*. El procedimiento comienza con la demanda, la cual deberá incluir las pruebas a fin de cumplir con los requisitos de los artículos 872 y 873 A.
- b) *Tribunal*. La autoridad laboral iniciará el procedimiento de investigación previsto en el artículo 503, para lo cual solicitará al patrón los nombres y domicilios de los beneficiarios registrados ante él y en las instituciones oficiales; ordenará, en su caso, diligencias o empleará los medios de comunicación que estime convenientes para convocar a los dependientes económicos a ejercer sus derechos, en términos del artículo 896, y correrá traslado al demandado.
- c) *Contestación*. En términos del artículo 893, se deberá contestar la demanda dentro de los 10 días siguientes al emplazamiento. El demandado podrá objetar las pruebas de la parte actora con el apercibimiento de que de no hacerlo se tendrán por admitidas las peticiones del actor.
- d) *Vista a las partes*. La parte actora tendrá tres días para formular su réplica respecto de la contestación y para objetar pruebas de la contraria. La parte demandada desahogará la vista de la parte actora; tendrá tres días para realizar su contrarréplica.

- e) *Auto de depuración*. Se depurará el procedimiento y resolverán las excepciones dilatorias; se establecerán los hechos no controvertidos, y se admitirán o desecharán las pruebas ofrecidas por las partes, según sea el caso. Este auto procederá al no existir controversia, y como puede observarse, su emisión aborda los aspectos que comprende la audiencia preliminar del procedimiento ordinario.
- f) *Alegatos y sentencia*. Las partes tendrán un plazo de cinco días para formular alegatos por escrito, y vencido éste se dictará sentencia.

b. Controversia entre los interesados

Cuando en el asunto exista controversia, además de agotar los incisos señalados anteriormente, del a) hasta el d), comprenderá las siguientes etapas:

- *Audiencia preliminar*. Se celebrará dentro de los 10 días siguientes al desahogo de las vistas a las partes, y se llevará a cabo conforme al artículo 873 F (procedimiento ordinario).
- *Audiencia de juicio*. Se desahogará en los términos previstos para el procedimiento ordinario.²⁷
- *Resolución*. El tribunal dictará su resolución tomando en cuenta los alegatos y pruebas aportadas por las personas que ejercitaron derechos derivados de las prestaciones que generó el trabajador fallecido.

De lo expuesto hasta aquí se desprenden reglas generales para el procedimiento especial individual, y reglas específicas para el procedimiento de designación de beneficiarios, según exista o no controversia.

VI. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE SEGURIDAD SOCIAL

1. *Inconsistencias legales*

Los conflictos individuales de seguridad social se introdujeron a la LFT con la reforma del 30 de noviembre de 2012, después de tantos años en que la academia había cuestionado la competencia de la Junta Federal de Conci-

²⁷ Artículos 873-H y 873-I.

liación y Arbitraje para conocer de las controversias entre los asegurados y beneficiarios contra el IMSS.

En 2012 estos conflictos, con falta de técnica legislativa, quedaron comprendidos en la denominada “Sección Primera” del Capítulo XVIII, “Del procedimiento especial”, cuando el capítulo no está dividido en secciones.

La iniciativa del 3 de enero de 2019 del grupo parlamentario de Morena subsanaba la deficiencia de la reforma de 2012, al dividir el capítulo “Del procedimiento especial” en dos secciones: la primera, para las disposiciones generales aplicables a los casos previstos en el artículo 892, y la segunda, para los conflictos individuales de seguridad social. Asimismo, establecía un procedimiento, pero no fue tomado en cuenta en la redacción final.

Así, la reforma del 1o. de mayo de 2019 conservó y aumentó la deficiencia de la reforma de 2012, porque a pesar de que el Capítulo XVIII, “Del procedimiento especial”, no fue dividido en secciones, el artículo 899-E dispone: “En el procedimiento se observará lo establecido en la *sección primera* de este capítulo” (*sic*).

Lo anterior significa que, si bien no se consideró la propuesta total del grupo parlamentario de Morena, indebidamente se conservaron algunas ideas de ésta, como es el párrafo que remite al procedimiento. Entonces, es propiamente el artículo 899-E el que fue reformado en su totalidad, y a lo largo de sus párrafos contiene otras incongruencias, como el hecho de señalar indistintamente una “audiencia preliminar” o “audiencia preparatoria” (*sic*), sin precisar si se trata de lo mismo o, en su caso, en qué consiste cada una.

Otra inconsistencia legal se desprende de la definición de los conflictos individuales de seguridad social prevista en el artículo 899-A:

...los que tienen por objeto reclamar el otorgamiento de prestaciones en dinero o en especie, derivadas de los diversos seguros que componen el régimen obligatorio del Seguro Social, organizado y administrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, y de aquellas que conforme a la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, deban cubrir el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y las Administradoras de Fondos para el Retiro, así como las que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-ley que contengan beneficios en materia de seguridad social.

Es el caso que el artículo 685 Ter establece que quedan exceptuados de agotar la instancia conciliatoria, cuando se trate de conflictos inherentes a:

“III. Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo” (*sic*).

Además de que no se corresponden con los nombres de los seguros del régimen obligatorio de la LSS, se hace alusión a riesgos de trabajo y a accidentes de trabajo, cuando estos últimos quedan comprendidos en los primeros.

Los conflictos que sí tendrán que agotar la conciliación prejudicial son los relativos al seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, que están a cargo de las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore).

2. *Substanciación*

Como se había señalado, el artículo 899-A dispone que en este tipo de conflictos se observará lo establecido en la sección primera del capítulo; cuando en realidad la remisión tendría que haber sido al procedimiento especial general.²⁸

El artículo 899-A, en su párrafo segundo, señala que en materia de riesgos de trabajo o enfermedades generales, además de las reglas del procedimiento (especial general),²⁹ se sujetará a las siguientes:

- *Auto de citación*. Se citará a audiencia preliminar cuando lo planteado en la demanda exija la designación de peritos. En dicho auto se designará al perito o peritos médicos oficiales necesarios. Para ello, el Tribunal notificará a los peritos.
- *Audiencia preliminar*. Tendrá que realizarse dentro de los 10 días siguientes al desahogo de las vistas a las partes. En ella se depurará el procedimiento y se resolverán las excepciones dilatorias planteadas por las partes; se establecerán los hechos no controvertidos; se admitirán o desecharán las pruebas ofrecidas por las partes, según sea el caso, y se citará para audiencia de juicio.
- *Aceptación y protesta del cargo de perito*. Dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la “audiencia preparatoria” (*sic*). Para lo cual el Tribu-

²⁸ Respecto de la autoridad jurisdiccional, los artículos 899-A, 899-B, 899-C, 899-D y 899-F sufrieron cambios únicamente de denominación al incluir Tribunal en lugar de Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

²⁹ Demanda y pruebas, emplazamiento y contestación, vista a las partes y audiencia preliminar.

nal prevendrá las medidas conducentes para que se proteste el cargo en el término señalado, se soliciten los requerimientos para la elaboración del dictamen y se emita éste o se determine el nexo causal cuando se trate de riesgos de trabajo, y notificará al trabajador para que se presente a los estudios médicos o diligencias. Si la parte actora no acude a las diligencias o abandona los estudios ordenados, se decretará la deserción de la prueba, salvo las causas justificadas previstas en el artículo 785 de la ley.

- *Audiencia de juicio*. Se llevará a cabo dentro de los 30 días siguientes a la celebración de la “audiencia preparatoria” (*sic*) y en ella:
- Se recibirán los dictámenes periciales con citación de las partes.
 - Si se trata de la pericial médica, las partes podrán acompañarse de un especialista en medicina para formular observaciones, o el Tribunal podrá formular preguntas al perito oficial que comparezca a la audiencia.
 - En el desahogo de la pericial médica se estará dispuesto a los artículos 822-826 (ofrecimiento y desahogo de la prueba pericial).
 - Se apercibirá a las partes, que en caso de no comparecer perderán su derecho a formular preguntas u observaciones.
 - Las partes podrán acompañarse de un asesor que los auxilie en el desahogo del interrogatorio.

Como puede apreciarse, el procedimiento especial para los conflictos de seguridad social sigue la mecánica general en cuanto a demandas y pruebas y tipología de audiencias, aunque los plazos son menores.

3. *Participación de diversas instancias*

El procedimiento para los conflictos individuales de seguridad social prevé la intervención de diversas instancias públicas, a saber:

- *Consejo de la Judicatura Federal*. El artículo 899-G establece como obligación de este Consejo: integrar un cuerpo de peritos médicos oficiales especializados en medicina del trabajo y áreas afines, los cuales estarán adscritos al Poder Judicial de la Federación.
- *Instituciones públicas de salud*. Deberán designar peritos médicos cuando sean solicitados por el Tribunal en caso de que la carga de trabajo o el

nivel de especialización³⁰ así lo requieran. En todo caso, deberá garantizarse que el perito designado no tenga conflicto de intereses.

- *Instituciones de seguridad social.* El artículo 899-E establece la obligación para las instituciones de seguridad social de poner a disposición de los tribunales una plataforma informática para acceder a sus bases de datos a fin de esclarecer los hechos controvertidos.

Respecto de la intervención de estas instancias, puede señalarse como positivo la integración de un cuerpo de peritos médicos oficiales, la designación de los peritos por parte del Tribunal, la posibilidad de dejar a salvo el derecho de las partes para asesorarse del especialista, así como las diversas medidas para agilizar la tramitación de los exhortos y otras diligencias que suelen retrasar los juicios.

Sin embargo, llama la atención haber incorporado una plataforma informática y su empleo en el litigio, cuando en la actualidad se carece de disposiciones específicas para la utilización y protección de los datos personales de los trabajadores³¹ (o en su caso, asegurados y beneficiarios), y la reforma a la LFT no previó la regulación de este tema, el cual desde hace tiempo la academia ha reclamado su reglamentación y armonización con las leyes en la materia (Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

De aquí la necesidad en avanzar en la elaboración de las normas en este rubro, y, sobre todo, se hace necesario regular el empleo y manejo de la plataforma informática en el tratamiento³² y protección de los datos personales de los trabajadores, en general, y los datos sensibles,³³ en especial el expediente

³⁰ Los peritos que por su alta especialidad se encuentren fuera del lugar de residencia del Tribunal podrán desahogar su dictamen utilizando los medios electrónicos disponibles para no retrasar el procedimiento.

³¹ Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información.

³² Cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas mediante procedimientos manuales o automatizados aplicados a los datos personales, relacionadas con la obtención, uso, registro, organización, conservación, elaboración, utilización, comunicación, difusión, almacenamiento, posesión, acceso, manejo, aprovechamiento, divulgación, transferencia o disposición de datos personales.

³³ Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos

clínico, así como la seguridad personal y laboral, vida privada e integridad de los asegurados y sus beneficiarios (más de 80 millones afiliados al IMSS), y con ello evitar su mal uso con consecuencias negativas para éstos.

Si bien en aras de avanzar en el contexto del mundo digital, tendientes a una mayor eficiencia y eficacia, así como en la reducción de costos en la obtención de los informes realizados por las instituciones de seguridad social, lo cierto es que ante la nula regulación y protección de los datos personales del trabajador, la plataforma informática podría prestarse para el uso de información no relativa a las controversias en la materia, y con eso se atentaría contra los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, pues, en algunos casos, los responsables sólo podrán realizar el tratamiento de datos personales de los asegurados y beneficiarios si éstos han otorgado su consentimiento.

VII. REFORMAS A LAS LEYES DE SEGURIDAD SOCIAL Y ARTÍCULOS TRANSITORIOS EN LA MATERIA

1. *Ley del Seguro Social*

La LSS sufrió cambios de denominaciones en cuatro artículos, de los cuales, en tres de ellos, se refiere a la sustitución de tribunales federales en materia laboral en lugar de Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

- *Artículo 49.* En los términos establecidos por la LFT, cuando el asegurado sufra un riesgo de trabajo por falta inexcusable del patrón a juicio de los *tribunales federales en materia laboral*, las prestaciones en dinero que este capítulo establece a favor del trabajador asegurado se aumentarán en el porcentaje que los propios tribunales determinen en sus resoluciones. El patrón tendrá la obligación de pagar al Instituto el capital constitutivo sobre el incremento correspondiente.
- *Artículo 193, párrafo cuarto.* El artículo se refiere a los beneficiarios del trabajador titular de una cuenta individual del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, que pueden ser: los legales, los sustitutos y los previstos en orden de prelación en el artículo 501 de la LFT.

como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual.

A éstos últimos sujetos se refiere la modificación al cuarto párrafo del artículo 193, al disponer: “A falta de beneficiarios, dicha entrega se hará en el orden de prelación previsto en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo. Cualquier conflicto deberá ser resuelto ante los *tribunales federales en materia laboral*”.

- *Artículo 295*. Establece las instancias jurisdiccionales para resolver las controversias contra el IMSS: asegurados y beneficiarios *vs.* Instituto, ante los tribunales federales en materia laboral, y patrón *vs.* Instituto, ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.
- *Artículo 290, párrafo cuarto*. Se refiere a sustitución de patrón y las responsabilidades que se derivan. Aquí se sustituyó el término *laudo* por *resolución judicial*.

2. *Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores*

Esta ley también fue objeto de cambios en la denominación al incorporar a los tribunales federales en materia laboral en los artículos siguientes:

- *Artículo 23, fracción I, párrafo segundo*. El artículo se refiere a las atribuciones y facultades del director general del Instituto. En forma específica, la fracción I, segundo párrafo, otorga la facultad para delegar la representación. La reforma a dicho párrafo consiste en las instancias ante las que puede proceder la delegación: Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y/o tribunales federales en materia laboral. “El director general podrá delegar la representación, incluyendo la facultad expresa para conciliar ante el *Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y/o, así como ante los tribunales federales en materia laboral*, así como otorgar y revocar poderes generales o especiales”.
- *Artículo 53, párrafos primero y tercero*. Se refiere a la instancia jurisdiccional para tramitar las controversias entre los trabajadores o sus beneficiarios y el Instituto. También serán los tribunales federales en materia laboral.

3. *Artículos transitorios en la materia*

Dentro de las disposiciones transitorias, destacan los artículos con temas importantes y actuales.

Mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC)

El transitorio décimo noveno establece disposiciones para la conclusión de conflictos de seguridad social en los términos siguientes: “Los institutos de seguridad social deberán adoptar las disposiciones para instaurar instancias internas para la autocomposición de los conflictos”.

Este artículo transitorio pretende enfrentar lo que es del conocimiento público; que en materia de seguridad social los organismos y entidades de la Administración Pública suelen agotar todas las instancias en las juntas de conciliación y arbitraje, sin opción de aplicar medios alternativos de solución de controversias aun cuando existan circunstancias técnicas que permitan presuponer, con un alto grado de probabilidad, que se obtendrá una resolución desfavorable. Esto obedece a que el sistema de responsabilidades de servidores públicos los obliga a proceder litigiosamente, lo que produce, en ocasiones, una innecesaria prolongación de los juicios, incrementándose los costos.

Tal transitorio va en la misma tendencia del decreto por el que se establecen las acciones administrativas que deberá implementar la Administración Pública Federal para llevar a cabo la conciliación o la celebración de convenios o acuerdos previstos en las leyes respectivas como medios alternativos de solución de controversias que se susciten con los particulares, publicado el 29 de abril de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*.

4. Plataforma informática

El transitorio vigésimo sexto, al referirse a la plataforma informática en materia de seguridad social para consulta del tribunal (899-E), establece:

- Las bases de datos deberán estar vinculadas entre sí y concentrarse en dicha plataforma para consulta inmediata del Tribunal que lo requiera.
- Las instituciones de seguridad social y los poderes judiciales federales y locales suscribirán los acuerdos de colaboración necesarios para la adecuada operación de la plataforma, así como para la protección de los datos personales que concentre.
- La plataforma entrará en operación en un plazo no mayor a dos años posteriores a la entrada en vigor de la reforma, por lo que las instituciones de seguridad social deberán tomar las medidas apropiadas para su instrumentación en el plazo requerido.

Insistimos en la necesidad de regular la protección de los datos personales laborales a fin de armonizar la utilización de la plataforma informática en la salvaguarda personal y laboral de los asegurados y beneficiarios.

VIII. CONCLUSIONES

La seguridad social como derecho humano cada vez cobra mayor importancia porque la realidad muestra que el trabajo típico o tradicional es, cada vez, menos frecuente. Por su parte, el empleo informal, así como las nuevas formas de empleo, denominadas “atípicas” —entre otras, las derivadas de la economía colaborativa o economía del trabajo esporádico: ejemplo, Uber—, donde el empleador se vuelve indirecto o invisible o desaparece, con lo cual se desvanece cualquier posibilidad de atribuir responsabilidades, cobran fuerza. Asimismo, exigirá mayor atención en su justiciabilidad, aspectos a los cuales la reforma a la LFT no sólo no da respuesta, sino que establece un tratamiento desigual y diferenciado para los trabajadores.

Por el momento, dos pasos resultan capitales: el primero, sustraer las prestaciones por incapacidades y muerte por riesgo de trabajo de la ley laboral para pasarlas a la norma de la materia: LSS, como en su debido tiempo la doctrina vislumbró. Si fue posible extraer el tema del derecho civil, ¿por qué no hacerlo del derecho del trabajo, cuando existe una regulación al respecto desde hace casi 80 años?

Un segundo paso implicará la creación de una jurisdicción autónoma: tribunales en seguridad social, porque la materia es bastante compleja y diversas instituciones jurídicas resuelven los asuntos de esa naturaleza (juntas de conciliación y arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje o el Tribunal Federal de Justicia Administrativa). En su mayoría, los juicios que se ventilan ante esas instancias son en materia de seguridad social; es decir, éstas no responden a las funciones para las que fueron diseñadas. El derecho de la seguridad social ha pasado a ser una disciplina autónoma que debe regirse por sus propias normas sustantivas, procesales, y contar con el personal especializado, entre otras cosas.

Por último, la protección de los trabajadores en la realidad cambiante del empleo demanda avanzar hacia legislaciones laborales y de seguridad social de vanguardia que protejan a todo tipo de trabajador, además de lo que se vislumbra con la industria 4.0 (digitalización y robotización), a efecto de evitar las zonas grises o lagunas en perjuicio de éstos.

IX. FUENTES DE CONSULTA

- ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1984, t. II
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, 1o. de mayo de 2019.
- GACETA PARLAMENTARIA, Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, Cámara de Diputados, en nombre del Grupo Parlamentario de Morena, año XXII, núm. 5188-II, 3 de enero de 2019.
- INEGI, comunicado de prensa núm. 399/19, 14 de agosto de 2019.
- OIT, *El empleo informal en México: situación actual, políticas y desafíos*, 2014.
- OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 103a. reunión, 2014.
- OIT, Resolución sobre el trabajo decente y la economía informal, párrafo 3, Ginebra, 2002.
- OIT, *Trabajo decente y juventud en América Latina. Políticas para la acción*, Lima, 2007.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudios de la seguridad social*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.

¿POR UNA NUEVA ONTOLOGÍA EN EL DERECHO DEL TRABAJO? EL PENSAMIENTO DE MICHELE TIRABOSCHI*

FOR A NEW ONTOLOGY IN LABOR LAW?
MICHELE TIRABOSCHI'S THOUGHT

POUR UNE NOUVELLE ONTOLOGIE EN DROIT
DU TRAVAIL? LA PENSÉE DE MICHELE TIRABOSCHI

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA**

RESUMEN: En este artículo el autor desarrolla la línea de pensamiento de Michele Tiraboschi, que propone una revisión ontológica del derecho laboral basada únicamente en la subordinación y la protección del trabajador. Además, propone hacerlo considerando ambos elementos previos bajo la premisa de que el trabajo no es una mercancía; estudiar su pluralidad no sólo como *trabajo*, sino también como *labor*, y dentro del marco de la competencia y condición profesional, que va mucho más allá de la empleabilidad.

Palabras clave: derecho del trabajo, ontología, subordinación, tutela del trabajador, competencias, estatuto profesional.

ABSTRACT: In this article, the author develops Tiraboschi's line of thought, which proposes an ontological revision of labour law, based solely on subordinate and the worker's protection. Furthermore, proposing to do so by considering both previous elements under the premise that labor is not a commodity; to study its plurality not only as *work*, but also as *labor*, and within the frame of professional competence and status, which goes way beyond employability.

* Recibido el 16 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de Derecho del trabajo en la Facultad de Derecho de la misma universidad. asc@unam.mx.



Keywords: labour law, ontology, subordination, worker protection, professional competence and status.

RÉSUMÉ: Dans cet article, l'auteur développe la ligne de pensée de M. le Professeur Michele Tiraboschi, qui propose une révision ontologique du droit du travail, fondée uniquement sur la subordination et la protection du travailleur. En outre, proposer de le faire en considérant ces deux éléments préalables en partant du principe que le travail n'est pas une marchandise; étudier sa pluralité non seulement comme *travail*, mais aussi comme œuvre, et dans le cadre de la compétence et du statut professionnel, qui va bien au-delà de l'employabilité.

Mots clés: droit du travail, ontologie, subordination, protection du travailleur, compétence, statut professionnel.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El trabajo no es una mercancía.* III. *Una nueva ontología del trabajo en el discurso jurídico laboralista.* IV. *Del puesto de trabajo al workplace within: la profesionalidad como dimensión necesaria de la relación entre la persona y el trabajo.* V. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

La ontología se dedica al estudio del *ser*, la existencia y la realidad. Busca discernir sus generalidades y sus categorías fundamentales. Propósito de la obra del profesor Michele Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*,¹ quien reflexiona sobre el *ser* del derecho del trabajo en una sociedad post industrial.

La nueva ontología de la libertad del trabajo invita a entenderla como libertad de trabajo, libertad en el trabajo y libertad del trabajo. Entender el trabajo con mercado y el trabajo sin mercado o aún sin mercado. A quien trabaja en su pluralidad y espacios intermedios entre la dependencia y la independencia. Nociones que se conjugan de diferentes maneras entre ellas y que confluyen en el desarrollo de la profesionalidad —que va más allá de la empleabilidad— que, si bien escapa al derecho del trabajo, puede ser un puente de unión con él.

¹ Tiraboschi, Michele, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Italia, ADAPT University Press, 2019.

Es de resaltar que las reflexiones *ius* laborales que realiza Michele Tiraboschi en su obra parten de un análisis profundo de la doctrina y la filosofía, algo que le lleva a rescatar el alcance del trabajo a partir de las ideas de Hannah Arendt, quien distingue entre *trabajo*, *labor* y *acción*. De esta manera, las ideas rectoras del autor se desarrollan en tres grandes apartados: *i*) el trabajo no es una mercancía; *ii*) los criterios de una nueva ontología del trabajo en el discurso *ius* laboralista, y *iii*) la profesionalidad.²

II. EL TRABAJO NO ES UNA MERCANCÍA

La nueva ontología del derecho del trabajo, señala el autor, implica repensar sus técnicas de tutela para garantizar el justo equilibrio entre la protección de la persona y la eficacia del mercado, que no debe entenderse como una exaltación o negación del mercado. En un contexto en donde el trabajo es plural y variado, pero que no implique perder la centralidad de la persona. En ese sentido, la llamada crisis del derecho laboral se ha derivado de una lenta y profunda transformación económica y social que desafía los fundamentos del derecho laboral; es decir, su vieja ontología.

Para el autor en la dogmática del derecho del trabajo ha faltado una aproximación epistemológica del *trabajo* que, como concepto, sólo fue percibido como una categoría derivada de la primera Revolución Industrial, incapaz de dar cuenta de las formas multiformes del trabajo posfordista y de las formas emergentes de trabajo sin mercado o, en todo caso, sin todavía valor de mercado. Puesto que si bien el liberalismo, acertadamente, como lo ha señalado Franz Neumann, tiene el mérito de haber configurado el contrato de trabajo como un intercambio y la fuerza de trabajo como una mercancía, también tuvo culpa de haberlos configurado exclusivamente sólo como eso.

² Definir la profesionalidad es un ejercicio complicado por ser un concepto cuya naturaleza es ambivalente. Pietro Manzella, citando a Causarán (“Dimensioni e trasformazioni della professionalità”, en Cipriani A. *et al.*, *Il lavoro 4.0. La quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, pp. 159-174), señala que es al mismo tiempo “atributo del trabajo (prestación) y del trabajador (prestador de la obra)”. Se trata de la condición o el carácter profesional de la actividad y de quien la desarrolla, pero también la capacidad competente de este último. Véase Manzella, Pietro, *The Words of (Italian) Labour Law. Le parole del diritto del lavoro in lingua inglese: un percorso di lettura*, ADAPY University Press, 2019, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series núm. 82, p. 102, disponible en: https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52037/mod_resource/content/0/vol_82_2019_manzella.pdf (fecha de consulta: 19 de abril de 2020).

En la obra en reseña se señala que el derecho del trabajo ha sido un espacio de choque ideológico entre los garantes del orden capitalista y el mercado con aquellos que tienen una visión clasista y conflictiva del trabajo. Confrontación ideológica que para Italia ha tenido consecuencias letales en ilustres laboralistas italianos (Massimo D'Antona y Marco Biagi).

Tiraboschi indica que la tarea del derecho que regula el mercado de trabajo no es otra cosa que permitir un equilibrio o racionalización de los intereses en conflicto que contribuyen a la eficiencia, así como al logro de los objetivos de la justicia social y protección de la persona que solicita acciones sobre la distribución desigual de riqueza y poder en la sociedad. El derecho laboral encuentra entonces su fundamento de valor en la superación de una concepción liberal del trabajo previsto *sólo* como una mercancía y *también al considerar* a la persona que trabaja. Sin dejar de ser solamente una visión parcial persistir en continuar definiéndolo como un derecho unilateral de *tutela* de la persona implicada en una relación de trabajo *contra* el mercado y sin enfatizar que, al mismo tiempo, es un derecho de producción; o sea, una regulación de roles y formas de producir.

El autor nos especifica, citando a Napoli, que cualquiera que sea la impronta del derecho del trabajo, que varía en el tiempo según las condiciones políticas y las visiones económicas, el trabajo presupone siempre “lógica y ontológicamente... que existe una empresa. Y la empresa presupone el mercado”. Consideración que ciertamente no disminuye la dimensión de protección, sino que, más bien, insta a la búsqueda de puntos de convergencia entre trabajo y empresa, valorizando las competencias de las personas, su *professionalità* y participación activa en los procesos productivos.

El verdadero límite de una consideración puramente objetiva del trabajo se señala en el libro como un activo económico susceptible a un precio de mercado dentro de un sistema dado de relaciones económicas, y dicho límite radica, precisamente, en el valor de la dignidad humana de una persona, que, sin embargo, ya no debe entenderse como una figura abstracta, sino en su dimensión real, relacional e incluso profesional. Una persona que, por ende, puede ser objeto de interés para el discurso legal inclusive fuera de los espacios cada vez más estrechos de una relación laboral o contractual de intercambio y de mercado.

Para el autor, que el paradigma del derecho del trabajo haya sido el de excluir una consideración del trabajo —y por lo tanto de la persona que trabaja— como una mercancía (igual que todas las otras mercancías presentes en el mercado), lo demuestra la contribución de quienes han señalado el puente

entre derecho y economía; pero también, del plano normativo y el principio ético-jurídico en el que se basa desde hace un siglo la Organización Internacional del Trabajo.³

Con este principio fundacional, señala Michele Tiraboschi, no se ha querido acoger la crítica marxista al sistema de producción capitalista, sino que detrás de esta fórmula se esconde un proyecto de defensa de la soberanía de los diferentes Estados nacionales que, mediante el control del mercado de trabajo y la racionalización del sistema de producción y circulación de la riqueza, buscaban, con la normativa de regulación del trabajo y el reconocimiento del sindicato, resolver los conflictos y las tensiones sociales vinculadas al proceso de industrialización. Conflictos y tensiones que no sólo habían contribuido a desestabilizar las estructuras jurídicas del Estado nacional, sino que también habían contribuido a alimentar la Primera Guerra Mundial, de 1915 a 1918, y revoluciones como la bolchevique, de 1917. De ahí la conexión lógica e histórica en la definición de un orden jurídico sostenible del mercado de trabajo, entre los fundamentos jurídicos del capitalismo, la disciplina de la competencia entre las empresas, la normativa de (auto)protección y la promoción de la persona que trabaja. La esencia de la racionalidad jurídica en el trabajo es la de *una racionalidad de síntesis que absorbe la racionalidad económica dentro de un marco de referencia más amplio de reglas, principios y valores* a través de los cuales realizan —directamente o, más fácilmente, a través de los sistemas de relaciones laborales— una función fundamental y aún actual: la función de ofrecer una solución técnicamente razonable y socialmente sostenible a los problemas del trabajo en una economía de mercado.

En la obra, para evitar colocar la afirmación de que el trabajo no es una mercancía en una dimensión retórica o de conveniencia política, se señalan algunos de los temas centrales del trabajo, de las normas y del mercado: *a)* qué queda de la estabilidad en el empleo; *b)* qué se entiende por mercado laboral, qué se intercambia hoy en este mercado, suponiendo que sólo hay un mercado laboral y, en consecuencia, qué es el trabajo en las economías y sociedades modernas; *c)* cómo leer, en la relación entre la persona y el trabajo, el desafío del ingreso universal de ciudadanía y si esta novedad marca el comienzo de una transición de la economía del trabajo a la economía del subsidio; *d)* cómo se encuadra jurídicamente y qué tutela o reconocimiento

³ Inicialmente, con el Tratado de Versalles de 1919, el trabajo no debe considerarse simplemente como una mercancía o un artículo de comercio, y la consideración de que el trabajo no es una mercancía, que aparece en la declaración sobre los objetivos y metas de la OIT y sobre los principios que deben inspirar la acción de los Estados que forman parte de ella, adoptada el 10 de mayo de 1944 por la Conferencia Internacional del Trabajo de Filadelfia.

requiere un trabajo caracterizado por la debilidad, la precariedad y la fragilidad cuando se coloca fuera del trabajo asalariado y del trabajo productivo, es decir, el perímetro tradicional de la legislación laboral, y e) cómo lidiar con el problema emergente del no-trabajo, o sea, del trabajo sin mercado y, en general, del trabajo sin un valor de mercado.

III. UNA NUEVA ONTOLOGÍA DEL TRABAJO EN EL DISCURSO JURÍDICO LABORALISTA

El autor no pretende negar la importancia del trabajo asalariado y de la legislación que lo protege. Busca que se piense en el trabajo sin adjetivos: subordinado, independiente, para satisfacer un interés económico, o realizado fuera del ámbito de la producción con intereses no económicos (la formación, el trabajo socialmente útil o voluntario). Usar la frase *trabajo sin mercado* no debe significar excluir de la dimensión económica y de producción una amplia y visible gama de actividades y empleos, sino, por el contrario, debe provocar intencionalmente la aporía (dificultad lógica insuperable de un razonamiento o de su conclusión) que anida dentro de la discusión sobre el tema. Toda vez que la ausencia de lucro no significa ausencia de creación de un valor relevante para el derecho ni de un valor económico, y mucho menos negación del carácter profesional de un trabajo que, simplemente, se desarrolla de acuerdo con intereses y lógicas de justificación del valor de uso, que son diferentes y alternativas a las de los contratos que generan valor de intercambio mediado por el dinero.

Existen, señala el autor, actividades que escapan a la concepción tradicional de trabajo, como el trabajo de cuidados o el trabajo doméstico. Y es este último caso, el trabajo doméstico remunerado, un (no)mercado de trabajo que reclama nuevas formas de reconocimiento jurídico y de legitimación social. Porque en muchas ocasiones se ve como un trabajo no productivo, sin mercado, de cuidado y servicio, femenino, exclusivo de la mujer y, de un simple “hacer” una mera “actividad” con poca o ninguna calificación. Sin embargo, se caracteriza principalmente por mujeres inmigrantes empujadas por la miseria que afecta a sus países de procedencia, por las dinámicas de la globalización y que viajan a Italia para poder vivir.

Para Tiraboschi, el jurista debe tomar en serio el trabajo sin mercado o sin valor de mercado, no sólo por la enorme importancia que tienen estas actividades (*work/travail*) dentro de las dinámicas de los mercados transicio-

nales del trabajo, sino, además, por la urgencia de acompañar su aparición y la creación de un valor que sea reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico. Esto, sin duda, a través de una evaluación de los esquemas jurídicos y de las tipologías contractuales utilizables o concretamente utilizadas, pero, sobre todo, en la perspectiva de recomponer dentro de un marco normativo unitario los oficios, la movilidad del trabajo, la formación profesional y los canales de representación. Un marco jurídico-institucional en el que, en la mayoría de las veces, la representación del trabajo, la experiencia profesional y la protección van de la mano.

No obstante, lo que emerge es la pérdida definitiva de significado de la “distinción, siempre subrepticia, entre trabajo productivo y trabajo no productivo”. Al respecto, el Tribunal Constitucional italiano (30/1996) ha sostenido el contrato de trabajo, en el sentido de vincular la protección del trabajador a la prestación de que se trate; independientemente del tipo de contrato en el que se haya invocado, no responde al estado actual de nuestro ordenamiento jurídico.

Para el autor, hasta ahora en la dogmática del derecho laboral ha faltado un estatuto epistemológico del concepto de trabajo, que ha sido acogido como una categoría derivada —mecánicamente insertada en el contrato de trabajo, en su causa y en su objeto— de la literatura económica formada sobre los procesos de producción y creación de riqueza que han acompañado la construcción moderna del mercado de trabajo en la primera Revolución Industrial. Se ha girado alrededor de un deber ser jurídico gobernado por la subordinación, incapaz, en cuanto tal, de dar cuenta de casos como el trabajo de cuidados o del trabajo doméstico y de la multiforme realidad del trabajo postfordista, que va mucho más allá de las manifestaciones contractuales con que trabajan hasta ahora los laboristas, y de comprender los paradigmas de la cuarta Revolución Industrial, que ha llevado a superar no sólo la contraposición entre trabajo intelectual y trabajo manual, sino también la contraposición entre trabajador y empresario, ya que en cadenas de producción de valor algunas figuras de empresarios están sujetas a condiciones de debilidad contractual y dependencia económica respecto a la empresa que domina la cadena de valor.

Si bien el autor señala que no es propiamente el momento para la elaboración de una ontología de trabajo más receptiva, que permita construir una ruta interpretativa y de diseño útil para detener la tensión entre “trabajo-objeto” y “trabajo-sujeto” que ha tenido un gran impacto en la evolución del derecho del trabajo. Considera que no dejan de volverse aún más actuales que cuando

fueron escritas, en comparación con la literatura económica que enmarcó el trabajo en el mundo de la producción; las páginas dedicadas por Hannah Arendt a la distinción entre *trabajo*, *labor* y *acción*. Para Hannah Arendt⁴

...la vida activa no es solamente aquello a lo que están consagrados la mayoría de los hombres, sino también aquello de lo que ningún hombre puede escapar totalmente. Porque está en la condición humana que la contemplación permanezca dependiente de todos los tipos de actividades; depende de la labor que produce todo lo necesario para mantener vivo el organismo humano, depende del trabajo que crea todo lo necesario para albergar el cuerpo humano y necesita la acción con el fin de organizar la vida en común de muchos seres humanos de modo que la paz, la condición para la quietud de la contemplación, esté asegurada.

...

...y la primera cosa de la que se habrán dado cuenta es de mi distinción entre labor y trabajo, distinción que probablemente les ha sonado algo inhabitual, la trazo a partir de un comentario bastante despreocupado de Locke, quien habla de “la labor de nuestro cuerpo y el trabajo de nuestras manos” (los trabajadores son, en el lenguaje aristotélico, los que “con sus cuerpos subvienen las necesidades de la vida”). La evidencia fenoménica a favor de esta distinción es demasiado llamativa para ser dejada de lado, y, con todo, podemos constatar que, aparte de algunas observaciones dispersas y del importante testimonio de la historia social e institucional, casi no hay nada para avalarla.

En contra de esta falta de evidencia se presenta el hecho simple y pertinaz de que todas las lenguas europeas, antiguas o modernas, contienen dos palabras no relacionadas etimológicamente para la que hemos llegado a pensar como la misma actividad: de esta forma, el griego distinguía entre *ponéin* y *ergazesthai*, el latín entre *laborare* y *facere* o *fabricari*, el francés entre *travailler* y *ouvrer*, el alemán entre *arbeiten* y *werken*. En todos estos casos, los equivalentes de labor tienen una inequívoca connotación de experiencias corporales, de fatiga e incomodidad, y en la mayoría de los casos se usan significativamente para indicar los dolores de parto. Y el último en usar esta original conexión fue Marx, que definió la labor como la “reproducción de la vida individual”, y el engendrar, como la producción de una “vida ajena”, como la producción de las especies.

⁴ Arendt, Hannah, *De la historia a la acción*, introducción de Manuel Cruz, Barcelona/Buenos Aires/México, Paidós-I.CE. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 92-97.

Si dejamos de lado todas las teorías, especialmente las teorías modernas de la labor después de Marx, y seguimos solamente esta evidencia histórica y etimológica, es obvio que la labor es una actividad que corresponde a los procesos biológicos del cuerpo, esto es, como dijo el joven Marx, el metabolismo que compartimos con todos los organismos vivos. Por medio de la labor, los hombres producen lo vitalmente necesario que debe alimentar el proceso de la vida del cuerpo humano. Y dado que este proceso vital, a pesar de conducirnos en un progreso rectilíneo de declive desde el nacimiento a la muerte, es en sí mismo circular, la propia actividad de la labor debe seguir el ciclo de la vida, el movimiento circular de nuestras funciones corporales, lo que significa que la actividad de la labor no conduce nunca a un fin mientras dura la vida; es indefinidamente repetitiva. A diferencia del trabajo, cuyo fin llega cuando el objeto está acabado, listo para ser añadido al mundo común de las cosas y de los objetos, la labor se mueve siempre en el mismo ciclo prescrito por el organismo vivo, y el final de sus fatigas y problemas sólo se da con el fin, es decir, con la muerte del organismo individual.

Arendt considera que el *homo faber* es el hombre que ejerce la labor, el *homo laborans* el trabajador, y el hombre dotado de acción es el hombre capaz de salir en búsqueda de su emancipación.⁵

Por otro lado, el derecho del trabajo, señala el autor, tal como se ha desarrollado históricamente durante el siglo XX industrial, se indica en la obra que ha representado hasta hoy el trabajo (*labour/job*), entendido como actividad laboral que corresponde al desarrollo biológico del cuerpo humano, cuyo crecimiento espontáneo, metabolismo y desintegración final están relacionados con las necesidades producidas y alimentadas en el proceso vital por la misma actividad laboral; esa actividad que el hombre ejerce para su subsistencia y que, con el nacimiento de la economía capitalista, se enmarcará en la forma del trabajo asalariado. Del mismo modo, el trabajo asalariado y el derecho del trabajo han identificado también la *labor (work)* como la operada por nuestras manos, distinta del trabajo de nuestro cuerpo y dirigida a la fabricación del mundo artificial del hombre. La Revolución Industrial ha dado lugar, en gran parte, a la coincidencia de las dimensiones de *trabajo* y *labor*, mientras que la *labor* misma es hoy un concepto extensivo no sólo a la creación de manufacturas o a la participación en su proceso productivo, sino también a la de

⁵ Jaccottet Freitas, Gustavo, “La labor, el trabajo, la acción y la emancipación del ser humano para el goce de la condición humana en Hannah Arendt y Karl Marx”, *Prisma Jurídico*, São Paulo, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre de 2013, pp. 579-602.

servicios, especialmente si se producen a escala industrial. Y la economía clásica ha elevado a objeto único del trabajo, precisamente, a la *labor*, a menudo confundiéndola y superponiéndola, error que Arendt imputa a Marx y que podría extenderse a Smith y Ricardo; al *trabajo* como necesidad.

Sin embargo, existe una ulterior caracterización de la *vida activa*; es decir, la *acción* como actividad en la que el hombre se revela a sí mismo apareciéndose como hombre en relación con una alteridad. Una dimensión que a menudo se distingue del trabajo en sentido económico por ser típica del no trabajo, de la libertad y no de la necesidad. Pero el trabajo contemporáneo contiene en sí las semillas de la *acción* más que de la *labor*. Ya sea la dimensión relacional que emerge en el trabajo de cuidado y en el trabajo doméstico, como también en el trabajo profesional, el intercambio de formación y experiencia de vida del aprendizaje propio de un sistema dual de formación y trabajo y de la pasantía genuina, el altruismo del trabajo en el tercer sector, en el asociacionismo y en el voluntariado cuando existe un verdadero arraigo en la sociedad civil, pero también en los trabajos más creativos del universo 4.0, del trabajo de investigación, desarrollo y diseño, de las *start-up* innovadoras y de los servicios de nueva generación, y quizá también muchos de los trabajos menos ejecutivos que hoy son accesibles a una gran parte de la fuerza de trabajo —no sólo a los grupos de cumbre de organigramas de empresa— que se están reduciendo y que pierden su carácter vertical y direccionista de las antiguas cadenas de mando y control, hasta el punto de poner en tela de juicio figuras centrales del fordismo, como los directivos e, incluso, la misma categoría de los directivos.

Semillas que, para dar fruto, deberán cultivarse en la justa dirección, sobre todo por los actores de los sistemas de relaciones laborales, con respecto a significativas y recientes innovaciones del marco jurídico, como el trabajo ágil, el derecho subjetivo a la formación, la alternancia escuela-trabajo, las redes territoriales para el aprendizaje permanente y la certificación de las competencias, el derecho al *part-time* para los enfermos graves y los cuidadores, el *welfare* de las empresas y la renta universal ciudadana que se prestan a abusos, degeneraciones, y nuevas formas de mercantilización del trabajo. Sin embargo, en esta perspectiva cultural y epistemológica, el concepto de “puesto de trabajo” pierde significado, y no sólo por la progresiva desmaterialización de las estructuras productivas y organizativas del trabajo —que lleva consigo la superación de aquellas opresivas jaulas de un fordismo que terminaba por quitar el sentido del trabajo para la persona que lo llevaba a cabo—. Más bien, la transformación del trabajo sugiere que el objeto de estudio y de la protección del derecho del trabajo puede y debe ser hoy, según Karl Klare, “no sólo el lugar de trabajo,

sino el lugar de trabajo en la vida personal, social y económica, en la reproducción social, así como ofertando posibilidades e imponiendo restricciones para la autorrealización”.⁶

La muy importante dimensión de la tutela de la persona en el trabajo, para el autor, no puede seguir siendo un fin en sí misma, sino que, para hacer posible la recomposición de la fractura entre “trabajo-objeto” y “trabajo-sujeto”, debe ser funcional para poner concretamente a cada persona en condiciones de determinar libremente, a través del encuentro con el trabajo y con los demás, un propio proyecto de vida. Porque, a fin de cuentas, el verdadero dualismo de los modernos mercados de trabajo —cualquiera que sea la tipología contractual existente, el estatuto protector de la ley y el contrato que la acompaña— es entre quienes viven el trabajo como libertad, crecimiento personal y gratificación y quienes lo sufren como humillación, constricción o pena.

IV. DEL PUESTO DE TRABAJO AL *WORKPLACE WITHIN*: LA PROFESIONALIDAD COMO DIMENSIÓN NECESARIA DE LA RELACIÓN ENTRE LA PERSONA Y EL TRABAJO

En la obra se plantea como necesaria una renovada centralidad de la persona a través de una integración de los itinerarios educativos y formativos con el trabajo, como ocasión para madurar experiencias de vida real y conocimiento de sí mismo, a partir de la profesionalidad y no de la empleabilidad.

La “empleabilidad” —concepto de derivación comunitaria a la que la doctrina *ius* laborista ha dedicado importantes reflexiones— no es, en efecto, en la ontología del trabajo que hemos esbozado, una formación adaptada a las necesidades del mercado de trabajo, y ni siquiera una formación para un oficio determinado. El concepto de empleabilidad es muy antiguo y, quizá también, erróneo en relación con el escenario económico y social que hemos reconstruido en párrafos anteriores. La empleabilidad es, si acaso, un camino de crecimiento y desarrollo integral de la persona a través de esa acción. El acto con el que se forma algo que todavía no se da, que ayuda a madurar la conciencia de quiénes somos y qué queremos, de nuestras potencialidades y talentos, así como de nuestras limitaciones y lagunas en la relación con los demás. Nada más y nada menos que la idea de *acción* que surge de la elaboración

⁶ Traducción propia de Karl Klare: “...not just the workplace but work’s place in personal, social, and economic life, in social reproduction, and in offering possibilities for and imposing constraints upon human self-realization”.

de Hannah Arendt y que hoy se convierte en una posibilidad concreta para la persona que trabaja en los escenarios abiertos por el posfordismo y la cuarta Revolución Industrial.

La tutela y promoción de la profesionalidad pueden, y deben hoy, ser pensados y cultivados en una dimensión predominantemente fuera de la empresa, vinculándolas a la persona más que al contrato de trabajo. Una perspectiva que podría permitir capitalizar, en los términos de un proceso de maduración y mantenimiento de la profesionalidad, todo el ciclo de vida de las personas integrando itinerarios educativos y formativos y experiencias de trabajo, en el sentido arriba sugerido.

“La re mercantilización del trabajo” pasa hoy por el desarrollo y el mantenimiento de la empleabilidad, en el sentido de que ésta debe sustituir a la seguridad de los mercados tradicionales y, al mismo tiempo, permitir al individuo realizar una ruptura con respecto a la subordinación y volver a apropiarse, en cierto modo, de su propia trayectoria profesional. Pero la empleabilidad está directamente relacionada con las competencias; eso es lo que lo hará autónomo y libre en la empresa. Siendo esta la gran apuesta de la empleabilidad —dotarle de los medios necesarios para hacer progresar su capital de competencias—, y para no depender únicamente de una empresa para la gestión de su vida profesional. La competencia se entiende aquí como capital (humano) que refleja las cualidades intrínsecas del individuo, internas del sujeto, que son, por tanto, de su propiedad y que debe gestionar y explotar a lo largo de toda la vida. Como propiedad del individuo, dicho capital debe ser transferible, es decir, valorizable en un espacio más amplio que el de una empresa determinada.

Una nueva concepción del trabajo la podríamos designar en términos antropológicos con la expresión *work's place*, o sea, el lugar y el valor del trabajo en los ciclos existenciales de las personas dentro de un proyecto de vida concreto y global. Pero también una clara proyección operativa y práctica para el legislador y para los agentes del mercado de trabajo, aún vinculada a la dimensión económica y productiva del trabajo, que podríamos indicar con la expresión *workplace within* para designar “el puesto de trabajo que está dentro de las personas, hecho de las historias laborales y personales, de la formación, de las aspiraciones y potencialidades”. Es, por consiguiente, una idea de profesionalidad subjetiva que se sitúa más allá de la división del trabajo del siglo XX e industrialista, expresada en el concepto de tarea y en los sistemas de clasificación y encuadramiento del personal en torno a los cuales hay que hacer un fuerte esfuerzo interdisciplinario para especificar,

concretar y actualizar sus contenidos normativos y los desarrollos contractuales dentro de los mercados de trabajo de transición. Esto también en la dirección de lo que se ha llamado la “profesionalización de todos”, es decir, de quienes se encuentran al margen del mercado de trabajo, en virtud de los nuevos contenidos profesionales y organizativos del propio trabajo.

Un derecho moderno del mercado del trabajo que, para acompañar (y no sufrir) las transiciones ocupacionales, responde a la necesidad fundamental de medir y comunicar las capacidades adquiridas mediante el aprendizaje con vistas a una carrera profesional a largo plazo: del sistema de certificación o certificación de las competencias a las redes escuela-empresa, de los renovados sistemas bilaterales de formación y apoyo a la renta, las redes (reales y virtuales) de las políticas modernas activas y de reubicación. Un derecho del mercado de trabajo que permita, por lo tanto, una reorganización continua y dinámica de las compensaciones de la oferta y la demanda de trabajo y no sólo la organización de los mercados de trabajo internos o externos a las empresas en la perspectiva de un cambio de puesto a puesto de trabajo que ya no es actual; resultando así funcional a las necesidades cambiantes de todos los agentes que componen el ecosistema de referencia a lo largo de las cadenas locales y mundiales de valor.

No faltan ejemplos comparativos en esta dirección, como la reciente aprobación en Francia de la *Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, la última y más ambiciosa pieza de una profunda obra de refundación del derecho laboral francés que no pasa por la reforma de los tipos contractuales, sino por una revisión del modelo social que se orienta cada vez más hacia un bienestar de la persona. Un modelo con respecto al cual la profesionalidad se convierte en un elemento cada vez más central a través de un sistema de certificación de las competencias maduradas en contextos de aprendizaje no formal e informal, una reorientación del papel de los fondos interprofesionales y, por último, el llamado *compte personnel d'activité*, uno de los aspectos más característicos e innovadores de un derecho laboral que todavía no considera superadas muchas de las viejas dinámicas del trabajo asalariado y que, sin embargo, se encuentra hoy en condiciones de registrar y valorizar, precisamente, en términos de profesionalidad y maduración de competencias útiles para el mercado del trabajo productivo, también lo que sucede fuera del empleo y del puesto de trabajo.

En tal sentido, para Michele Tiraboschi la profesionalidad es el ámbito sobre el cual orientar y enfocar la reflexión de los próximos años sobre las funciones del derecho del trabajo en plena coherencia con su origen, pero

también en sintonía con su más reciente, y no siempre lineal, evolución histórica. La profesionalidad es, de hecho, esa institución jurídica que una; es decir, que pueda guiar las políticas de formación y empleo y servir de puente entre el derecho laboral tradicional y el derecho laboral más moderno mediante la recomposición de la riqueza del pluralismo de experiencias y de trabajos, dentro y fuera del mercado, como patrimonio de la persona a lo largo de ciclos profesionales que hoy se desarrollan y se comprenden sólo dentro del esquema interpretativo de los mercados transicionales del trabajo.

Al respecto, el autor sabe bien que la profesionalidad expresa valores, ideologías y “deseos”, más que representar “un concepto unánimemente aceptado y reconocido”. Parece, más bien, una expresión de ese conflicto entre “trabajo-objeto” y “trabajo-sujeto” que corresponde al orden jurídico del mercado volver a un equilibrio dinámico y socialmente sostenible, combinando las múltiples expresiones de la personalidad y de la dignidad profesional del trabajador, la demanda de afirmación de las libertades fundamentales de la persona en el trabajo y las exigencias de competitividad y productividad de las empresas.

Es, quizá, en la revisión y modernización de este concepto evasivo que la legislación del trabajo y los sistemas de relaciones laborales podrán contribuir más plenamente que hoy, en términos de efectividad, a las tres dimensiones de esa libertad que transita en el trabajo: la libertad en el (*nel*) trabajo, la libertad de (*dal*) (peso/alienación del) trabajo y, sobre todo, la libertad del (*del*) trabajo, que va más allá de la simple elección del trabajo, porque implica algo más allá: la afirmación de la propia dignidad y personalidad a través del trabajo, que es todo menos una simple liberación *de* (*dal*) trabajo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como puede observar el lector, el libro *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, de Michele Tiraboschi, ofrece una magnífica reflexión sobre el *ser* del derecho del trabajo. Quizá condicionado por una lectura histórica y un discurso económico predominante, en muchas ocasiones llenos de pasiones y pocas razones, no nos ha dejado ver el bosque (el *ser* del derecho del trabajo), sino sólo algunos árboles o partes del derecho del trabajo, que, sin embargo, ante los cambios del cómo se presta el trabajo, quién lo presta y los nuevos desafíos tecnológicos, sacuden lo que se pensaba era el *ser* y el *deber ser* del derecho del trabajo.

El pensamiento de Michele Tiraboschi, finamente hilvanado en su libro, es una invitación seria y provocadora sobre la razón de ser del derecho del trabajo o para cuestionar la misma. Y sobre su posible aplicación en contextos como el latinoamericano, donde la informalidad quizá evidencia de manera más clara, niega o esconde, lo señalado por el autor.

COMENTARIOS



CONDICIONES LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA: DIRECTIVA (UE) 2019/1152*

WORKING CONDITIONS IN THE EUROPEAN UNION:
DIRECTIVE (EU) 2019/1152

CONDITIONS DE TRAVAIL DANS L'UNION EUROPÉENNE:
DIRECTIVE (UE) 2019/1152

Alma Elena RUEDA RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Las directivas de la Unión Europea son actos legislativos que vinculan a los Estados de la Unión respecto al tema que reglamentan, pueden tener un alcance general o particular y sirven como guía para determinar objetivos, reglas o requisitos mínimos en materias específicas. El propósito del presente documento es analizar la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento y del Consejo Europeo, la cual tiene como finalidad regular las condiciones laborales y las nuevas relaciones de trabajo que se presentan en la actualidad.

Palabras clave: condiciones laborales, derechos mínimos laborales, trabajadores de las plataformas en línea, vulnerabilidad laboral, nuevas formas de trabajo, futuro del trabajo, precariedad laboral, trabajo decente.

ABSTRACT: The Directives of the European Union are legislative acts that bind the States of the Union with respect to the subject these regulate, such acts can have a general or particular scope and serve as a guide to determine objectives, rules or minimum requirements in specific matters. The purpose of this document is to analyze Directive (EU) 2019/1152 of the Parliament and the European Council, which aims to regulate working conditions and new work relationships that are currently being presented.

* Recibido el 4 de agosto de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Doctora en Formación de la Persona y Mercado del Trabajo por la Universidad de Bérgamo (Italia) y candidata a investigadora nacional reconocida por el Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.



Keywords: labour conditions, minimum labour rights, online platform workers, labour vulnerability, new forms of work, future of work, job insecurity, decent work.

RÉSUMÉ: Les Directives de l'Union européenne sont des actes législatifs qui hégémonisent les états qui la forment en matière de réglementation et dont la portée peut être générale ou particulière. Ces directives permettent d'orienter les prises de décision pour ce qui relève des objectifs, des règles ou des exigences de base dans des domaines particuliers. À ce sujet, le présent travail se propose d'analyser la Directive de l'UE 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil européen parce qu'elle a pour finalité celle de réglementer les conditions de travail et les nouvelles relations de travail qui apparaissent à l'heure actuelle.

Mots clés: conditions de travail, droits minimaux en matière de travail, employés au sein des plateformes en ligne, vulnérabilité au travail, nouvelles formes de travail, avenir du travail, travail précaire, travail décent.

SUMARIO: I. *La Unión Europea.* II. *La Directiva (UE) 2019/1152.* III. *Importancia de la directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.* IV. *Fuentes de consulta.*

I. LA UNIÓN EUROPEA

La organización que antecede a la Unión Europea (UE) se creó con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y su objetivo era impulsar la cooperación económica entre seis países europeos.¹ Posteriormente, el 1o. de noviembre de 1993, se constituyó la UE al firmarse el Tratado de la Unión Europea, siendo ésta una asociación económica y política multinacional con el objetivo de crear una unión entre los pueblos de Europa.²

Esta Unión tiene sus bases en los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, que son comunes a los Estados miembros en una

¹ Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

² La Unión está compuesta por 27 países europeos, pues recordemos que el Reino Unido, en la actualidad, ya no es miembro de pleno derecho.

sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.³

La UE se rige por un sistema interno con un régimen de democracia representativa, y sus principales instituciones son siete:

- 1) El Parlamento Europeo es el órgano legislativo que representa a los ciudadanos. Sus diputados son elegidos por sufragio directo.
- 2) El Consejo Europeo, integrado por los jefes de Estado de cada uno de los países miembros.
- 3) El Consejo de la Unión Europea, que representa a los gobiernos de los Estados miembros y tiene como función adoptar la legislación y coordinar sus políticas.
- 4) La Comisión Europea, que es el órgano ejecutivo que representa los intereses de la Unión en su conjunto, comprueba que se cumpla con la legislación, aplica las políticas y el presupuesto.
- 5) El Tribunal de Justicia, que interpreta la legislación de la Unión con la finalidad de garantizar que sea aplicada uniformemente en todos los países que forman parte de esta Unión y tiene como encomienda resolver los conflictos que se presentan entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas.
- 6) El Tribunal de Cuentas, que comprueba que los fondos de esta Unión económica se perciban y se utilicen correctamente, así como contribuir a mejorar la gestión financiera.
- 7) El Banco Central Europeo, que es la institución que mantiene la estabilidad monetaria en la zona.

Es importante resaltar que la UE tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, cuenta con un ordenamiento jurídico propio, distinto del derecho internacional, y sus fuentes normativas se pueden clasificar en dos tipos de derecho: el comunitario y el derivado.

El derecho comunitario predomina sobre el derecho nacional, es decir, tiene mayor jerarquía. Lo anterior con el fin de asegurar la uniformidad normativa en todos los Estados que forman parte. Asimismo, éste cuenta con autonomía con respecto al derecho interno de los Estados, además, otorga derechos e impone obligaciones directas tanto a las instituciones comunitarias, a los Estados que forman parte de la Unión y, en consecuencia, a sus

³ Artículos 1o. y 2o. del Tratado de la Unión Europea.

ciudadanos.⁴ Por tanto, este derecho comunitario se integra por los tratados constitutivos o fundacionales⁵ y por los tratados de reforma, complementarios o de adhesión.

Por su parte, el derecho derivado está compuesto por distintos reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, o sea, está formado por disposiciones de carácter normativo, las cuales son dictadas por las instituciones que gozan competencia para ello.⁶

En este sentido, los reglamentos son normas de carácter general que gozan de eficacia plena y deben ser directamente aplicables en cada Estado que forma parte de esta Unión. Es importante destacar que estas normas no pueden ser objeto de reservas o excepción.

Por otro lado, las directivas de la Unión pueden tener un alcance general o particular,⁷ y son actos legislativos que establecen metas que vinculan a los Estados de la Unión respecto al tema que regulan. Éstas sirven como una guía para determinar objetivos, reglas o requisitos mínimos que cada Estado debe lograr⁸ y, por lo tanto, concierne a las autoridades nacionales la elección y determinación de la forma y de los medios para alcanzar estos objetivos o metas señaladas. Una vez que los Estados las incorporan —o transponen—,⁹ adquieren el rango de ley en el derecho doméstico. La transposición debe efectuarse en el plazo establecido por la directiva y, por ende, se debe garantizar la eficacia del derecho de la Unión. En este sentido, la principal diferencia entre los reglamentos y las directivas radica, principalmente, en que los primeros no requieren de su transposición, mientras que las directivas sí la requieren antes de ser aplicables en cada país.

Las decisiones son normas obligatorias en todos sus elementos que deben notificarse a los miembros interesados y surten efecto a partir de su, valga la redundancia, notificación. Mientras que las recomendaciones y los dictámenes son actos no vinculantes que permiten a las instituciones de la UE dar

⁴ A estas consecuencias se les denomina “efecto directo del derecho comunitario”.

⁵ Los tratados fundacionales son: Tratado de París (18 de abril de 1951), que da origen a la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), extinguida en 2002, los tratados de Roma (Tratado Euratom y Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 25 de marzo de 1957) y el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht, 7 de febrero de 1992).

⁶ Sarrión Esteve, Joaquín, *Apuntes de derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 25.

⁷ Ya que su destinatario puede ser un Estado o todos los Estados o varios Estados.

⁸ El fundamento jurídico de las directivas se encuentra en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁹ Un acto de transposición es también referido como una “medida nacional de ejecución”.

a conocer cuál es su perspectiva o proponer una ruta de acción sin imponer obligaciones legales a quienes están dirigidas.

Entonces, las directivas, como ya fue mencionado, son parte del derecho derivado y se utilizan como modelos o guías para establecer objetivos, reglas o requisitos mínimos que los Estado miembros deben conseguir.

En particular, las directivas, en el ámbito laboral, refieren temas trascendentes en materia de derechos y obligaciones de los trabajadores y empleadores en la UE. Por ejemplo, existen directivas que regulan temas como la conciliación de la vida familiar y laboral,¹⁰ la igualdad de oportunidades e igualdad entre hombres y mujeres en asunto de ocupación y empleo,¹¹ el permiso parental y la libre circulación de los trabajadores,¹² entre otras.

Al respecto, el pasado 16 de abril de 2019 el Parlamento Europeo debatió y aprobó una nueva directiva, relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE,¹³ una disposición que deroga la Directiva 91/533/CEE,¹⁴ relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral debido a la constante evolución del mercado de trabajo.

II. LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152¹⁵

Esta normativa comunitaria fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 11 de julio de 2019, y encuentra su fundamento en el artículo 31 de

¹⁰ Directiva 2010/18/UE del Consejo, del 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/EE.

¹¹ Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

¹² Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

¹³ La Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea puede ser consultada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=ES>.

¹⁴ La derogación será con efectos a partir de los tres años posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Directiva analizada en el presente texto.

¹⁵ Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0379_ES.pdf?redirect.

la Carta de Derechos Fundamentales y el principio quinto del Pilar Europeo de Derechos Sociales, los cuales reconocen, entre otras cuestiones, que independientemente del tipo y la duración de la relación laboral, el empleado tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad; a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales; a vacaciones anuales retribuidas; a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo; a la protección social y a la formación profesional, fomentando la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido, y, por consecuencia, evitando relaciones laborales precarias y, específicamente, prohibiendo la utilización abusiva de los contratos atípicos.

Esta directiva tiene como finalidad mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de empleo que ofrezca mayor transparencia y previsibilidad, a la vez que garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral, ya que refiere que los mercados han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, lo que ha conducido a la creación de nuevas formas de empleo, las cuales pueden divergir significativamente a las relaciones de trabajo tradicionales, generando incertidumbre a los trabajadores en relación con sus derechos laborales y los de seguridad social.

En este sentido, la directiva establece cuáles son los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo que está definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes de cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.¹⁶

Esta nueva normativa también resulta aplicable a los trabajadores domésticos, a los trabajadores a demanda, a los intermitentes, a los retribuidos mediante vales, a los de las plataformas en línea, a los trabajadores en prácticas, los aprendices, y a los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo asignado,¹⁷ debido a la situación especialmente vulnerable que viven estos empleados. La

¹⁶ El estatus de trabajador fue establecido mediante los criterios de interpretación que realizó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiendo que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración. Este criterio se estableció en las sentencias del Tribunal de Justicia del 3 de julio de 1986, *Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, del 14 de octubre de 2010.

¹⁷ Incluidos los que tienen contratos a cero horas.

normativa excluye explícitamente a los trabajadores por cuenta propia —no así el falso trabajador autónomo—,¹⁸ a la gente del mar y a los pescadores.

Por tanto, esta directiva obliga a que los Estados de la Unión implementen en su derecho interno normas jurídicas que obliguen a los empleadores a proporcionar por escrito o en formato electrónico —conservando la prueba de la transición o recepción—, a cada trabajador, los elementos esenciales de la relación laboral, incluyendo, al menos, los siguientes:

- a) Identidad de las partes de la relación laboral.
- b) El lugar de trabajo.¹⁹
- c) El cargo, el grado y la naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado al trabajador o una breve descripción o caracterización de su trabajo.
- d) La fecha de comienzo de la relación laboral.
- e) Si la relación laboral fuera de duración determinada, la fecha de finalización o la duración prevista de dicha relación laboral.
- f) En el caso de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de la empresa usuaria.
- g) Si la relación fuera de periodo a prueba, la duración y las condiciones de ésta.
- h) De existir,²⁰ el derecho a formación proporcionada por el empleador.
- i) La cantidad de vacaciones remuneradas a que se tenga derecho.
- j) El procedimiento que deben respetar el empleador y el trabajador, incluidos los requisitos formales y la duración del plazo previstos, en caso de la terminación de la relación laboral.
- k) La remuneración, incluida la base inicial y los otros componentes, y, en su caso, indicar de forma separada la periodicidad y el método de pago.

¹⁸ Un *falso autónomo* es un trabajador asalariado al que la empresa lo da de alta como autónomo para poder trabajar, pero cumpliendo todas las características del trabajo por cuenta ajena. Cfr. Rueda Rodríguez, Alma Elena, “El trabajo autónomo: un análisis comparado de Italia y España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 332-355.

¹⁹ A falta de trabajo fijo o principal, el principio de que el trabajador está empleado en diferentes lugares o puede determinar libremente su lugar de trabajo, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empleador.

²⁰ En el caso de que la legislación nacional, o de la Unión o los convenios colectivos, requieran que el empleador proporcione formación a un trabajador, deberá proporcionarse gratuitamente durante el tiempo de trabajo y, de ser posible, tenga lugar durante el horario de trabajo.

- l) En caso de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente previsible, se indicará la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración, y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno.
- m) Si el patrón de trabajo es mayoritariamente imprevisible, se deberá informar al trabajador desde el principio que el calendario de trabajo²¹ es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas, la remuneración de trabajo realizado fuera de las horas garantizadas, así como las horas y días de referencia en los que se puede requerir al trabajador sus servicios y el periodo mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea, y, en su caso, los requisitos para el plazo de cancelación de la tarea asignada.²²
- n) Todo convenio colectivo que regule las condiciones laborales del trabajador.
- o) Se debe especificar cuál es la institución de seguridad social que le corresponde o notificarle cualquier protección en materia de seguridad social.²³

La información sobre la identidad de las partes, el lugar de trabajo, el cargo o naturaleza, la fecha de comienzo y terminación de la relación laboral, la remuneración, así como la duración de la jornada laboral, deberá proporcionarse individualmente al empleado entre el primer día y, a más tardar, el séptimo; mientras que el resto de la información se podrá proporcionar al trabajador en un plazo de un mes, contado desde el primer día que inicia la relación laboral.

Es importante evidenciar que uno de los aspectos más relevantes de esta directiva es el reconocimiento de modelos laborales nuevos, como son los modelos de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles y, consecuentemente, de la figura del empleador de estas nuevas relaciones laborales; entonces se establecen normas para lograr una previsibilidad mínima del trabajo.

Algunas de las reglas que se establecen son que ese tipo de patrones debe notificar al empleado, desde un inicio, que el calendario de trabajo es variable;

²¹ El calendario es aquel que determina las horas y días en los que empieza y termina la realización del trabajo.

²² Esta situación se presenta cuando el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayormente imprevisible.

²³ Sólo cuando sea responsabilidad del empleador de este derecho.

la cantidad de horas pagadas garantizadas, así como cuál será la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas. Asimismo, debe comunicarse sobre cuáles son las horas y los días de referencia²⁴ en los cuales se puede exigir al empleado que trabaje, de igual forma, se debe informar cuál será el periodo mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea.

En este sentido, se establece que si el patrón es mayor o totalmente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que éste no obligue a trabajar al empleador a reserva de que se cumplan las siguientes condiciones: *a)* que el trabajo tenga lugar en horas y días de referencia previamente informados al trabajador, y *b)* avisar al trabajador sobre la tarea asignada y hacer de su conocimiento el periodo mínimo de preaviso a que tiene derecho antes del comienzo de la tarea —establecida de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacional—.

De no cumplirse con uno o ninguno de estos requisitos, el trabajador tendrá derecho a rechazar la tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.

Por otra parte, también se permitirá que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, siempre y cuando observe el plazo de preaviso razonable. Sin embargo, cuando el trabajador cancele tardíamente la tarea asignada acordada, o sea, sin respetar el plazo, el trabajador tendrá derecho a una indemnización por causa de ésta.²⁵

Otra determinación importante es que los Estados miembros garantizarán que un empleador no pueda prohibir a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador, y tampoco podrá someterlo a un trato desfavorable o discriminatorio por ese motivo.

Sobre este tema, los Estados que integran la Unión Europea sólo podrán fijar las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad cuando éstas estén basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.

²⁴ Entendiendo por horas y días de referencia a los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo, previa solicitud del empleador.

²⁵ Las modalidades de aplicación de lo dispuesto anteriormente serán reguladas por cada Estado miembro, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la política nacional, adoptando las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales.

En lo que respecta a los contratos bajo demanda, se fijan medidas para evitar prácticas abusivas, por lo que los Estados miembros que autoricen el uso de estos contratos, o de alguno similar, deberán adoptar limitaciones en el uso y duración de éstos, así como una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un periodo determinado y todas las medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas excesivas de éstos.

Por otro lado, con relación al periodo de prueba, la directiva establece que su duración máxima sea de entre tres y seis meses.²⁶ Lo anterior con la finalidad de brindar al trabajador la mayor protección posible.

Por último, se establece que los receptores de esta nueva norma sean todos los Estados miembros y, por lo tanto, tendrán tres años para adoptar las medidas para dar cumplimiento a las disposiciones que se regulan.

III. IMPORTANCIA DE LA DIRECTIVA RELATIVA A UNAS CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA

La importancia de esta nueva normativa comunitaria radica en el reconocimiento del modelo de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, así como de la figura del empleador de estas nuevas relaciones laborales. Así, esta directiva es especialmente sobresaliente por la aceptación de las formas de empleo atípicas, como lo son los trabajadores bajo demanda (*on demand*) o similares, los intermitentes, los retribuidos mediante vales, los de las plataformas en línea y los trabajadores que no tienen un tiempo de trabajo garantizado.

Esta nueva reglamentación, al contemplar estas nuevas formas de empleo como relaciones laborales, presenta una premisa ineludible para exigir que a estos trabajadores se les reconozcan un mínimo de derechos.

En específico, para los trabajadores bajo demanda o similares se establecen medidas con el fin de evitar prácticas excesivas, limitando el uso y la duración de estos contratos y obligando a todos los Estados que forman parte de la Unión a establecer disposiciones complementarias que garanticen una prevención eficaz para evitar el abuso en el uso de los contratos.

²⁶ Permitiendo que estos periodos se amplíen solamente cuando el trabajador se haya ausentado del trabajo durante el periodo de prueba por causa de una enfermedad o permiso.

Por tanto, como se puede observar, esta nueva reglamentación está dirigida a contrarrestar la precariedad e informalidad creciente en el mercado laboral, y pretende dar respuesta a los desafíos que plantean las nuevas formas atípicas de trabajo que están utilizando empresas transnacionales como Uber, Deliveroo, Didi, Rappi, o incluso Amazon Mechanical Turk, entre otras.

De esta manera, el Parlamento Europeo reconoce que estas formas atípicas de contratación constituyen, evidentemente, relaciones laborales atípicas, y, por lo tanto, nuevos trabajadores merecen gozar de una serie de derechos mínimos laborales para así poder aspirar a que estos empleos tengan las características de un trabajo decente. Así, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2019/1152 a más tardar el 1o. de agosto de 2022.

IV. FUENTES DE CONSULTA

- ALONSO CERCAS, Alejandro, “El Pilar Europeo de Derechos Sociales”, en NASARRE, Eugenio *et al.* (coords.), *Europa como tarea a los sesenta años de los tratados de Roma y a los setenta del Congreso de Europa de La Haya*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- BARTOLOMÉ HUERTAS, Tebelia, “Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, núm. 1, 2002.
- COMISIÓN EUROPEA, *La Unión Europea ¿qué es y qué hace?*, UE, 2018.
- FERRADANS CARAMÉS, Carmen, “La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 86, 2006.
- MARTÍN MANGAS, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2017.
- PÉREZ AMORÓS, Francisco, “Los retos laborales de la UE en su 60 aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Trabajo y Derecho*, Madrid, núm. 35, 2017.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, Albacete, núm. 77, enero-marzo de 2017.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, “La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que

- responder”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Barcelona, vol. 2, 2014.
- RUEDA RODRÍGUEZ, Alma Elena, “El trabajo autónomo: un análisis comparado de Italia y España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 2, 2016.
- SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, *Apuntes de derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2015.
- Sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; de 14 de octubre de 2010.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 204/24.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva 91/533/CEE del Consejo, 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 164/2019 TOPE DE LOS 10 SALARIOS MÍNIMOS A LAS PENSIONES*

COMMENTS TO JURISPRUDENCE 2a./J. 164/2019 MAXIMUM
OF THE 10 MINIMUM WAGES FOR PENSIONS

COMMENTAIRES SUR LA JURISPRUDENCE 2a./J. 164/2019
RELATIVE AU PLAFOND DES PENSIONS ÉQUIVALANT
À 10 FOIS LE SALAIRE MINIMUM

María Ascensión MORALES RAMÍREZ**

RESUMEN: El 24 de enero de 2020 se publicó, en el *Semanario Judicial de la Federación*, la tesis jurisprudencial 2a./J. 164/2019,¹ la cual reitera el tope de 10 veces el salario mínimo para el pago de las pensiones por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez a la generación en transición que opte por el sistema de la Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1973, criterio que fue determinado en la jurisprudencia 2a./J.85/2010.

México, en la reforma a la Ley del Seguro Social, a diferencia de los otros países latinoamericanos que introdujeron la capitalización individual en el sistema de pensiones,² no reguló de manera clara y suficiente la situación de la generación en transición, en especial lo relativo al tiempo anterior al ejercicio de la opción de retiro. De esta forma, se negó a los asegurados, al momento de la reforma, la libertad para escoger entre el antiguo y el nuevo sistema. En la exposición de motivos de la ley vigente de 1997 se adujo que “todos los trabajadores en activo empezarán a cotizar bajo el nuevo sistema de pensiones”.³

* Recibido el 16 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Profesora de Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Dicha tesis corresponde a la ejecutoria pronunciada en sesión del 23 de octubre de 2019, en el expediente relativo a la contradicción de tesis 327/2019.

² Chile, Perú, Argentina, Colombia, Uruguay, El Salvador, Costa Rica y República Dominicana.

³ IMSS, Ley del Seguro Social, 1996, p. 28.



15 años después de haberse expedido la Ley del Seguro Social actual (21 de diciembre de 1995), vigente a partir del 1o. de julio de 1997 y evadiendo lo plasmado en la exposición de motivos de esta ley, a través de la jurisprudencia se han ido estableciendo las reglas a las que estará sujeta la generación en transición ante la omisión legislativa, al no preverse un ordenamiento específico al símil de lo que posteriormente resultó ser el Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen del artículo décimo transitorio de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE), el cual fue producto de 223,810 amparos,⁴ que incluían al 90% de los asegurados.

Ante esta imprecisión e incertidumbre jurídica, en la práctica, las acciones del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) en sus cálculos, negativas, modificación, rectificación y pago correcto del monto o incremento de la pensión, han obligado a los asegurados a acudir a las instancias jurisdiccionales.

Así, mediante cuatro jurisprudencias de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),⁵ a saber: 2a./J.85/2010; 2a./J.⁶ 114/2012;⁷ 2a./J.8/2016,⁸ y 2a./164/2019,⁹ se ha configurado el “régimen transitorio” de los afiliados al IMSS al amparo de la Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1997 y, por ende, la determinación del tope aplicable al cálculo y pago de las pensiones.

Palabras clave: jurisprudencia, tope, salario mínimo, pensiones, seguridad social.

⁴ En 2007 existían dos millones 800 mil asegurados, según se expresó en la exposición de motivos de la ley.

⁵ Tres, resultado de contradicción de tesis: 2a./J.85/2010; 2a./J.8/2016, y 2a./164/2019.

⁶ Seguro Social. El salario de las últimas 250 semanas de cotización, base para cuantificar las pensiones por invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada tiene como límite superior el equivalente a 10 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, acorde con el segundo párrafo del artículo 33 de la ley relativa, vigente hasta el 30 de junio de 1997.

⁷ Seguro Social. Régimen transitorio del sistema de pensiones entre las leyes del Seguro Social, derogada y vigente. Sus diferencias.

⁸ Pensión por cesantía en edad avanzada. Al resolver la junta sobre el ajuste en la cuantificación de su pago, se debe atender el límite superior previsto en el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley del Seguro Social, vigente hasta el 30 de junio de 1997, sin que represente obstáculo alguno que el demandado no se hubiere excepcionado en ese sentido.

⁹ Régimen transitorio del sistema de pensiones entre las leyes del Seguro Social, derogada de 1973 y vigente. El límite superior que se debe aplicar al salario promedio de las 250 semanas de cotización que sirve de base para cuantificar las pensiones de los asegurados del régimen transitorio que optaron por el esquema pensionario de la derogada Ley de 1973.

ABSTRACT: On January 24, 2020, the jurisprudential thesis 2/J 164/2019, was published in the *Judicial Weekly of the Federation*, which reiterates the maximum of 10 times the minimum wage for the payment of pensions for disability, unemployment in old age and old age to the generation in transition who chooses for the Social Security Law system in force until June 30, 1973, criterion that was determined in jurisprudence 2a./J.85/2010.

In the reform of the Social Security Law, Mexico, unlike the other Latin American countries that introduced individual capitalization in the pension system, did not clearly and sufficiently regulate the situation of the generation in transition, especially the relative at the time prior to exercising the retirement option. Thus, at the time of the reform, policyholders were denied the freedom to choose between the old and the new system. In the explanatory memorandum of the current law of 1997, it was argued that “all active workers would start contributing under the new pension system”.

15 years after the issuance of the current Social Security Law (December 21, 1995), effective as of July 1st, 1997 and evading what is stated in the explanatory memorandum of this law, through jurisprudence it has been establishing the rules to which the generation in transition will be subject to due to legislative omission, as there is no specific order similar to what later turned out to be the Regulations for the granting of pensions to workers subject to the regime of the Tenth Transitory Article of the Law of the Institute of Security and Social Services of State workers (LISSSTE), which was the product of 223,810 amparos 4 that included the 90% of the insured.

Under this imprecision and legal uncertainty, in practice, the actions of the Mexican Institute of Social Security (IMSS) in the calculations, refusals, modification, rectification and correct payment of the amount or increase of the pension, have forced the insured to go to the jurisdictional courts.

Thus, through four jurisprudences of the Second Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN), 5 namely: 2a./J.85/2010; 2a./J. 114/2012; 2a./J.8/2016; and 2a./164/2019, the “transitional regime” of IMSS affiliates has been set up under the Social Security Law in force until June 30, 1997 and, therefore, the determination of the maximum applicable to the calculation and payment of pensions.

Keywords: jurisprudence, stop, minimum salary, pensions, social security.

RÉSUMÉ: Le 24 janvier 2020, le *Semanario Judicial de la Federación* (hebdomadaire du Mexique qui permet de faire connaître les différentes jurisprudences adoptées) a publié la thèse jurisprudentielle 2a./J. 164/2019 qui confirme de nouveau que le montant des pensions d'invalidité et des allocations vieillesse ne peut excéder 10 fois le salaire minimum pour les générations de salariés qui choisiront le régime de retraite défini par la Loi sur la Sécurité Sociale (*Ley del Seguro Social*) en vigueur jusqu'au 30 juin 1973, critère précédemment établi par la jurisprudence 2a./J.85/2010.

Contrairement aux autres pays latinoaméricains qui ont opté pour la capitalisation individuelle dans le système des pensions, le Mexique n'avait pas déterminé de règles claires et transparentes en ce qui concerne la génération de salariés qui feront prochainement valoir leurs droits à la retraite en omettant de se prononcer sur leurs dernières années de travail. En conséquence, les assurés sociaux, au moment de la réforme, n'ont pas eu la liberté de choisir entre le nouveau système de retraite et l'ancien. Rappelons que dans le préambule de la loi de 1997 en vigueur, il est avancé que "tous les travailleurs actifs commencent à cotiser dans le cadre du nouveau système des retraites".

15 ans après avoir déposé cette Loi sur la sécurité sociale (21 décembre 1995) toujours actuelle et entrée en vigueur le 1er juillet 1997, la jurisprudence, ignorant ce qui figure dans le préambule, adopta de nouvelles règles que la génération de salariés qui feraient prochainement valoir leurs droits à la retraite devaient respecter parce que la Loi ne s'était pas prononcée sur leur statut. Telle fut la situation tant que n'apparaissait pas une réglementation spécifique et similaire au Règlement pour l'attribution des pensions de retraite des travailleurs relevant du régime défini dans le 10ème article transitoire de la Loi de l'Institut de la Sécurité Sociale et des Services Sociaux des Fonctionnaires Publics (*Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, LISSSTE*), règlement qui fut le produit de 223 810 demandes de protection (amparos) pour pouvoir inclure 90 % des assurés.

Face à une telle imprécision et à une telle incertitude juridique, l'Institut Mexicain de la Sécurité Sociale (*Instituto Mexicano del Seguro Social, IMSS*) qui, dans la pratique, devait procéder à des calculs, des prélèvements, des modifications, des rectifications et aux versements corrects des montants ou des majorations de pension, a provoqué de nombreuses réclamations de la part des assurés qui ont eu recours à divers organes juridictionnels.

C'est la raison pour laquelle quatre jurisprudences ont vu le jour dans la deuxième salle de la Cour suprême de la Justice du Mexique (*Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN*), les jurisprudences 2a./J.85/2010;

2a./J. 114/2012; 2a./J.8/2016, y 2a./164/2019, afin de définir un “régime transitoire” pour les affiliés à l’IMSS dans le cadre de la Loi sur la sécurité sociale en vigueur jusqu’au 30 juin 1997 et pour fixer le plafond applicable au calcul et au versement des pens.

Mots clés: jurisprudence, arrêchez, salaire minimum, pensions, sécurité sociale.

SUMARIO: I. *La jurisprudencia 2a.164/2019.* II. *Configuración de la regulación de la generación en transición.* III. *El IMSS frente a la jurisprudencia.* IV. *Reflexiones finales.*

I. LA JURISPRUDENCIA 2A.164/2019

1. *Posiciones interpretativas*

La jurisprudencia en cuestión es el resultado de una contradicción de criterios entre los sustentados por el Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Octavo Circuito y el Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito¹⁰ vs. el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito.¹¹

El primer criterio consideró

...que para cuantificar el monto de la pensión de vejez tratándose de asegurados que se ubican en el régimen transitorio y que se acogieron al esquema de pensiones establecido en la derogada Ley del Seguro Social (1973), resulta aplicable el tope máximo de 10 veces el salario mínimo previsto en el artículo 33, segundo párrafo, del citado cuerpo normativo, así como la jurisprudencia 2a./J. 85/2010, de la Segunda Sala de rubro: “SEGURO SOCIAL. EL SALARIO PROMEDIO DE LAS ÚLTIMAS 250 SEMANAS DE COTIZACIÓN, BASE PARA CUANTIFICAR LAS PENSIONES POR INVALIDEZ, VEJEZ Y CESANTÍA EN

¹⁰ En el primer tribunal colegiado de circuito, el caso era el cambio de una pensión de cesantía en edad avanzada por una de vejez. En el segundo, la reducción de la pensión de vejez que había disfrutado el quejoso, y dos años después, se le redujo para cuantificarla a razón de 10 salarios mínimos.

¹¹ El caso se trató de una rectificación y pago correcto de la pensión de cesantía en edad avanzada y vejez.

EDAD AVANZADA, TIENE COMO LÍMITE SUPERIOR EL EQUIVALENTE A 10 VECES EL SALARIO MÍNIMO GENERAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, ACORDE CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997”; y por consiguiente no se actualiza el supuesto del artículo vigésimo quinto transitorio, de la Ley del Seguro Social de 1997, el que sólo rige para los asegurados que opten por pensionarse conforme al esquema establecido en la Ley del Seguro Social citada en último término.

El segundo criterio estimó que para cuantificar el monto de la pensión de vejez, tratándose de asegurados que se ubican en el régimen transitorio y que se acogieron al esquema de pensiones establecido en la derogada Ley del Seguro Social (1973), no resultaba aplicable el tope máximo de 10 veces el salario mínimo previsto en el artículo 33, segundo párrafo, del citado cuerpo normativo, ni la jurisprudencia 2a./J. 85/2010, y, por consiguiente, sí se actualizaba el supuesto del artículo vigésimo quinto transitorio de la Ley del Seguro Social de 1997.

2. *Criterio imperante*

La Segunda Sala de la SCJN arribó a la conclusión de que para cuantificar el monto de la pensión de vejez, tratándose de asegurados que se ubican en el régimen transitorio y que se acogieron al esquema de pensiones establecido en la derogada Ley del Seguro Social (1973), sí resulta aplicable el tope máximo de 10 veces el salario mínimo previsto en el artículo 33, segundo párrafo, del citado cuerpo normativo, así como la jurisprudencia 2a./J. 85/2010, de esta Segunda Sala, de rubro:

SEGURO SOCIAL. EL SALARIO PROMEDIO DE LAS ÚLTIMAS 250 SEMANAS DE COTIZACIÓN, BASE PARA CUANTIFICAR LAS PENSIONES POR INVALIDEZ, VEJEZ Y CESANTÍA EN EDAD AVANZADA, TIENE COMO LÍMITE SUPERIOR EL EQUIVALENTE A 10 VECES EL SALARIO MÍNIMO GENERAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, ACORDE CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997.

Puesto que el precepto aludido está contenido en la ley que regula el régimen pensionario que se eligió, motivo por el que si se escoge el esquema

previsto en una legislación es indudable que las disposiciones de ésta son las que deben regir lo relacionado con la pensión; además de que la citada jurisprudencia se basa en un precepto que está inmerso en la normativa con base en la cual se regula la pensión, de ahí que también sea aplicable.

Así, prevaleció con carácter de jurisprudencia este criterio, dando lugar a la tesis 164/2019.

II. CONFIGURACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA GENERACIÓN EN TRANSICIÓN

1. *Interpretación de la SCJN*

La Segunda Sala, con las jurisprudencias 85/2010, de julio de 2010, y 114/2012, de octubre de 2012, configuró la regulación de los asegurados hasta el 30 de junio de 1997, respecto al límite de la cuantificación y pago de sus pensiones, conforme a los artículos siguientes:¹²

a) Artículos 33, segundo párrafo, y 167 de la Ley de 1973.

La Segunda Sala señala que, pese a la derogación de la Ley del Seguro Social de 1973, ésta no deja de tener efectos jurídicos para los retirados durante su vigencia y para aquellos asegurados que al pensionarse eligieron el esquema establecido en dicha ley. Al respecto precisa que:

- El artículo 33 establece dos topes salariales:¹³
 - En su primer párrafo, un tope equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente para el entonces Distrito Federal para los ramos de retiro, enfermedad general y maternidad.
 - En su segundo párrafo, un tope equivalente a 10 veces el salario mínimo general vigente para el entonces Distrito Federal para los seguros de invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada.
- El artículo 167 establece que el salario diario que servirá de base para determinar la cuantía básica de las pensiones de invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada será el promedio de las últimas 250 semanas de cotización; pero en caso de que no tuviera el asegurado ese promedio, se considerarían las que tuviera acreditadas,

¹² Tal criterio fue reiterado en las dos jurisprudencias restantes.

¹³ El contenido de este artículo corresponde a la reforma del 20 de julio de 1993.

siempre que sean suficientes para el otorgamiento de la pensión correspondiente.¹⁴

- b) Artículos transitorios de la Ley de 1997. Tercero, cuarto, undécimo, duodécimo y décimo tercero, los cuales tienen en común *la opción para optar entre el sistema de pensiones de 1973 o el de 1997*.

Con base en tales disposiciones, la Segunda Sala estableció que el pago de las pensiones debe ser hasta 10 veces el salario mínimo, a pesar de que los artículos 33, segundo párrafo, y 167 de la Ley de 1973 regulaban el inicio (la inscripción y salario base de cotización) y permanencia de la vida laboral. Por su parte, los transitorios previstos en la Ley de 1997 regulan el final de la vida laboral.

2. Sistema híbrido

La Segunda Sala no se remite al contexto histórico de la reforma al sistema de pensiones y al debate nacional e internacional sobre la situación en que se dejó a la generación en transición al no establecerse las disposiciones específicas que aplicarían en tanto no se llegara al final de la vida laboral.¹⁵ Así, al entrar en vigor la Ley de 1997 en forma automática, los asegurados hasta el 30 de junio de 1997 fueron objeto de regulación de la nueva ley y de sus parámetros:

- a) Tuvieron que abrir una cuenta individual en donde se depositarían sus cotizaciones, las de sus patrones y las del gobierno federal.
- b) El seguro al cual cotizaban invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte (IVCM) se dividió en dos seguros: de invalidez y vida (I y V) y de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV).
- c) El financiamiento de sus pensiones cambió: a partir de 1997 sus cotizaciones experimentaron aumentos graduales, de conformidad con el artículo vigésimo quinto transitorio, el cual estableció que en lo relativo al seguro de invalidez y vida, así como en los ramos de cesantía en edad avanzada y vejez, a partir de la entrada en vigor de la ley, el límite del salario base de cotización en veces salario mínimo sería de

¹⁴ El texto del artículo 167 señala: “Para los efectos de determinar la cuantía básica anual de la pensión y sus incrementos; se considera como salario diario el promedio correspondiente a las últimas doscientas cincuenta semanas de cotización”.

¹⁵ Bonilla García, Alejandro y Conte-Grand, Alfredo (comps.), *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*, OIT, 1998.

15 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el que se aumentaría un salario mínimo por cada año subsecuente hasta llegar a 25 en el año 2007.

<i>Año</i>	<i>Veces el salario mínimo del Distrito Federal</i>
1997	15
1998	16
1999	17
2000	18
2001	19
2002	20
2003	21
2004	22
2005	23
2006	24
2007	25

Lo anterior porque el artículo 28 de la Ley de 1997 vigente estableció el límite superior en 25 salarios mínimos para efectos del cálculo del salario base de cotización, y el mismo entraría en vigor hasta el 2007 para las pensiones de invalidez y vida, cesantía en edad avanzada y vejez.

Artículo 28. Los asegurados se inscribirán con el salario base de cotización que perciban a momento de su afiliación, estableciéndose como límite superior el equivalente a veinticinco veces el salario mínimo general que rija en el Distrito Federal y como límite inferior el salario mínimo general del área geográfico respectiva.

d) No se reguló un bono de reconocimiento de los periodos aportados al antiguo sistema, dejando una incertidumbre jurídica. La reforma estableció para el asegurado, al final de la vida laboral, la opción de pensionarse con el esquema de 1973 o el de 1997, previo cálculo de ambas opciones (artículos transitorios tercero y décimo primero).

En su momento se argumentó que el tratamiento legal de los derechos adquiridos hacía difícil asignarles un valor a los beneficios generados bajo el antiguo sistema hasta el momento de la reforma, pero al estar reconocidos

en el nuevo sistema no se daba margen a una interpretación legal sobre el valor de éstos.¹⁶

Lo expuesto evidencia que los parámetros para la generación en transición cambiaron y son objeto de regulación de un sistema híbrido:

- Aplicación de las normas de la Ley de 1997 durante la vida laboral, entre ellos el límite superior de 25 salarios mínimos.
- Aplicación del sistema de pensiones de la Ley de 1973 al final de la vida laboral, únicamente para efectos de ejercer su derecho de opción en lugar de la pensión por cuentas individuales.

A pesar de ello, la Segunda Sala de la SCJN, en la jurisprudencia 164/19, determina que si el trabajador opta por pensionarse por el sistema regido por la Ley de 1973, *aunque haya seguido cotizando bajo el régimen de la nueva Ley de 1997* (para el que haya cotizado arriba de 10 y hasta 25 salarios mínimos), recibirá su pensión en términos de la Ley de 1973, dado que esas pensiones deben otorgarse bajo los parámetros fijados en las disposiciones de dicho cuerpo legal (tope de 10 salarios mínimos previsto en el artículo 33, segundo párrafo) y no con el artículo 28 y vigésimo quinto transitorio (tope de 25 salarios), en virtud de que el financiamiento del régimen de pensión anterior y el nuevo son distintos, motivo por el cual a cada uno se le debe aplicar la normativa correspondiente a su esquema pensionario.

Este argumento es contradictorio, porque los pensionados financiaron sus pensiones con las disposiciones aplicables, en su momento, por ambas leyes y, en forma específica, arriba de 10 salarios mínimos desde 1997.

Dicha Sala, en la jurisprudencia 2a./J 85/2010, señaló que en la reforma del 20 de julio de 1993 la intención del legislador fue establecer, en el segundo párrafo del artículo 33, el límite de 10 veces el salario mínimo como salario base de cotización a los seguros de invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, y por ello el salario base para cuantificar las pensiones no podría rebasar ese tope.

Sin embargo, también hace referencia a que en la exposición de motivos de la Ley de 1973 se aludió a “que tanto para el pago de las cuotas, como para el reconocimiento de derechos y el otorgamiento de las prestaciones en dinero, el salario es la base de cotización”. Empero, evade considerar tal salario, como es el hecho de que a partir de 1997 la generación en transición

¹⁶ IMSS, *cit.*

cotizó con un salario superior a los 10 salarios mínimos y teniendo como límite las 25 veces tal salario, porque desde la exposición de motivos de dicha ley se adujo que empezaría a cotizar en el nuevo sistema, razón por la que les aplicaron el artículo vigésimo quinto (incremento gradual de las cotizaciones).

La Segunda Sala concluye puntualizando que el ámbito de aplicación de la jurisprudencia 2a./J 85/2010, es decir, el tope de 10 salarios mínimos para el cálculo y pago de las pensiones:

- Aplica a los asegurados del régimen de mil novecientos setenta y tres que hayan cotizado conforme a las reglas del régimen de mil novecientos noventa y siete y hayan optado por el régimen de 1973 (los que hayan cotizado arriba de 10 y hasta 25 salarios mínimos).
- No aplica a los asegurados del régimen de mil novecientos setenta y tres que hayan cotizado conforme a las reglas del régimen de mil novecientos noventa y siete y hayan optado por este último régimen.

Pese al reconocimiento de que la generación en transición cotizó conforme a la Ley de 1997, esto es, para efectos recaudatorios conforme al artículo 28 y vigésimo quinto transitorio, la Segunda Sala de la SCJN determina que para el pago de pensiones no son aplicables tales disposiciones. Asimismo, señala que el artículo vigésimo quinto transitorio de la Ley de 1997 aplica para los asegurados que opten por pensionarse conforme al esquema de pensiones establecido en dicha ley, en oposición a lo señalado en la exposición de motivos de esta ley.

Empero, en ninguna de sus resoluciones dicha Sala se ha pronunciado respecto del excedente entre los más de 10 y los 25 salarios mínimos que cotizaron los asegurados afiliados antes del 1o. de julio de 1997, lo cual pudiera llegar a ser materia de demanda laboral o administrativa.

Por lo que hace al criterio jurisprudencial de que el tope de los 10 salarios mínimos “no aplicará a los asegurados del régimen de 1973 y que hayan cotizado conforme a las reglas del régimen de 1997 y hayan optado por este último régimen” resulta irrelevante, porque la pensión bajo el sistema de cuentas individuales dependerá del ahorro acumulado; entonces, no se necesita un límite para el cálculo de su pensión.

No obstante, pesará sobre los pensionados que elijan el sistema de 1997 el que no se les haya otorgado un “bono de reconocimiento” de los periodos cotizados en el anterior sistema, pues el ahorro acumulado en las cuentas

individuales es muy poco, como ya lo ha evidenciado la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar) respecto de la primera generación de ese sistema.¹⁷ Quizá sea esta la razón por la cual los pensionados de la generación en transición lo han hecho bajo el régimen de la Ley de 1973.

III. EL IMSS FRENTE A LA JURISPRUDENCIA

Desde el inicio de estas jurisprudencias en 2010, el titular del IMSS en turno ha emitido diversos comunicados de prensa, en los que, en un principio, aducía que se analizarían las implicaciones del criterio jurisprudencial para los futuros pensionados y, con base en ello, actuaría conforme a las disposiciones de la Ley del Seguro Social. Posteriormente, con motivo de la jurisprudencia 8/2016, se precisaron tres puntos: *a*) la jurisprudencia no alteraría el mecanismo de cálculo para el pago de las pensiones, de tal suerte que se garantizaban los derechos de los pensionados; *b*) los ya pensionados continuarían recibiendo de manera puntual su pensión, y *c*) se continuaría aplicando el tope de los 25 salarios mínimos en el pago de las pensiones.

Así, desde ese entonces el titular en turno ha expresado que la jurisprudencia no obliga o altera el cálculo de las pensiones y, por tanto, no aplicará éstas respecto al tope de 10 salarios mínimos para cuantificar y pagar las pensiones al amparo de la Ley del Seguro Social vigente al 30 de junio de 1997.¹⁸ Sirven de ejemplo las declaraciones siguientes:

...el IMSS pagará las pensiones de todos sus afiliados, sin importar si se jubilan (*sic*) por el régimen de la Ley de 1973, con un tope de 25 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.¹⁹

Se va a respetar el esquema de cotización de todos los trabajadores que están en este esquema de transición a la hora de cotizar arriba de 10 salarios mínimos, es decir, se les va a seguir calculando en 25, por una simple razón: creemos que es el trabajo de toda su vida que cotizaron con 25 salarios, pues sería injusto reducirlo a 10, pero la sentencia, esta controversia de tesis no es aplicable al Seguro Social.²⁰

¹⁷ En 2021, de 750 mil asegurados, sólo el 1% (750) alcanzará una pensión. El 99% (74,250) tendrán que seguir laborando o retirar sus ahorros en una sola exhibición.

¹⁸ IMSS, *Boletín de Prensa*, 30 de junio de 2010.

¹⁹ Arriola, Mikel, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/05/17/1093085>.

²⁰ Robledo, Zoé, conferencia de prensa del 4 de enero de 2020.

Entonces, con motivo de la jurisprudencia por contradicción de tesis 2a./164/2019, del 24 de enero de 2020, el Consejo Técnico de IMSS, en sesión extraordinaria celebrada el 5 de febrero de 2020,²¹ ratificó el criterio aplicado por el instituto para considerar los 25 salarios mínimos como límite superior para el pago de las pensiones al amparo de la Ley de 1973.

Sin embargo, no hay que olvidar que ante la impugnación en la vía jurisdiccional de los errores del instituto en el cálculo de las pensiones, o sus negativas a otorgarlas o a corregir y subsanar las diferencias, los representantes legales del IMSS son los que han solicitado la aplicación del tope de 10 salarios mínimos.

IV. REFLEXIONES FINALES

La medida adoptada por el Consejo Técnico de IMSS es insuficiente porque no se resuelve la incertidumbre jurídica hacia adelante; esto es, para los trabajadores en activo (generación en transición) que en su momento decidan elegir la Ley de 1973, ni tampoco los errores de cálculo en que incurra el instituto.

Es necesario que se expida y se publique, en el *Diario Oficial de la Federación*, un reglamento que precise las condiciones de cotizaciones, otorgamiento e incremento de los beneficios a que tiene derecho la generación en transición de 1973, pues ante una acción u omisión del IMSS en materia de pensiones en perjuicio de los pensionados, se da como un supuesto que ante un litigio en contra del instituto las instancias jurisdiccionales aplicarán la jurisprudencia del tope de los 10 salarios mínimos, a pesar de que se haya cotizado con los parámetro de la Ley de 1997.

Adicionalmente, hasta ahora no se ha planteado el hecho de que los incrementos anuales a las pensiones de la generación en transición se han realizado conforme al aumento de la unidad de medida y actualización (UMA) y no con base en los salarios mínimos, como lo establece la Ley de 1973, situación que afecta considerablemente a las pensiones más bajas, pues el incremento de la UMA para 2020 fue de 2.83%,²² mientras que de los salarios mínimos fue de 20% (14.67% del monto independiente de recuperación, más el 5% de aumento).

²¹ IMSS, *Boletín de Prensa*, núm. 064/2020, 6 de febrero de 2020.

²² Inegi, comunicado de prensa, núm. 008/20, 9 de enero de 2020.

Por último, con la decisión del Consejo Técnico de aplicar los 25 salarios mínimos podría entonces entenderse que ¿el IMSS dejará de aplicar la UMA para la cotización, cálculo e incremento de las pensiones?, pues un tema que está en debate al verse afectadas todas las pensiones, y en especial las más bajas, es que el porcentaje de incremento anual que les aplican es con base en dicha medida y no con el salario mínimo.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y del procedimiento*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, 252 pp.*

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicó, a finales de 2018, el libro reseñado, que, esencialmente, corresponde a la investigación doctoral de la autora, elaborada bajo la dirección del profesor Ángel J. Gómez Montoro, de quien es el prólogo una vez convertida en libro. La tesis fue defendida en la Universidad de Navarra, en diciembre de 2016, recibiendo la máxima calificación posible.

Como su título lo indica, la obra tiene por objeto analizar las posibles afectaciones a derechos fundamentales, en específico, los de libertad, que pueden generarse con motivo de la actividad que el Estado realiza para la protección social y económica de los particulares. Algo que desarrolla en tres capítulos.

En el primero, la autora expone la administración pública prestadora del Estado social. Recuerda cómo a las tareas de orden, seguridad, defensa y justicia propias de la administración liberal se le añadieron actividades prestadoras en ámbitos como la seguridad social, la educación o la salud, desde el triunfo del constitucionalismo social. De esta forma, el Ejecutivo pasó de ser el poder más temido al poder más necesitado.

No obstante, explica la doctora Orbegoso, que la administración pública sigue respondiendo, en su configuración, al modelo de Estado de policía propio del liberalismo, siendo que este modelo no existe desde hace muchos años. Por ello la administración prestadora no encaja en el cuadro tradicional, donde sigue encasillada.

Este anacronismo genera el problema central que intenta resolver el trabajo: la actividad de la administración pública prestadora puede implicar conflictos con derechos de libertad, como la libertad de conciencia o el libre desarrollo de la personalidad. Pensemos en el caso de las prestaciones alimentarias en el ámbito educativo. Habrá estudiantes judíos que requieran alimentos kósher,

* Recibido el 23 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.



musulmanes que tengan restricciones alimenticias o alumnos que hayan optado por una nutrición vegana. ¿Cómo articular la actuación de la administración pública con los derechos de quien recibe la prestación?

En efecto, como bien explica la autora, muchas veces los derechos de libertad no se respetan por diversos motivos, y el usuario de las prestaciones estatales tiene que aceptar condiciones contrarias a su dignidad para satisfacer su necesidad. Pero en un Estado constitucional democrático y social de derecho la escasez no debe ser causa de trasgresiones a las libertades; nadie debe verse en la disyuntiva de elegir entre su albedrío y la satisfacción de su carencia.

Puede pensarse que esta problemática se resuelve mediante los límites clásicos a la actuación de la administración, como son los principios de legalidad, reserva de ley y discrecionalidad administrativa. Sin embargo, en el capítulo II la autora expone extensamente que esos límites no son soluciones, pues la regulación a detalle merma la eficacia de la prestación de los servicios públicos.

Por ejemplo, explica que no puede tener cabida una aplicación estricta del principio de legalidad, ya que se espera que la administración pública pueda realizar actuaciones espontáneas sin limitación de la ley, o que la aplicación de la reserva de ley puede resultar complicada por no tratarse de actuaciones que *per se* pueden calificarse como limitadoras de derechos.

Ante ello, la doctora Orbegoso hace algunas propuestas para entender de otra manera estos principios tradicionales, como una aplicación no estricta del principio de legalidad, una mayor intervención del reglamento o la atención caso por caso.

No obstante, pese a que se conciban de otra forma estos principios clásicos, seguirá latente el problema de cómo lograr que las prestaciones sean efectivas, pero igualmente respetuosas de la dignidad de sus destinatarios. Por ello, en el capítulo III, que es la gran aportación de la obra, la autora parte de la doctrina alemana sobre la organización y el procedimiento.

En este apartado es donde se reflejan más los frutos de la estancia en la Universidad de Münster realizada por la doctora Orbegoso, quien es de origen peruano, pero radicada en México desde hace algunos años, en donde se ha desempeñado como académica de la Universidad Panamericana, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y, actualmente, de la Universidad de las Américas de Puebla.

La solución a la problemática, de acuerdo con la autora, pasa por añadir a las pautas clásicas que rigen a la administración otros dos principios que derivan de la cláusula del Estado democrático, como son el pluralismo y la participación. El pluralismo exige que al configurar cada prestación se tome

en cuenta la diversidad de los sujetos a quienes se dirigirán. La participación, por su parte, supone la colaboración de los destinatarios, pues de esta forma tendrán voz en la determinación de la prestación que recibirán y, además, se legitimará la actuación administrativa.

La incorporación de esos principios se concreta en dos elementos de la actividad estatal: la organización y el procedimiento. Una nueva comprensión de estos elementos será lo que permitirá garantizar *ex ante* la libertad del destinatario, quien no pretende actuar con base en meros caprichos, sino en opciones tuteladas por los derechos fundamentales.

De esta forma, hay que superar el entendimiento clásico de procedimiento como método para realizar un acto administrativo, para comprenderlo como un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre la administración y el ciudadano necesitado, que debe ser a la medida de la persona, puesto que sólo con la participación directa de éste en la configuración y ejecución de la prestación se garantiza la vigencia de sus derechos fundamentales. Así pues, requiere la existencia de un procedimiento de actuación en el sentido tradicional, pero también una participación del usuario.

Por su parte, el habitual concepto de *organización*, entendido como la estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones, debe reconfigurarse a la luz de la idea del pluralismo social. Esto se traducirá en dos cuestiones: la primera, que la oferta prestacional sea plural, es decir, que existan centros prestadores tanto públicos como privados; la segunda, que la prestación en sí misma sea plural, o sea, que existan diferentes prestaciones adecuadas para cada contingencia, y que éstas incorporen un abanico de opciones satisfactorias para diversos usuarios.

Con estos dos criterios se le puede dar un cauce al pluralismo organizado en una diversidad de centros, y una variedad de prestaciones que atiendan a las opiniones y preferencias de los destinatarios. Esta solución es sugestiva porque permite superar una visión demasiado económica de las prestaciones sociales que, sobre todo, busca la medición de resultados como prueba de la eficacia gubernamental, pero que en ocasiones desatiende las necesidades reales de las personas y la diversidad social, tuteladas por la Constitución.

Como conclusión, se trata de una investigación muy solvente, que enseña al mundo hispanoparlante que, si bien la cláusula del Estado social da origen a la política que busca promover la protección de los derechos humanos a través de recursos y prestaciones que ejecuta el Estado para garantizar una vida digna a las personas, también puede dar lugar a una zona de peligro para los derechos. Eso supondría un contrasentido con la idea de Estado social, pues

éste se garantiza no sólo ofreciendo prestaciones efectivas, sino respetando otros derechos. Además, es interesante en su propuesta de solución que pasa por la incorporación un procedimiento que permita la participación del beneficiario en la toma de decisiones, y una organización que satisfaga la demanda plural de toda la sociedad.

José María SOBERANES DÍEZ**

** Profesor-investigador en la Universidad Panamericana; investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

Organización Internacional del Trabajo,
*Mujeres y hombres en la economía informal: un
panorama estadístico*, 3a. ed., Suiza, OIT,
2018*

La publicación *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico* explica la manera en que la informalidad laboral tiene un efecto nocivo para los derechos de los trabajadores al no estar protegidos por una regulación. De igual manera, tiene un impacto negativo para el desarrollo de las empresas, ya que disminuye la productividad y ocasiona falta de acceso al financiamiento.

A pesar de existir trabajadores informales que no son pobres, y trabajadores formales que sí lo son, el estudio demuestra, a partir de estadísticas, que los trabajadores de la economía informal están más expuestos al riesgo de caer en la pobreza, debido a su inestabilidad laboral.

La información estadística que nos ofrece el libro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pretende facilitar la transición de trabajadores de la economía informal a la formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando la seguridad de ingresos, medios de sustento y de emprendimiento. El libro permite conocer la cantidad de personas ocupadas en el sector informal de la economía, además de contar con información sobre las medidas que se están utilizando en algunos países para transitar a la economía formal.

El estudio, igualmente, hace referencia a la Recomendación No. 204, relativa a la creación de empleos formales y la prevención de la informalidad en los empleos formales, fomentando la elaboración de leyes, políticas y medidas destinadas a facilitar la transición a la economía formal.

El libro destaca también la propuesta de El Consejo de Administración de la OIT, de un modelo de intervención para diseñar, implementar y hacer un seguimiento de las estrategias que cada país está implementando, partiendo

* Recibido el 15 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.



de sus propias necesidades. Este modelo consiste en: una fase de diagnóstico; un análisis del marco legal; políticas y prácticas; formulación de una estrategia integrada y un marco institucional, y, por último, la implementación y seguimiento del modelo de intervención.

El libro en comento busca brindar herramientas útiles a los países que están adoptando la Recomendación No. 204 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015 de la ONU, para que el tránsito de la informalidad a la formalidad vaya en la dirección correcta y permita su seguimiento.

Como lo señala la OIT, en las normas internacionales podemos encontrar la diferencia entre un empleo en el sector formal, que se define a partir de las características del lugar del trabajo, y el empleo informal, que se basa en el puesto de trabajo y se define a partir de la ausencia de prestaciones laborales y de seguridad social.

El empleo en el sector informal está formado por unidades de producción que tienen como propósito crear un empleo, sin la intención de violar la ley, según lo estableció las Directrices sobre una Definición Estadística de Empleo Informal, adoptadas por la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (noviembre-diciembre de 2003). Generalmente no están constituidas en sociedad con capital; se integra por miembros individuales o de un hogar con varios miembros, que funcionan en pequeña escala y con una organización rudimentaria.

En el caso de trabajadores de cuenta propia o empleadores, la condición de empleo informal se determina a partir de la participación de su unidad de producción en el sector informal. Todos los trabajadores familiares auxiliares se clasifican como trabajadores informales, independientemente de si la empresa lo es o no. Tal es la situación de los trabajadores no asalariados, pues cuando sí lo son, entonces la informalidad se determina a partir de los términos de su relación de trabajo.

Según las normas internacionales, un puesto de trabajo es considerado como informal cuando la relación de trabajo no está sujeta a legislación laboral alguna, a impuestos sobre la ganancia, protección social, o derecho a prestaciones sobre el empleo.

Del total de la población mundial de 15 años en adelante que se encuentra trabajando, dos mil millones se encuentran dentro de la economía informal, lo que representa un 61.2% del empleo. África tiene el nivel más alto de economía informal, seguida de Asia y el Pacífico y los Estados Árabes. Posteriormente está América, con un 40%, seguida de Europa y Asia Central. Considerando la exclusión del sector agrícola, el porcentaje de empleo informal se

reduce al 50%, pero las tres regiones con un porcentaje más alto de economía informal continúan siendo elevadas.

El empleo informal no solamente se encuentra en el sector informal, también lo podemos encontrar en los trabajadores informales en empresas formales o en los hogares, aunque en estos dos últimos el porcentaje no es representativo, pues no llega al 10%. Sin embargo, en las regiones de América, Europa y Asia Central, la participación de trabajadores informales en empresas formales representa una porción bastante grande y significativa. En África el empleo informal en hogares continúa siendo el más elevado.

Además de los trabajadores familiares auxiliares, otro de los tipos de trabajadores informales son los trabajadores por cuenta propia, tanto a nivel mundial como regional. A nivel mundial, el total de trabajadores por cuenta propia informales es del 86.1%. La informalidad es elevada tanto en los países emergentes como en los países desarrollados. Y los trabajadores por cuenta propia representan, a nivel mundial, un 45% del empleo informal; los empleados el 36%; los trabajadores familiares auxiliares el 16%, y los empleadores el 2.7%.

La informalidad es mayor cuando se trata de los jóvenes y personas mayores de 65 años, representados con un 75%. Es más probable que el empleo en las personas mayores sea informal que el de los jóvenes, pero esta comparación cuenta con un rango muy pequeño de diferencia y es independiente del desarrollo socioeconómico de la región o país.

En cuanto a la diferencia de género, las mujeres tienen mayor probabilidad de estar en un empleo informal que los hombres en países en desarrollo, pues la brecha de género es positiva en dos de cada tres países con ingresos bajos o medios. Sin embargo, a nivel mundial, la cantidad de hombres que se encuentran en un empleo informal es mayor que la de las mujeres, y esto debido a lo observado en países como China o la Federación de Rusia. Lo que marcan las estadísticas es que las mujeres con empleos informales se encuentran en una situación de más vulnerabilidad que los hombres, y en la mayoría de los casos esto sucede para las trabajadoras domésticas, trabajadoras a domicilio y trabajadoras familiares auxiliares. Es importante destacar que, a pesar del título de este libro, únicamente se destinan unos cuantos párrafos al estudio de la diferencia de género.

El nivel educativo de las personas también es un factor clave en la informalidad, a nivel mundial se ha observado que entre más alto sea el nivel de educación que tiene un país más bajo es su nivel de informalidad.

A partir de las estadísticas, la OIT pretende hacer una relación entre el índice de desarrollo humano y la informalidad. Este índice contempla aspectos

como tener una vida duradera y saludable, tener un mayor grado académico, o adquisición de conocimientos, y un disfrute de la vida digna. Los países con un producto interno bruto (PIB) per cápita más bajo tienden a tener un nivel más elevado de informalidad.

No todos los países que comparten el mismo nivel de PIB tienen similar porcentaje de empleo informal, el cual cambia dependiendo del sector que predomine en cada caso. Debido a que los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores familiares auxiliares no son tan fácilmente alcanzados por las políticas públicas impositivas, como en el caso de la seguridad social, se tienen que emplear métodos diferentes e innovadores que faciliten la transición al empleo formal.

A pesar de que la pobreza está íntimamente relacionada con el trabajo informal, se debe tomar en cuenta que cuando hablamos de informalidad, estudiamos individuos, y cuando nos referimos a pobreza, lo que se considera son las familias. Por lo tanto, a pesar de que el salario de un trabajador se encuentre por encima de la cifra media de pobreza, si es el único que aporta ingresos a su familia, muy probablemente tal familia sea considerada como pobre. Según estos estudios, en los países en desarrollo las mujeres que se encuentran en un empleo informal viven en hogares que están por debajo de la línea de pobreza, en su mayoría.

Un dato que resalta es que tener estudios formales no es garantía para conseguir un empleo formal. Lo que resultó cierto es que las personas que se encuentran en la economía informal no siempre tienen acceso a la educación formal, pero por medios de educación informal logran desarrollar habilidades y destrezas que les permiten acumular conocimientos, principalmente en el lugar de trabajo, en la comunidad, en el hogar o por la experiencia.

La falta de educación tiene niveles críticos en regiones en desarrollo, como son África y los Estado Árabes, pues en estas regiones el 44.5% de los trabajadores informales tienen educación primaria, y sólo el 2% de ellos educación terciaria.

Para los trabajadores subordinados, es decir, para los empleados de alguna empresa sin importar si está debidamente constituida conforme a su ley nacional, la informalidad se ve íntimamente relacionada con las horas de trabajo que realizan, ya sea porque son muy pocas o porque son excesivas.

Los tipos de trabajo atípicos que existen son: el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial (menos de 35 horas semanales), el trabajo temporal por medio de agencias, la relación de trabajo multipartita, el empleo encubierto y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. A nivel mundial,

el 84.3% de los empleos atípicos se encuentran dentro del empleo informal, sin importar el género de las personas o la región de que se trate.

Del total de trabajadores a tiempo completo, el 56% tienen empleos informales, mientras que el 75.1% de los trabajadores a tiempo parcial se encuentra en esta situación, y en los trabajadores subocupados (que trabajan menos de 10 horas semanales) la informalidad se ve representada por el 78.5%. Entonces, se demuestra que las horas laborales, en efecto, se ven directamente relacionadas con la posibilidad de encontrarse en un empleo informal.

Sin duda, el libro de la OIT es sumamente importante. El estudio del tema de la informalidad tiene una trascendencia inmensa en la actualidad para todos los países, puesto que la regulación para las formas de trabajo existentes nos ha sobrepasado. La realidad es que cada vez es menor el porcentaje de personas que se encuentran bajo la protección y regularidad de un empleo formal que les brinde prestaciones laborales y seguridad social. Por tanto, mecanismos impulsados por organismos internacionales como la OIT son los que le podrían permitir a los países transitar, de una manera correcta, de la informalidad a la formalidad, buscando dejar a salvo los derechos fundamentales de los trabajadores en todo momento. Y todo ello considerando que la mayoría de las personas que se encuentran desempeñando un empleo informal lo hacen por la imposibilidad, en muchas ocasiones, de acceder a uno formal, o por los bajos salarios que éste ofrece. Además, la informalidad está particularmente presente en los grupos vulnerables, como lo son las mujeres, personas con un bajo nivel educativo, los jóvenes, las personas adultas mayores de 65 años, las personas de bajos recursos económicos y los integrantes de comunidades rurales que practican actividades agrícolas. Para ellos debe pensarse el derecho del trabajo del siglo XXI.

Kate Aurora GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN**

** Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y estudiante de la licenciatura en la Facultad de Derecho de la misma universidad.

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL



INFORME: SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO, 2019*

REPORT: SOCIAL SECURITY IN MEXICO, 2019

RAPPORT: SÉCURITÉ SOCIALE DU MEXIQUE, 2019

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**

RESUMEN: El sistema jurídico mexicano experimentó diversos cambios en materia de trabajo y seguridad social durante el año 2019. El presente informe busca sintetizar dichos cambios con el fin de ofrecer un panorama para su evaluación a nivel nacional que permita, además, su utilización para posteriores análisis comparativos a nivel internacional. Para lograr su objetivo, se sigue una explicación sistemática de los diversos temas mediante un método deductivo y descriptivo. La aproximación se hace desde un entendimiento del sistema de la seguridad social mexicano donde múltiples factores generan cambios, creación y modificaciones a los programas sociales y políticas públicas, reformas legislativas, resoluciones del máximo órgano judicial del país y acuerdos internacionales en la materia.

Palabras clave: seguridad social, México, 2019, reformas legislativas.

ABSTRACT: The Mexican legal system experimented many changes in its labor and social security laws in 2019. The present report pretends to synthesize such changes with the objective of presenting a horizon for the evaluation at a national level and also for a future international comparative analysis. To this end, it follows a systematic analysis through a deductive and descriptive method. This approximation is made by considering that the Mexican labor and social security system changes by multiple ways and sources; creation and modification of social programs and public policies, law amendments, resolutions of the supreme court in the country and international agreements in the subject.

* Recibido el 16 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.

** Profesora investigadora, titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.



Keywords: social security, Mexico, 2019, legislative amendments.

RÉSUMÉ: Le système juridique mexicain a subi plusieurs changements dans le domaine du travail et de la sécurité sociale pendant l'année 2019. Ce rapport cherche à synthétiser ces changements afin d'offrir un panorama pour son évaluation au niveau national, qui permet également son utilisation pour des analyses comparatives au niveau international.

Pour atteindre son objectif, une explication systématique des différents thèmes est utilisée à partir de méthodes déductive et descriptive. L'approche repose sur une compréhension du système de sécurité sociale mexicain où de multiples facteurs génèrent des changements, créent et modifient des programmes sociaux et des politiques publiques, réformes législatives, résolutions de la plus haute instance judiciaire du pays et des accords internationaux en cette matière.

Mots clés: sécurité sociale, Mexique, 2019, réformes législatives.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto socioeconómico.* III. *Cambios en programas sociales.* IV. *Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Reformas legislativas.* VI. *Derecho internacional del trabajo y de la seguridad social.* VII. *Reflexiones a manera de conclusión.* VIII. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

El 2019 trajo consigo, para México, un número importante de noticias y cambios significativos en materia laboral y de seguridad social. Fue un año en el que se dieron los primeros resultados de las políticas implementadas por el nuevo gobierno presidencial apenas a finales del 2018. Y algunos puntos sobresalientes son los siguientes:

El país no tuvo crecimiento económico, pese a las altas expectativas que se generaron por parte del gobierno. De nueva cuenta son las remesas uno de los ingresos sustanciales. También destaca la publicación de los datos de la pobreza en México en un estudio comparativo que parte desde el año 2008 hasta el 2018, en el cual se muestra una ligera disminución porcentual de la misma.

En la evolución de los esquemas de protección social sobresalen dos criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) o

la Corte); el primero de ellos tendiente a la compatibilidad de pensiones, y el segundo respecto al análisis de la no discriminación del sexo masculino en las legislaciones estatales de pensiones que establecen un menor número de años de servicio para acceder a la jubilación por parte de las mujeres.

Otro de los aportes novedosos de la Corte son los criterios emitidos para el uso recreativo, lúdico y medicinal de la marihuana. En ellos se realizan estudios de fondo del principio de proporcionalidad, el derecho a la libre determinación y a la protección de la salud. Asimismo, la Corte generó un estudio trascendente de ponderación de derechos individuales frente a los derechos colectivos al negar un amparo a un hombre que fue despedido por tener un tatuaje con una cruz esvástica.

Ahora bien, en materia de trabajo y sus prestaciones de seguridad social se presenta, en primer lugar, la importante reforma de la Ley Federal del Trabajo, sus avances de aplicación y observancia por cuanto al procedimiento laboral, en específico: la regulación de los contratos colectivos y la sustitución de las juntas de conciliación y arbitraje por los juzgados laborales tanto a nivel federal como local, lo que significará una nueva forma de administración y aplicación de justicia en materia no sólo laboral, sino también de seguridad social. Además, entra en vigor la Norma Oficial Mexicana relativa a la prevención de riesgos psicosociales en el trabajo, la cual tiene como principales objetivos prevenir, identificar y sancionar las posibles causas de violencia que desencadenen padecimientos como el estrés laboral.

Y resulta interesante revisar los resultados preliminares de la implementación del programa para incorporar al régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) a las personas trabajadoras del hogar.

Finalmente, resulta indispensable presentar los resultados de este año de los programas sociales: Jóvenes Construyendo el Futuro (en el que se señalan tanto las ventajas como las desventajas que ha tenido); el cambio de operación del programa de estancias infantiles, y uno de los más controvertidos, la sustitución del Seguro Popular por el Instituto de Salud para el Bienestar.

Es por ello que, en seguimiento a un orden metodológico deductivo y descriptivo, el presente informe se compone de siete apartados, siendo el primero esta introducción al informe. El segundo, un breve resumen de los principales datos socioeconómicos y políticos del país, que permite contextualizar el marco en el cual se desarrollaron las principales transformaciones en materia de seguridad social. En el tercer apartado se exponen las novedades en los programas sociales asistenciales. En el cuarto, denominado “Principales

resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, se resaltan las tesis de la Corte que demuestran el activismo judicial y la evolución en la materia de administración de justicia en diversas áreas de la seguridad social: salud, pensiones, etcétera. En el quinto se exponen las escasas reformas legislativas. El penúltimo apartado se dedica al derecho internacional de la seguridad social, y por ello se menciona el único avance del 2019: la firma del acuerdo internacional por México y la United Farm Workers en materia de trabajo y seguridad social. Como cierre del informe se realiza una breve reflexión a manera de conclusión. Y por último, se encuentran las fuentes de investigación.

El análisis de los temas planteados permite hacer una valoración sobre los avances y retrocesos en materia de seguridad social durante un periodo determinado el año 2019.

II. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO

A inicios del 2019 el Fondo Monetario Internacional (FMI) proyectó un crecimiento de la economía mexicana del 2.0%;¹ mientras que el gobierno mexicano estimaba crecer al 4.5%.² Sin embargo, durante el primer semestre se registró un estancamiento del producto interno bruto (PIB) y en el tercer trimestre del 2019, en las actividades primarias, se registró un aumento del 3.3%, en actividades terciarias del 0.1% y una disminución en actividades secundarias del -0.1%.³ Dando como resultado que la tasa real de crecimiento anual fuera negativa, con -0.2%.⁴

Uno de los pilares más importantes en la economía mexicana son las remesas que ingresan al país, pues representan el 2.7% del PIB;⁵ principalmente las provenientes de trabajadores que se encuentran en Estados Unidos, y las

¹ Fondo Monetario Internacional, “Actualización de perspectivas de la economía mundial, enero 2019”, disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/01/11/weo-update-january-2019> (fecha de consulta: 8 de diciembre de 2020).

² México ¿Cómo vamos?, “Crecimiento económico”, disponible en: <https://mexicocomovamos.mx/?s=seccion&id=97> (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2019).

³ Inegi, “PIB y cuentas nacionales”, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/pib/> (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2019).

⁴ *Idem.*

⁵ “Alta dependencia de remesas en México, tema de preocupación”, *El Economista*, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Alta-dependencia-de-remesas-en-Mexico-tema-de-preocupacion-20190923-0029.html> (fecha de consulta: 8 de diciembre de 2020).

cuales alcanzaron un récord de 668,066,400 millones de pesos (35.46 billones USD),⁶ lo que se traduce en un 5.3% más respecto del año 2018.⁷

Durante el 2019 el número de personas desocupadas aumentó en México, pese a la implementación de programas sociales tendientes a reducir este indicador. La información oficial del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) para al tercer trimestre del 2019 reportó una población económicamente activa compuesta por 57 millones 349,577 personas. De ellas, el 60.3% se encontraba ocupada; es decir, destinó al menos una hora a la semana a desarrollar actividades productivas remuneradas o no, de las cuales el 19.5% del total se encuentra en condiciones críticas de ocupación y la tasa de informalidad laboral representó más de la mitad, con un 56.4%. Por su parte, la población desocupada fue de 2.1 millones de personas.⁸

De acuerdo con información proporcionada por el gobierno federal, durante el 2019 se generaron 724,287 empleos formales, de los cuales el 79.5% son formales y el 20.5% son eventuales.⁹ No obstante, estos datos se traducen en una disminución en el crecimiento del empleo formal, pasando de una tasa de crecimiento del 5.4% en el 2018 a sólo el 3.6% en 2019.¹⁰

En el mes de agosto de 2019 el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) proporcionó nuevos datos con respecto a la pobreza que vive la población mexicana. Cabe aclarar que esta institución gubernamental presenta información sobre la medición de la pobreza cada dos años, por lo que en esta ocasión se reporta la información más reciente publicada en el 2019 sobre los datos del 2018. El informe establece que el porcentaje de la población en situación de pobreza se redujo de 44.4% a 41.9% entre los años 2008 y 2018, representando una disminución media anual de 0.24 puntos porcentuales. Dicha disminución también impactó el número de personas en

⁶ La tasa de cambio utilizada para el presente informe es 18.84 pesos mexicanos = 1 USD, información del Banco de México al 9 de enero de 2020: “Tipo de cambio”, Banco de México, disponible en: <http://www.anterior.banxico.org.mx/portal-mercado-cambiarior/index.html> (fecha de consulta: 9 de enero de 2020).

⁷ Cfr. BBVA Research, “Migración y remesas 2019”, disponible en: <https://www.bbva.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2019/> (fecha de consulta: 17 de enero de 2020).

⁸ Inegi, “Empleo y ocupación”, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/empleo/> (fecha de consulta: 9 de diciembre de 2019).

⁹ Gobierno de México, “Se generaron más de 76 mil empleos durante el mes de noviembre”, disponible en: <https://www.gob.mx/sbcp/gacetateconomica/es/articulos/se-generaron-mas-de-76-mil-empleos-durante-noviembre-donde-el-74-fue-permanente?idiom=es> (fecha de consulta: 17 de enero de 2020).

¹⁰ *Idem*.

situación de pobreza extrema, pasando de 12.3 a 9.3 millones de personas, igual, entre 2008 y 2018. El informe antes mencionado establece la medición de 10 años, en donde se puede ver que el único año en donde aumentó la pobreza fue en el 2014, reduciéndose gradualmente en las mediciones del 2016 y 2018.

Pese a lo anterior, la UNAM señala que, de acuerdo con cifras del Programa Universitario de Estudios de Pobreza, el porcentaje total de la pobreza disminuyó un 2.5%, pero en términos absolutos el número total de pobres aumentó 2.9 millones.¹¹ Esto se debe a que en el 2008 sólo se medía la pobreza por ingresos, mientras que actualmente se realiza de forma multidimensional, de manera tal que la reducción de la pobreza es sólo atribuible a la política social, pues si se comparan únicamente los ingresos, ésta no presenta verdaderamente cambios.

Otro punto que debe destacarse es la desigualdad territorial entre grupos, concentrándose la mayor parte de la población en situación de pobreza dentro del suroeste del país, en Chiapas, Guerrero, Oaxaca y Veracruz.

III. CAMBIOS EN PROGRAMAS SOCIALES

1. *Programas reestructurados*

Durante el primer año de gobierno de Andrés Manuel López Obrador, dos programas sociales preexistentes fueron reformados en su funcionamiento. El primero de ellos, el Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, cambió en el monto que ahora se entrega a los adultos mayores y en los requisitos para ser beneficiario. El segundo, el Programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras y/o Padres Solos, sufrió un cambio más profundo en su funcionamiento, ya que prácticamente dejó de operar y se redujo únicamente a la entrega de un pago.

A. *Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores*

En México existe un programa asistencial denominado Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, que tiene como objetivo contribuir al bienestar de la población adulta mayor a través del otorgamiento de

¹¹ “Disminuyó 2.5 la pobreza en México”, *Gaceta UNAM*, disponible en: <https://www.gaceta.unam.mx/diminuyo-2-5-la-pobreza-en-mexico/> (fecha de consulta: 20 de enero de 2020).

una pensión no contributiva.¹² Cabe resaltar que este programa se implementó a nivel nacional desde el 2013,¹³ con otro nombre, y con el paso del tiempo ha sufrido diversos cambios, tanto en su denominación, monto de la pensión, así como los requisitos para obtener este beneficio.

Para enero de 2019 el programa sufrió un cambio estructural que modificó los requisitos para ser beneficiario y la cuantía de la pensión, quedando plasmados en las Reglas de Operación de la Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores para el ejercicio fiscal 2019.¹⁴ Estos cambios fueron:

- *Incremento en el monto de la pensión.* El nuevo monto mensual que reciben los beneficiarios es de 1,275 pesos (67.67 USD) entregados de manera bimestral. Esta modificación duplica el monto de la pensión que recibían los beneficiarios en los años anteriores, aunque no supera un salario mínimo mensual en México.¹⁵
- *Aumento de edad.* La edad para ser beneficiario de la pensión no contributiva aumentó de 65 a 68 años, con la excepción de personas que viven en comunidades catalogadas como pueblos indígenas, quienes pueden acceder a esta pensión a partir de los 65 años de edad.
- *Pensión universal.* Esta modificación establece que todas las personas tienen derecho de recibir la pensión no contributiva que otorga este programa, eliminando el requisito de no contar con otra pensión otorgada por los institutos de seguridad social o las entidades de la Administración Pública Federal. Esta modificación abrió la posibilidad de contar con una doble pensión para las personas que contribuyeron a algún sistema de pensión contributivo.

Las modificaciones mencionadas pretenden garantizar una pensión a todas las personas que radican en México en una etapa de la vida considerada vul-

¹² Gobierno de México, Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, México, 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-para-el-bienestar-de-las-personas-adultas-mayores> (fecha de consulta: 10 de enero de 2020).

¹³ Sedesol, “Diagnostico del Programa para Adultos Mayores”, México, disponible en: http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Sedesol/sppe/dgap/diagnostico/Diagnostico_PAM_2013.pdf (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2019).

¹⁴ Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación de la Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, para el ejercicio fiscal 2019, DOF, México, 2019, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5551445&fecha=28/02/2019 (fecha de consulta: 10 de enero de 2020).

¹⁵ Para el año 2019 el salario mínimo general diario en México fue de 102.68 pesos (5.45 USD); es decir, 3,621 pesos mensuales (191.19 USD).

nerable, garantizándoles los mínimos esenciales para su subsistencia y constituyen, por tanto, un primer escalón en la escalera de la protección social.

B. Programa de Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras y/o Padres Solos

Es un programa social asistencial a nivel federal que apoya a las madres que trabajan, buscan empleo o estudian, así como a los padres solos con hijos bajo su cuidado con edades entre 1 y 4 años, o entre 1 y 6 años en caso de tener alguna discapacidad en su cuidado, mientras se encuentran trabajando o estudiando.

En ese contexto, el actual gobierno ha realizado un cambio trascendental a este programa, ya que con base en las reglas operacionales publicadas el 28 de febrero de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, se establece que los apoyos que recibirán los beneficiarios se entregarán de manera directa a los padres y madres beneficiarios del programa y no a quienes administran las estancias infantiles, como anteriormente se venía realizando. Antes de las actuales reglas operacionales, el Estado cubría el costo de los servicios de cuidado y atención infantil al entregar 70,000 pesos (3,715.49 USD) para la instalación de una estancia, y pagaba a la persona responsable 950 pesos (50.42 USD) mensuales por cada niño de 1 a 4 años de edad, y en caso de tratarse de un menor con algún tipo de discapacidad, 1,800 (95.54 USD) por niño. Actualmente, con las nuevas reglas operacionales, el monto de los apoyos entregados directamente a los beneficiarios sólo será de 1,600 pesos (90.23 USD) bimestrales, pudiendo incrementarse hasta los 3,600 (191.08 USD) bimestrales por niño en caso de contar con alguna discapacidad.

Con esta reforma la responsabilidad del cuidado de los niños recae en los padres y, con el monto otorgado, ellos deberán solucionar el problema sin importar si este dinero se paga a los abuelos —como mencionó el presidente— o a cualquier otra persona, independientemente de su capacitación o si cuenta con infraestructura adecuada para ello, porque no se prevé ninguna inspección o vigilancia.

2. Nuevos programas

En este rubro sobresale la creación de dos programas emblemáticos del gobierno actual: el primero dedicado a la incorporación de los jóvenes al trabajo, Jóvenes Construyendo el Futuro, y el segundo, la desaparición del

programa social denominado Seguro Popular de Salud, creado por el ex presidente Vicente Fox, en el 2003, conforme al Programa Nacional de Salud 2001-2006, con la finalidad de “reducir la brecha entre familias derechohabientes de la seguridad social y las que no tienen esta prestación en materia de salud”,¹⁶ para dar pie a la creación del Instituto de Salud para el Bienestar (Insabi).

A. Jóvenes Construyendo el Futuro

A principios del 2019 se implementó el programa de asistencia social de capacitación laboral para jóvenes de entre 18 y 29 años de edad que no trabajan y tampoco estudian, sin importar su grado de escolaridad. Éste consiste en que se capaciten laboralmente en algún centro de trabajo de su elección durante un año, y para ello reciben una beca mensual de 3,600 pesos (191.08 USD), más su incorporación a la seguridad social mediante el aseguramiento en el IMSS.

El controvertido programa, coloquialmente denominado “becas para *ninis*”, luego de 11 meses de estar funcionando presenta resultados tanto positivos como negativos.

Los positivos son:

- Este programa de capacitación dirigido a los jóvenes ha sido útil para la formación de los mismos generando áreas de oportunidad para su futuro empleo, en el caso de los jóvenes que no tienen educación especializada.
- Se han incorporado un millón tres mil jóvenes (becarios) que anteriormente no se encontraban estudiando o trabajando, lo cual se traduce en una menor tasa de desocupación entre la juventud mexicana.¹⁷
- El total de los jóvenes incorporados al programa se encuentran inscritos en el IMSS, el cual les brinda atención en riesgos de trabajo y enfermedades.

¹⁶ Secretaría de Salud, Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de operación e indicadores de gestión y evaluación del Programa Salud para Todos (Seguro Popular de Salud), México, 2003, disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/a040703.html> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2019).

¹⁷ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Jóvenes construyendo un futuro en números”, disponible en: <https://jovenesconstruyendoelfuturo.stps.gob.mx/datos/> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2019).

- Se cuenta con 157,070 centros de trabajos registrados entre el sector público, privado y organizaciones sociales.¹⁸

Los negativos son:

- Dada la tardía aparición de las reglas de operación del programa, así como las ambigüedades y falta de candados que se presentaron en el inicio del funcionamiento, surgieron algunos casos que presentaban anomalías, sobre todo en el registro de centros de trabajo inexistentes o que carecían de información verificable.¹⁹
- Se dieron algunos casos de empresas que despidieron empleados para integrarlos posteriormente como becarios del programa.²⁰
- Los becarios no cuentan con una seguridad social integral, sólo atención médica y protección por riesgos de trabajo.
- Del total de los jóvenes registrados, 15 mil becarios han sido contratados por las empresas, lo cual representa el 1.5% del padrón total registrado desde su inicio.²¹ Y derivado de que no existe un compromiso de colaboración una vez que termine el año de capacitación, no se garantiza la inserción de los becarios en el mercado laboral.
- No existe una verdadera vinculación laboral en el caso de los jóvenes que cuentan con estudios de licenciatura o posgrado, pues en su mayoría se encuentran desempeñando actividades que no tienen relación con sus estudios.

B. *Sustitución del Seguro Popular por el Insabi*

El 29 de noviembre del 2019, a través del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, se ordena la sustitución del Seguro

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Mexicanos contra la corrupción y la impunidad, “Jóvenes construyendo un futuro: un programa con datos improbables, incompletos e inverificables”, disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/jcf-datos/> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2019).

²⁰ *Cfr.* “Programa Jóvenes Construyendo el Futuro podría precarizar el empleo para los jóvenes”, *El Contribuyente* (fecha de consulta: 6 de diciembre de 2019).

²¹ “De un millón de becarios sólo 15 mil han sido contratados STPS”, *El Universal*, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/de-un-millon-de-becarios-solo-15-mil-ban-sido-contratados-stps> (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2019).

Popular por el Insabi, el cual entró en vigor el 1o. de enero del 2020. Estas reformas dotan al nuevo instituto como organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, sectorizado con la Secretaría de Salud.²²

Se debe mencionar que el Seguro Popular inició sus funciones desde el 2003, y brindaba atención médica a personas que no contaban con ninguna afiliación a alguna de las instituciones de seguridad social, como lo es el IMSS o el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Este seguro dependía directamente de la Secretaría de Salud y otorgaba un piso básico de protección social en el cual se contemplaban los servicios a los que tenían derecho quienes se encontraban afiliados, siendo la atención médica de primer y segundo nivel gratuitas y con un pago progresivo la atención de tercer nivel. Su financiamiento era cubierto a través de un subsidio federal y se regía por las Reglas de Operación e Indicadores de Gestión y Evaluación del Seguro Popular de Salud.

Como consecuencia de la desaparición del Seguro Popular y la creación del Insabi, las modificaciones —más allá del nombre— no resultan claras, ya que aún no se cuentan con reglas de operación y no se ha determinado la fecha exacta de su publicación. Pese a ello, las modificaciones que a la fecha son palpables atienden a lo siguiente:

- Todas las personas que se encuentren en el país que no cuenten con seguridad social tienen derecho a recibir de forma gratuita la prestación de servicios públicos de salud, medicamentos, y demás insumos asociados, al momento de requerir la atención, de conformidad con el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social.²³ Siendo que, antes, únicamente se establecía este derecho a todos los mexicanos, lo que podría significar que se otorgue atención médica a los migrantes que se encuentren dentro del país sin importar su estatus legal, aunque —como se mencionó anteriormente— las reglas no están claras.
- No es necesaria la afiliación al Insabi como se hacía anteriormente con el Seguro Popular, ya que basta con presentar una identificación oficial: CURP, INE, o bien, acta de nacimiento, certificado de nacimiento o los

²² Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud.

²³ *Idem.*

documentos que establezcan las disposiciones reglamentarias.²⁴ Lo cual podría ser un elemento negativo de la reforma, puesto que al no contar con un padrón de beneficiarios se podría dar lugar a la no generación de un expediente médico de los usuarios y a una falta de control del número de personas que son atendidas. Además, esto reduce la población beneficiada, puesto que los migrantes, y muchos mexicanos de comunidades extremadamente pobres, tienen dificultades para acceder a documentos de identificación oficiales.

Es evidente que, ante la falta de reglamentación completa del Insabi, todavía no se puede formular enteramente un análisis comparativo de las ventajas y desventajas que se formulan a partir de su aplicación. Aun así, dentro de la primera quincena de enero se han observado las carencias que se presentan ante la desaparición del Seguro Popular, siendo éstas, principalmente: el cobro de las cuotas de recuperación a los pacientes, que antes no se realizaban, así como el desabasto de medicamentos, ante lo que el presidente de la República señaló que será a más tardar el primero de diciembre del 2020 cuando el 50% de la población que no tiene seguridad social contará con servicios médicos y medicinas de manera gratuita.²⁵

IV. PRINCIPALES RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El siguiente apartado se compone del análisis de la labor judicial y de cómo ésta genera cambios en el sistema de la seguridad social mexicano. Para esto se revisarán cuatro resoluciones de gran importancia para la materia, ya que involucran un replanteamiento en el sistema de salud y sus consideraciones sobre la marihuana. Si bien una de estas resoluciones versa sobre el uso lúdico de la marihuana, el razonamiento de la Corte repercutió en el uso medicinal de dicha planta, lo que lleva a reconsiderar las prohibiciones absolutas a medicamentos con contenido cannábico, así como a reformar la legislación en materia de salud. También se analiza el sistema de pensiones y la compatibilidad entre diferentes tipos de ellas, lo mismo que sus requisitos para la jubilación y, finalmente, se realiza un ejercicio de ponderación entre derechos

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Cfr.* Conferencia mañanera del presidente Andrés Manuel López Obrador, martes 14 de enero de 2020.

colectivos e individuales con repercusión en materia de trabajo y, por ende, de seguridad social.

1. *Derecho a la salud y consumo para fines lúdicos de la marihuana*

Desde 2016 la SCJN ha emitido resoluciones en favor del uso y consumo de marihuana para fines lúdicos y recreativos; no obstante, éstas únicamente beneficiaban a aquellos que, por medio de la promoción de un amparo, exigieran dicho derecho. En ese sentido, es hasta el 2019 que se crean jurisprudencias importantes en la materia, y además se resuelve a través de una sentencia el uso con fines medicinales de la misma.

En el mes de febrero de 2019, ante la negativa de un tribunal colegiado de circuito de la autorización de toda la cadena de autoconsumo de marihuana (desde la importación y adquisición de la semilla hasta la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento y consumo final de la planta en comento y sus derivados), la SCJN resolvió los asuntos con fundamento en la inconstitucionalidad planteada de varios artículos de la Ley General de Salud. El argumento principal esgrimido es que la ley establecía una política prohibicionista, que limitaba indebidamente los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, entre otros; todos en relación con el principio de dignidad humana.²⁶ Así pues, la SCJN emitió cuatro criterios jurisprudenciales importantes en la materia, atendiendo al principio de proporcionalidad, a la persecución de una finalidad constitucionalmente válida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la materia, los cuales se resumen a continuación:

- *La prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana persigue finalidades constitucionalmente válidas.* La Corte enfatizó que el legislador tuvo la intención de procurar la salud de los consumidores de drogas, así como de proteger a la sociedad de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de éstas, dado que se ha considerado que dicha actividad tiene efectos nocivos tanto para el consumidor como para la sociedad, en general. Al respecto, hay que destacar que ambas finalidades son

²⁶ Amparo en revisión 547/2018, Zara Ashley Snapp Hartman y otros, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 411.

constitucionalmente válidas y se encuentran recogidas en la Ley General de Salud.²⁷

- *Es inconstitucional la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de la marihuana prevista por la Ley General de Salud.*²⁸ En seguimiento y ampliación de la tesis anterior, se establece que la prohibición absoluta al consumo lúdico de la marihuana contemplada por la Ley General de Salud persigue finalidades válidas. Sin embargo, la forma en la que se hace resulta inconstitucional. Ello porque provoca una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que existen otras medidas prohibitivas idóneas para proteger la salud y el orden público.

Lo anterior es resultado del otorgamiento constitucional de una protección amplia a la autonomía de las personas al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida de los individuos; además de que tanto tratados internacionales como la propia Constitución reconocen un catálogo de derechos de libertad que se traducen en permisos para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas.²⁹

- *La prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana no es una medida necesaria para proteger la salud y el orden público.*³⁰ La Corte estableció también que la prohibición absoluta de la marihuana no constituye una medida necesaria para proteger los fines constitucionales que persigue el legislador, ya que existen medidas alternativas igualmente idóneas para alcanzar la protección de la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado el libre desarrollo de la personalidad. Ejemplos de dichas medidas

²⁷ Tesis: 1a./J.7/2019 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 454. Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana; ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas.

²⁸ Tesis: 1a./J.10/2019 (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 493, Jurisprudencia constitucional, inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico de la marihuana prevista por la Ley General de Salud.

²⁹ Amparo en revisión 547/2018, Zara Ashley Snapp Hartman y otros, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, cit., p. 411.

³⁰ Tesis: 1a./J.25/2019 (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 1127, Jurisprudencia administrativa, prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. No es una medida necesaria para proteger la salud y el orden público.

son desalentar conductas o establecer prohibiciones en supuestos específicos: prohibir manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la sustancia, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros a que también la consuman, de modo que los artículos de la Ley General de Salud que señalan su prohibición absoluta son una medida innecesaria en la consecución de su fin.

- *La prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana no es una medida proporcional para proteger la salud y el orden público.*³¹ En la última etapa del análisis del principio de proporcionalidad, la Corte realizó la comparación del grado de intervención en el derecho fundamental frente al grado de satisfacción de la finalidad constitucional perseguida. Así pues, sostiene que el “sistema de prohibiciones administrativas” ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida.

Lo más interesante de estas resoluciones de la Corte es que culminan —de forma inédita— con un Proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud que envía directamente al Senado, el cual no ha manifestado postura al respecto.

Ahora bien, tal como se mencionó en el primer párrafo de este apartado, la SCJN no sólo ha emitido resoluciones en favor del uso recreativo y lúdico de la marihuana, sino que se ha pronunciado en favor del uso medicinal de la misma, tal y como se muestra a continuación.

2. Derecho a la salud y el uso medicinal de la marihuana

En septiembre de 2019 la SCJN emitió una sentencia en la que se amparaba y protegía a un menor de edad para que pudiera hacer uso terapéutico del *cannabis* como tratamiento para la epilepsia, con el fin de controlar sus ataques, disminuir los tiempos prolongados en terapia intensiva y, por tanto, mejorar su calidad de vida.³²

³¹ Tesis: 1a./J.9/2019 (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, libro 63, t. I, febrero de 2019, p. 496. Jurisprudencia constitucional, prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, no es una medida proporcional para proteger la salud y el orden público.

³² Amparo en revisión 57/2019, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN.

El menor de edad, a través de su tutora legal, promovió un amparo con el cual pretendía que se le concediera el uso terapéutico de la marihuana, ya que debido a su condición médica de nacimiento, así como otros padecimientos que a lo largo de su infancia y adolescencia se fueron desarrollando (constantes estados epilépticos y el retroceso de su desarrollo cognitivo), su neurólogo pediatra recomendó que se le suministrara un aceite farmacológico que contiene cannabidiol (CBD), derivado de la *cannabis*. Con anterioridad, los padres del menor habían obtenido dos permisos de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) para la adquisición del aceite antes mencionado. Sin embargo, el menor generó una resistencia al componente y las mejoras que éste proveía disminuyeron. Ante la falta de reglamentación del tetrahidrocannabinol (THC) y sus derivados, su madre, a través de Internet, adquirió las semillas del *cannabis* para preparar su propia mezcla y solicitó el amparo para el uso terapéutico.

Con base en lo anterior, la SCJN, al conceder el amparo, determinó que los efectos de la sentencia fueran: *a)* Se ordena a la Secretaría de Salud que cumpla con la obligación de armonizar su legislación para el uso terapéutico del *cannabis* (no dio cumplimiento a un decreto de 2017 que le mandataba diseñar y ejecutar políticas públicas que regulen el uso medicinal del THC),³³ y *b)* Dentro de los lineamientos se debe contemplar, de manera enunciativa y no limitativa, toda la cadena de producción, desde la obtención y almacenamiento de semillas, su cultivo, cosecha, procesamiento, transportación, comercialización y, en general, todas las actividades dirigidas exclusivamente al uso terapéutico.

Como se puede observar, esta resolución de la Corte, pese a ser de carácter individual, podría concluir en la implementación de políticas públicas y reformas legislativas, y, por ende, convertirse en normas vinculantes para la sociedad, ya que la resolución obliga a las autoridades correspondientes a que tomen las medidas conducentes para garantizar el derecho a la salud de las personas que, por diversos padecimientos, necesitan hacer uso del *cannabis* y sus derivados, sin que con ello incurran en ningún delito.

3. *Resoluciones en materia de pensiones*

La SCJN se manifestó respecto a dos tesis jurisprudenciales diferentes sobre el tema de las pensiones. Por un lado, dio corrección a criterios judiciales

³³ Decreto que reforma los artículos 237, párrafo primero; 245, fracciones I y IV; 290, párrafo primero, y se adicionan el artículo 235 Bis y un segundo párrafo a la fracción V del artículo 245 de la Ley General de Salud de 2017.

mediante la resolución de una contradicción de tesis, porque no consideraban las diferencias de género en un análisis que incorporó diferencias sociales y biológicas para la formación del criterio jurisprudencial. En un segundo caso, se posicionó sobre la compatibilidad de pensiones como parte de una protección integral del derecho a la previsión social. A continuación, se explican con mayor detalle estos criterios.

*A. Acción afirmativa en favor de las mujeres trabajadoras
al servicio del Estado en materia de pensiones*

En noviembre de 2019 la SCJN publicó la jurisprudencia por contradicción de tesis³⁴ que establece que las leyes burocráticas que prevén un trato diferenciado en favor de las mujeres trabajadoras al exigir menos años de servicio para obtener la pensión de retiro no son violatorias del principio de igualdad jurídica.

En diversas normativas burocráticas de carácter estatal se establece como requisito para obtener una pensión por retiro un número menor de años para mujeres, en comparación con los hombres. En ese tenor, a partir del 2007, tribunales colegiados dictaron cuatro tesis aisladas que establecían que dichas normativas violaban los derechos humanos de igualdad y no discriminación, así como la garantía constitucional de igualdad ante la ley, esto al dar un trato desfavorable a los varones respecto de las mujeres.

Sin embargo, en noviembre de 2019 se emitió una contradicción de tesis por parte de la SCJN derivada de un nuevo caso promovido por una trabajadora a quien no le fue otorgado el beneficio al que se hace referencia, y una vez presentada su inconformidad y resuelto por un Tribunal Colegiado de Circuito, fue atraído por la SCJN, la cual resolvió que la diferencia de trato en materia de jubilaciones de mujeres y hombres respecto de edad y/o años de servicios pretende reconocer y garantizar que las trabajadoras gocen de la jubilación con anterioridad a los hombres, atendiendo a las diferencias biológicas y físicas que corresponden a cada uno. Aunado a lo anterior, se tomó en cuenta que, en la mayoría de los casos, la participación de la mujer durante su vida laboral activa implica la coexistencia con la maternidad y la subsecuente crianza de los hijos, lo cual trae como consecuencia una mayor ocupación, así como desgaste físico y mental para el desarrollo de las actividades laborales.

³⁴ Tesis 2a./ J. 140/2019(10a.), décima época, libro 72, t. I, noviembre de 2019, p. 607.

Además, la Corte señala que la asimetría en los años de servicio exigidos para la obtención del porcentaje máximo de una pensión entre hombres y mujeres en favor de las mujeres no viola el principio constitucional que establece “la mujer y el hombre son iguales ante la ley”, ya que el privilegio que se otorga aspira a establecer una igualdad real y no meramente formal entre ellos. Estas consideraciones utilizadas en el razonamiento de la Corte claramente constituyen una acción afirmativa de género.

B. *Compatibilidad de pensiones por jubilación y viudez en el ISSSTE*

En septiembre de 2019 la SCJN³⁵ declaró que una persona puede recibir por parte del ISSSTE, de manera conjunta e íntegra, tanto la pensión por viudez como aquella derivada de la jubilación.

Actualmente, el artículo 12 del Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores viola el derecho a la seguridad social y el principio de previsión social, ya que dicho artículo establece un límite de 10 salarios mínimos para quienes reciben dos pensiones por conceptos diferentes. En este caso, por viudez y por jubilación, de tal forma que aquellas personas que recibían una pensión por viudez, y posteriormente una por concepto de jubilación, tenían una disminución considerable en su ingreso personal y familiar.

Derivado de lo anterior, cinco personas promovieron un amparo en contra de las resoluciones que violentaban su derecho a recibir ambas pensiones, ello durante el periodo de agosto 2017 a agosto 2019. Así pues, cada uno de los amparos promovidos fue resuelto en el mismo sentido, dando lugar a la creación de una tesis jurisprudencial. Se debe decir que cada uno de los amparos promovidos tienen características particulares, no obstante, todos ellos tienen en común que al recibir los pagos correspondientes a sus pensiones únicamente recibían el monto de 10 salarios mínimos, motivo por el cual decidieron ampararse al considerar que se violentaban sus derechos.

De tal manera que la SCJN estableció que la recepción de ambas pensiones parte de la obligación del Estado de establecer un sistema íntegro que otorgue tranquilidad y bienestar personal a los trabajadores y a sus familias, orientados necesariamente a procurar el mejoramiento del nivel de vida. Por lo tanto, el derecho a recibir una pensión como consecuencia de la muerte de un trabajador constituye uno de los propósitos del principio de la previsión social. Igualmente, debe reconocerse que la jubilación representa parte del mismo

³⁵ Tesis jurisprudencial 2a./J.128/2019 (10a.).

principio de previsión social, pues ésta garantiza que después de laborar determinado número de años, se puedan retirar de su trabajo con la confianza de recibir una pensión que les permita vivir con dignidad.³⁶

4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación niega amparo a un hombre despedido por tatuaje con una cruz esvástica

El siguiente criterio a analizar, si bien no tiene un contenido laboral único, es indudable que se ve relacionado con la responsabilidad del patrón para rescindir la relación laboral sin responsabilidad cuando uno de sus trabajadores porta un símbolo perteneciente a un discurso de odio. Esto sienta un precedente importante para el desarrollo de un espacio laboral libre de violencia en cualquiera de sus manifestaciones (física o simbólica, como en el caso en comentario). Es de especial interés la interrelación que supone el caso, ya que aunque la terminación de la relación laboral había sucedido conforme a derecho mediante la indemnización correspondiente, el criterio judicial puede sentar precedente para, de manera indirecta, referirse al daño que se le causa al trabajador al momento de darse dicha rescisión ante la portación de un símbolo perteneciente a un discurso de odio.

Los hechos del caso y la resolución se narran a continuación, para explicar mejor esta interrelación de derechos y la preferencia, en este caso, por los derechos de los demás trabajadores, por encima del derecho a la libertad de expresión cuando el discurso emitido no es tutelado por la Constitución y la esfera de protección.

Un ex trabajador demandó a la empresa en la que prestó sus servicios por la vía civil aludiendo daño moral. En dicha demanda sostenía que fue víctima de discriminación al no permitírsele desempeñar un trabajo, ya que tenía un tatuaje en su cuerpo y esto afectó bienes jurídicos de su personalidad, causándole molestia, confusión, contrariedad y, en general, afectación a sus sentimientos. Los hechos de la demanda narraban que el demandante se presentó el primer día de trabajo a la sede de la empresa ostentando un tatuaje visible en el cuello, con una cruz esvástica. Ese mismo día se le pidió al trabajador que se cubriera o borrara el tatuaje debido a que otros trabajadores —quienes eran judíos— se sentían ofendidos, agredidos y/o violentados, así también porque el dueño de la empresa era judío y tenía con-

³⁶ Amparo en revisión 204/2017, quejosa: Sara Castro Martínez y recurrente: presidente de la República (autoridad responsable).

vicciones muy definidas sobre el tema. El demandante se negó y, en virtud de dicha negativa, se procedió a la terminación de la relación laboral, previa liquidación, finiquito y firma de la renuncia. Por su parte, la empresa contestó la demanda argumentando que en el primer día de trabajo se advirtió que el tatuaje correspondía a una cruz esvástica, referente al discurso antisemita del nazismo, lo que generó que las personas que laboraban para la empresa se mostraran atemorizadas y amenazadas al profesar la religión judía y tener raíces de origen hebreo.

La sentencia de primera instancia, dictada por el juez tercero de lo civil de la Ciudad de México, fue favorable a los intereses del actor, condenando a la empresa al pago de la indemnización correspondiente por daño moral y otras prestaciones. Sin embargo, al resolverse el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada en contra de dicha resolución, la Séptima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México revocó el primer fallo, al sostener “que el actor no probó el hecho ilícito” fundamento de la responsabilidad civil. Dicha determinación fue combatida por el otrora demandante vía amparo directo, en el cual el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito le concedió el amparo y protección de la Justicia de la Unión, al resolver, entre otros, que “no quedó demostrado que el actor desplegó una conducta antisemita, esto es, que la manifestación de su voluntad o intención en la relación privada existente al momento de su ingreso en las instalaciones de la demandada no tuvo como propósito discriminar al personal”.

Finalmente, la empresa interpuso un recurso de revisión que conoció la Primera Sala de la SCJN, a través de la ministra Norma Lucía Piña Hernández, quien revocó la sentencia del Tribunal Colegiado, considerando que, entre otras cosas, “el símbolo que portaba el quejoso representa un discurso de odio racista (antisemita), que, ante las circunstancias específicas del caso, actualizó una restricción a la protección constitucional y convencional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión por él ejercidos”.³⁷

Como se puede observar, la ministra ponente realizó una ponderación de derechos que permitió establecer que la empresa no había causado un daño en los derechos del quejoso porque dicho tatuaje hacía referencia a un discurso no protegido. De este razonamiento se puede extraer la conclusión de que la terminación de la relación laboral no fue producto de un acto de discrimi-

³⁷ Amparo directo en revisión 4865/2018, ponente ministra Norma Lucía Piña Hernández.

nación. De aquí que valga la pena hacer la mención de dicho criterio judicial, dadas sus repercusiones indirectas en materia de trabajo y seguridad social.

V. REFORMAS LEGISLATIVAS

En materia de reformas legislativas que se realizaron durante el 2019, es importante recalcar la reforma en materia de justicia laboral que se planteó desde hace tres años. En materia de seguridad social se analizan las reformas legales en materia de riesgos de trabajo, protección a la salud, el programa piloto de inscripción de trabajadores y trabajadoras del hogar al régimen obligatorio, así como el cambio en materia de prestaciones parentales.

1. *Reforma de la Ley Federal del Trabajo*

Los diversos intentos de reforma laboral desde el 2016 se cristalizaron el 1o. de mayo de 2019, con el decreto de reforma, adición y derogación de artículos de la Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social y Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva.³⁸ Este decreto —si bien entró en vigor el 2 de mayo del mismo año— prevé plazos diferenciados para las modificaciones más importantes, tales como:

- La legitimación de los contratos colectivos existentes (1o. de agosto de 2019).
- La creación de tribunales laborales en sustitución de las juntas de conciliación y arbitraje (1o. de mayo de 2022).
- La creación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, el cual se encargará de las conciliaciones en materia federal y todos los contratos colectivos de trabajo (1o. de mayo de 2021).
- La creación del Centro de Conciliación (1o. de mayo de mayo de 2022).

³⁸ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva, México, 2019, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019 (fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019).

Se debe aclarar que el Plan de Implementación de la Reforma Laboral consta, además de las fechas anteriores, de plazos específicos para cada uno de los estados, los cuales se dividen en tres bloques, estableciendo que para 2020 deberán comenzar los estados de Baja California Sur, Chiapas, Durango, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, San Luis Potosí, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas; para 2021 serán Aguascalientes, Baja California, Campeche, Colima, Guerrero, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Quintana Roo, Sinaloa y Yucatán, y finalmente, para mayo del 2022, se implementará en Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Sonora, Tamaulipas y Veracruz.

Ahora bien, dentro de las medidas que ya se implementaron se pueden encontrar tres, tal como se muestra a continuación.

A. Protocolo para la legitimación de contratos colectivos existentes

Conforme al artículo 11 transitorio del decreto del 1o. de mayo del 2019 de la Ley Federal del Trabajo, se establece que todos los sindicatos deberán legitimar sus contratos colectivos de trabajo en un plazo máximo de cuatro años. Por lo anterior, el 31 de julio fue publicado en el *DOF* el Protocolo para la Legitimación de Contratos Colectivos de Trabajadores Existentes, que establece las reglas y procedimientos para la legitimación de los contratos colectivos de trabajo que ya existan y sólo tendrá vigencia en tanto inicien las operaciones del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

El protocolo en comento tiene como una de sus finalidades garantizar el voto libre, seguro y secreto de los trabajadores para la aprobación de su contrato colectivo a través de la obligatoriedad de que la asamblea en donde se realice la votación sea verificada por un fedatario público o una autoridad laboral; con ello se intenta garantizar que los trabajadores conozcan y aprueben el contenido del mismo.

Así también se establece el procedimiento que se deberá seguir para dicha legitimación. Este procedimiento iniciará con una convocatoria publicada 10 días antes de la celebración de la asamblea, que se deberá llevar a cabo en un lugar accesible y seguro; se presentará un registro de asistentes y el resultado de la consulta se asentará en un acta que deberá firmarse y publicarse en lugares visibles dentro del centro de trabajo, y éste se validará por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Si la mayoría de los

trabajadores aprueba el contrato y la autoridad no realiza observaciones, el contrato se tendrá por legitimado.³⁹

B. Incorporación de nuevas plazas de inspectores para cumplir la reforma laboral

Sin duda alguna, una de las partes fundamentales para el respeto y observancia de la legislación laboral y el cumplimiento de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores es la inspección del trabajo, y dadas las nuevas reglas que deben acatar patrones, trabajadores y sindicatos, el gobierno federal decidió aumentar en un 27% su plantilla de inspectores del trabajo.⁴⁰

Así, con base en el Plan de Implementación de la Reforma Laboral,⁴¹ el número de inspectores federales pasará de 478 a 610, además de los 192 que se contemplan para laborar en el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. Aunado a lo anterior, están los inspectores locales, que suman, aproximadamente, 519.⁴²

C. Presupuesto para implementar la nueva reforma laboral

A inicios de 2019 aún no se tenía la certeza de aprobar la tan anunciada reforma laboral, por lo que para este ejercicio no se contempló el costo de implementación de la misma. No obstante, en el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación 2020 sí se contemplan recursos para implementar la reforma en comento.

Se propone que para la fase inicial se otorguen 481 millones de pesos (25,530,785.56 USD), de los cuales, para el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, se etiquetaron 105.7 millones (5,573,248.44 USD), y 375.3 millones (19,904,458.61 USD) serán para la creación de los tribunales labo-

³⁹ Cfr. Protocolo para la legitimación de contratos colectivos de trabajo existentes, *DOF*, México, 2019.

⁴⁰ “STPS incorpora inspectores para cumplir reforma laboral”, *El Economista*, disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/STPS-incorpora-inspectores-para-cumplir-reforma-laboral-20191023-0012.html> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2019).

⁴¹ STPS, Plan de implementación de la reforma laboral, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/499403/Plan_Trabajo_JFCA.pdf (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2019).

⁴² “STPS incorpora inspectores para cumplir reforma laboral”, *El Economista*, *cit.*

rales. Además, cada uno de los estados deberá contemplar, dentro de sus presupuestos, la implementación de los tribunales y centros de conciliación locales.⁴³

2. *La reforma laboral en materia de seguridad social*

Ahora bien, en materia específica de seguridad social, la reforma a la Ley Federal del Trabajo establece figuras protectoras de los derechos de la seguridad social de los y las trabajadoras mediante la adición de porciones normativas que decretan, como estipulaciones contrarias al orden público (y por tanto nulas), la simulación de relaciones laborales para evitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del patrón de pagar las contribuciones en materia de seguridad social o el registro ante la institución de seguridad social (IMSS) con un salario menor al que realmente recibe.

En materia procedimental se ordena a los institutos de seguridad social crear una instancia administrativa interna para la autocomposición de conflictos individuales de seguridad social. Igualmente, obliga a dichas instituciones a tener una plataforma informática que permita a los futuros tribunales laborales el acceso a sus bases de datos para la resolución de cualquier hecho controvertido en materia de conflictos individuales de seguridad social. No obstante, cabe señalar que en el mismo decreto se establece un periodo no mayor a dos años para que esta plataforma entre en operación (artículo vigésimo sexto transitorio); es decir, deberá entrar en vigor el día 2 de mayo de 2021 como fecha límite.

Como se puede apreciar, estas dos últimas regulaciones no tienen mayor descripción y tienen una gran importancia; la primera porque proporciona un elemento innovador en la solución de conflictos y la aplicación de justicia, que es la autocomposición; el segundo es un tema controvertido porque, al no delimitar el tipo de información que se compartirá con los tribunales laborales, están en juego los datos no sólo personales, sino sensibles de los trabajadores, como son los datos de salud.

Entre las múltiples reformas procedimentales se otorga la posibilidad a la parte actora para abstenerse de agotar la conciliación previa al procedimiento judicial si los conflictos versan sobre prestaciones de seguridad social por

⁴³ Cfr. “Insuficiente, presupuesto para reforma laboral, expertos”, *El Financiero*, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/insuficiente-presupuesto-para-reforma-laboral-expertos> (fecha de consulta: 8 de diciembre de 2019).

riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo. Si bien no existe un periodo para dar vigencia a esta reforma expreso en la reformada ley, es posible entender que, al ser una instancia del proceso prejudicial (Título Trece Bis), está sujeta a la entrada en vigor de los tribunales laborales. Para el fuero local se fijó un plazo máximo de tres años (artículo quinto transitorio); es decir, el 2 de mayo de 2022. Por su parte, para el fuero federal el plazo fijado fue de cuatro años a partir de la entrada en vigor del decreto (artículo sexto transitorio),⁴⁴ por lo tanto, se tiene como fecha límite el 2 de mayo de 2023.

3. *Riesgos de trabajo*

Como se señaló en el primer párrafo de este apartado, la introducción de la NOM-035-STPS-2018, que se comentará a continuación, supone un avance importante en pro de las y los trabajadores al considerar al estrés laboral como un factor de riesgo para la salud de las personas. La misma norma recaba una visión complejizada de la salud, las relaciones internas en los centros de trabajo y los factores internos y externos que se ven involucrados en la creación de situaciones que generan una afectación a la integridad física y psicológica de las y los trabajadores. Pero la norma no sólo aborda eventos traumáticos que generan esta afectación a la estabilidad de las y los trabajadores, sino que introduce una regulación de la vida interna de los centros de trabajo para generar un ambiente laboral libre de cualquier tipo de violencia, en donde se asegure el desarrollo personal de los sujetos que conviven en el centro de trabajo de manera armónica y pacífica. Así, establece obligaciones específicas a cargo del patrón para generar un ambiente donde las y los trabajadores se sientan incluidos y exista una distribución de las cargas de trabajo.

Protección de riesgos psicosociales de las y los trabajadores en México

El 23 de octubre de 2019 entró en vigor la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, relativa a la prevención de riesgos psicosociales en el trabajo. Esta norma tiene como objetivo “establecer los elementos para identificar,

⁴⁴ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones..., *cit.*

analizar y prevenir los factores de riesgo psicosocial, así como para promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo”.⁴⁵

Los factores de riesgo social a los que se hace referencia son aquellos que tengan relación con las condiciones en el ambiente de trabajo, la carga laboral, las jornadas laborales y la interferencia en la relación trabajo-familia en que se comprende el liderazgo negativo y la violencia laboral (acoso, hostigamiento, malos tratos).

Esta norma mexicana establece como obligaciones para el patrón el compromiso de la prevención de los factores de riesgo psicosocial, la prevención de la violencia laboral y la promoción de un entorno que favorezca un adecuado clima laboral. También se les señala a los trabajadores que deberán cumplir con las medidas de prevención; evitar las prácticas que atenten contra el clima organizacional y promuevan actos de violencia en el área de trabajo y participar en la identificación de los factores de riesgo psicosocial, entre otras obligaciones.⁴⁶

La entrada en vigor de dicha norma se delimita en dos etapas: la primera es a partir de 2019, cuando se deben establecer en los centros de trabajo políticas, medidas de prevención, identificación de los trabajadores expuestos a acontecimientos traumáticos severos y la difusión de la información. La segunda es a partir del 23 de octubre del 2020, en donde se realizará la identificación y análisis de los factores de riesgo psicosocial, la evaluación del entorno organizacional, las medidas y acciones de control, la práctica de exámenes médicos y los registros correspondientes.⁴⁷

4. *Protección a la salud*

Según el Instituto Mexicano para la Competitividad (Imco), más de la mitad de la población mexicana (52% entre niños y adultos)⁴⁸ sufren de algún tipo de obesidad, lo cual es un factor de riesgo detonante para otras enfermedades, como la diabetes o la hipertensión, por mencionar algunas. Esto genera un alto costo para la salud pública, y es por ello que el 8 de noviembre se publicó en el *DOF* la reforma a los artículos 2o., 66, 111, 114, 115, 159,

⁴⁵ Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, artículo 1o.

⁴⁶ *Cfr.* NOM-035-STPS-2018.

⁴⁷ *Cfr.* Guía informativa NOM-035-STPS-2018.

⁴⁸ Imco, “Kilos de más, pesos de menos: los costos de la obesidad en México”, disponible en: https://imco.org.mx/banner_es/kilos-de-mas-pesos-de-menos-obesidad-en-mexico/.

210, 212 y 215 de la Ley General de Salud, en materia de sobrepeso, obesidad y etiquetado de alimentos y bebidas no alcohólicas.

La reforma contempla una nueva forma de etiquetado en los alimentos y bebidas, la cual debe incluir de manera visible información nutrimental del producto, de fácil comprensión, y, en caso de que el producto exceda los límites máximos en azúcar, grasas saturadas y sodio, se deberá incluir la leyenda de “advertencia” en la parte frontal.

5. Reforma a la Ley del Seguro Social en materia de incorporación al IMSS de las personas trabajadoras del hogar

En abril del 2016 una empleada doméstica dio inicio al proceso ordinario laboral ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, en la cual demandaba las prestaciones de indemnización constitucional, pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y el pago del tiempo extraordinario trabajado, así como la inscripción retroactiva ante el IMSS. Ante la negativa en primera instancia, promovió un juicio de amparo por considerarse vulnerados sus derechos humanos, considerando que el artículo 13 de la Ley del Seguro Social era inconstitucional (no obliga a los patrones a asegurar a sus trabajadores domésticos). Derivado de la importancia del asunto, la SCJN atrajo el caso y realizó, históricamente, una recomendación a un organismo fiscal autónomo (IMSS), en la cual se estableció que el IMSS deberá crear un programa piloto, en un plazo no mayor de 18 meses, que proponga al Congreso de la Unión las adecuaciones legales para la incorporación de los trabajadores domésticos a un nuevo sistema especial de seguridad social en un plazo no mayor de tres años.

Debido a lo anterior, en el mes de febrero de 2019, se puso en marcha dicho programa en el IMSS, y el 30 de marzo entró en vigor el “Acuerdo relativo a las reglas de carácter general para la prueba piloto de la incorporación de los trabajadores domésticos al Régimen Obligatorio del Seguro Social”, que consiste, en una primera fase, en que los trabajadores del hogar o los patrones acudan al IMSS para realizar su inscripción, sin que existan, como tal, inspecciones o sanciones a quienes no lo hagan. Además, se adicionó la fracción IV al artículo 12 de la Ley del Seguro Social,⁴⁹ en donde se establecen como

⁴⁹ Si bien la reforma fue realizada durante 2019, conforme a los artículos transitorios segundo y tercero del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas

sujetos del régimen obligatorio a las personas trabajadoras del hogar, dotando así de todas las ramas de aseguramiento: riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, cesantía en edad avanzada, vejez y retiro, guarderías y prestaciones sociales. Lo anterior debido a que su incorporación era voluntaria, por lo tanto, dependía de la voluntad del empleador y era limitada a sólo dos ramas de aseguramiento.

Sin embargo, los resultados no son nada halagüeños, puesto que, al corte del tercer trimestre del 2019, del total de las 2.4 millones de personas que se dedican al trabajo doméstico, sólo 11 mil 947 están afiliadas al IMSS, de las cuales 76% son mujeres y 24% son hombres.⁵⁰

6. Prestaciones parentales para el cuidado de hijos

El 5 de junio de 2019 entró en vigor el decreto por el cual se adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que tiene como objetivo otorgar licencias por cuidados médicos a las madres o padres trabajadores asegurados que tengan hijos de hasta 16 años diagnosticados con cáncer de cualquier tipo por esos institutos de seguridad social. El objetivo es ausentarse de sus labores cuando el menor requiera de sus cuidados y/o apoyo en su tratamiento, sin detrimento económico y conservando sus derechos laborales.

El instituto a cargo del tratamiento del menor deberá expedir una constancia donde se acredite el padecimiento oncológico y la duración del tratamiento para notificar al centro de trabajo.

Cabe precisar que esta licencia no se les podrá otorgar a ambos padres, solamente a uno o, en su defecto, a quien esté a cargo de la patria potestad, con una vigencia de uno y hasta 28 días y se podrán expedir las licencias que sean necesarias, pero sin que excedan los 364 días consecutivos.

trabajadoras del hogar, la operatividad del derecho de las personas trabajadoras del hogar será vigente en un máximo de seis meses posteriores a la finalización del programa piloto (el cual tiene una duración de 18 meses contados a partir del 1o. de abril de 2019, fecha en que comenzó su funcionamiento). Véase Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones..., *cit.*

⁵⁰ “Casi 12 mil trabajadoras del hogar están afiliadas a seguridad social en el IMSS”, *ADN Noticias*, disponible en: <https://www.adn40.mx/noticia/poder/notas/2019-12-05-07-27/gobierno-federal-presento-avances-del-programa-para-inscribir-a-las-trabajadoras-domesticas-al-imss> (fecha de consulta: 8 de diciembre de 2019).

Esta licencia perderá su vigencia cuando el menor ya no se encuentre en un periodo crítico, cuando el menor cumpla 16 años, cuando el padre, madre o tutor con licencia cambie de trabajo o por fallecimiento del menor.⁵¹

VI. DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En este apartado se pueden mencionar dos eventos: el proceso de firma del T-MEC y la firma de acuerdo entre la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Unión de Campesinos de América.

1. T-MEC

El antiguo Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), vigente desde 1994, fue modificado y sustituido por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) el 29 de julio de 2019. Si bien fue firmado por los representantes de los poderes ejecutivos de estos países el 30 de noviembre del 2018, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina,⁵² su proceso de ratificación a cargo del Senado (en el caso mexicano) fue hasta el 19 de junio de 2019. Sin embargo, posterior a esta fecha los gobiernos estadounidense y canadiense exigieron la incorporación de cláusulas laborales en este nuevo tratado antes de ser ratificado por sus respectivos congresos, lo que derivó en mesas de negociación trilaterales que, como resultado, emitieron un Protocolo Modificatorio al T-MEC. Este protocolo fue firmado el 10 de diciembre de 2019⁵³ por representantes del

⁵¹ Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2019, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561817&fecha=04/06/2019 (fecha de consulta: 25 de agosto de 2019).

⁵² Dictamen de las comisiones unidas de relaciones exteriores; de Relaciones Exteriores América del Norte; de Puntos Constitucionales; de Economía, y de Trabajo y Previsión Social, por el que se aprueba el protocolo modificadorio al tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá y, además, dos acuerdos paralelos, firmados el 10 de diciembre de 2019 en la Ciudad de México. México, Senado de la República, LXIX Legislatura, 2019, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/103244.

⁵³ “México, EU y Canadá firman modificaciones para ratificar el T-MEC”, *Animal Político*, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/12/mexico-eu-canada-firman-acuerdo-tratado-t-mec/> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2020).

Poder Ejecutivo de los tres países. En el caso mexicano, la ratificación por parte del Senado se dio el 12 de diciembre de 2019⁵⁴ y fue publicado en el *DOF* en enero del 2020.

Sobresale en el contenido específico del T-MEC, en materia de seguridad social, la obligación de las partes, acorde al artículo 29.9 (Discriminación en el centro de trabajo), el “proporcionar licencias de trabajo para el nacimiento o la adopción de infantes y el cuidado de los miembros de la familia”.

2. *Acuerdo México-United Farm Workers*

El 25 de noviembre del 2019 se firmó un acuerdo histórico a favor de los trabajadores mexicanos agrícolas por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores a través del subsecretario para América del Norte, Jesús Seade, y la Unión de Campesinos de América (United Farm Workers, UFW), representada por su presidenta, Teresa Romero. La firma de dicho instrumento forma parte de la Estrategia de Protección al Migrante de febrero de 2019, a través de la cual se pretenden implementar las siguientes medidas:

- Adoptar como eje transversal la atención a los mexicanos en el exterior.
- Capacitar en atención al público y grupos vulnerables al personal del servicio exterior mexicano.
- Instaurar consultorios móviles integrales enfocados en las comunidades más vulnerables.
- Ampliar la red de abogados y organizaciones especializadas en la defensa de los derechos de los migrantes mexicanos.⁵⁵

Como parte de este último punto, las autoridades mexicanas se comprometieron a fortalecer la colaboración para defender los derechos de los trabajadores, independientemente de su situación migratoria, y fortalecer la colaboración actual de la red consular con la UFW, en particular en los estados de California y Washington, así como la capacitación de funcionarios consulares

⁵⁴ “Senado ratifica protocolo modificador del T-MEC”, *El Financiero*, disponible en: <https://elfinanciero.com.mx/nacional/senado-ratifica-protocolo-modificador-del-t-mec-pasa-al-ejecutivo> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2020).

⁵⁵ Gobierno de México, “El canciller Marcelo Ebrard presenta la estrategia de protección al migrante del Gobierno de México”, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/es/articulos/el-canciller-marcelo-ebrard-presenta-la-estrategia-de-proteccion-al-migrante-del-gobierno-de-mexico-193226?idiom=es> (fecha de consulta: 20 de enero de 2020).

de México en materia de violación de derechos laborales agrícolas para su correcta defensa y garantía.⁵⁶

VII. REFLEXIONES A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sin duda, 2019 representó un año importante para la seguridad social en México. No sólo se vieron los primeros resultados de los programas sociales implementados por el gobierno de Andrés Manuel López Obrador en el primer año de su gobierno, sino que se vislumbra una nueva etapa de desarrollo de la asistencia social en México, ante la cual queda la duda si la planeación conducirá hacia las prácticas características de programas clientelares.

Por otro lado, el tema que debe ser más estudiado y monitoreado es, en particular, la creación del Insabi como sustituto del Seguro Popular. Este nuevo sistema de protección universal enfrenta grandes retos ante la inmensa demanda y la poca oferta de personal, insumos y medicamentos que permitan asegurar un sistema de cobertura universal de calidad y que pueda brindar los niveles de atención y cobertura que promete.

En materia de reformas legislativas el 2019 fue un año histórico, con la publicación del decreto de reformas en materia de justicia laboral que pretende reestructurar el sistema de impartición de justicia con el fin de agilizar los procesos en beneficio de una justicia pronta y expedita. Si bien el decreto establece temporalidades a futuro, es importante comenzar a realizar un seguimiento en el cumplimiento de esta reforma fundamental para el sistema jurídico mexicano. Es importante no pasar por alto —dada la importancia de esta reforma— las demás reformas comentadas sobre riesgos psicosociales y etiquetado para prevenir la diabetes y la hipertensión como un abordaje multidimensional de la salud.

Por último, el activismo de la Corte en la concreción de la seguridad social como derecho humano se hizo nuevamente visible en algunas de sus resoluciones.

⁵⁶ Secretaría de Relaciones Exteriores, “México firma acuerdo con Unión de Campesinos de América a favor de trabajadores mexicanos agrícolas en EU”, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-firma-acuerdo-con-union-de-campesinos-de-america-a-favor-de-trabajadores-mexicanos-agricolas-en-eu?idiom=es> (fecha de consulta: 20 de enero de 2020).

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación de la Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, para el ejercicio fiscal 2019, DOF, México, 2019, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5551445&fecha=28/02/2019.
- “Alta dependencia de remesas en México, tema de preocupación”, *El Economista*, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Alta-dependencia-de-remesas-en-Mexico-tema-de-preocupacion-20190923-0029.html>.
- BBVA RESEARCH, “Migración y remesas 2019”, disponible en: <https://www.bbva.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2019/>.
- “Casi 12 mil trabajadoras del hogar están afiliadas a seguridad social en el IMSS”, *ADN Noticias*, disponible en: <https://www.adn40.mx/noticia/poder/notas/2019-12-05-07-27/gobierno-federal-presento-avances-del-programa-para-inscribir-a-las-trabajadoras-domesticas-al-imss>.
- “De un millón de becarios sólo 15 mil han sido contratados STPS”, *El Universal*, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/de-un-millon-de-becarios-solo-15-mil-han-sido-contratados-stps>.
- “Disminuyó 2.5 la pobreza en México”, *Gaceta UNAM*, disponible en: <https://www.gaceta.unam.mx/diminuyo-2-5-la-pobreza-en-mexico/>.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Actualización de perspectivas de la economía mundial, enero 2019”, disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2019/01/11/weo-update-january-2019>.
- GOBIERNO DE MÉXICO, “El canciller Marcelo Ebrard presenta la estrategia de protección al migrante del Gobierno de México”, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/es/articulos/el-canciller-marcelo-ebard-presenta-la-estrategia-de-proteccion-al-migrante-del-gobierno-de-mexico-193226?idiom=es>.
- GOBIERNO DE MÉXICO, Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, México, 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-para-el-bienestar-de-las-personas-adultas-mayores>.
- GOBIERNO DE MÉXICO, “Se generaron más de 76 mil empleos durante el mes de noviembre”, disponible en: <https://www.gob.mx/shcp/gacetaeconomica/es/articulos/se-generaron-mas-de-76-mil-empleos-durante-noviembre-donde-el-74-fue-permanente?idiom=es>.
- IMCO, “Kilos de más, pesos de menos: los costos de la obesidad en México”, disponible en: https://imco.org.mx/banner_es/kilos-de-mas-pesos-de-menos-obesidad-en-mexico/.

- INEGI, “Empleo y ocupación”, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/empleo/>.
- INEGI, “PIB y cuentas nacionales”, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/pib/>.
- “Insuficiente, presupuesto para reforma laboral, expertos”, *El Financiero*, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/insuficiente-presupuesto-para-reforma-laboral-expertos>.
- MEXICANOS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD, “Jóvenes construyendo un futuro: un programa con datos improbables, incompletos e inverificables”, disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/jcf-datos/>.
- MÉXICO ¿CÓMO VAMOS?, “Crecimiento económico”, disponible en: <https://mexicocomovamos.mx/?s=seccion&id=97>.
- “México, EU y Canadá firman modificaciones para ratificar el T-MEC”, *Animal Político*, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/12/mexico-eu-canada-firman-acuerdo-tratado-t-mec/>
- “Programa Jóvenes Construyendo el Futuro podría precarizar el empleo para los jóvenes”, *El Contribuyente*.
- Protocolo para la legitimación de contratos colectivos de trabajo existentes, DOF, México, 2019.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva, México, 2019, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, “México firma acuerdo con Unión de Campesinos de América a favor de trabajadores mexicanos agrícolas en EU”, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-firma-acuerdo-con-union-de-campesinos-de-america-a-favor-de-trabajadores-mexicanos-agricolas-en-eu?idiom=es>.
- SECRETARÍA DE SALUD, Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de operación e indicadores de gestión y evaluación del Programa Salud para Todos (Seguro Popular de Salud), México, 2003, disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/a040703.html>.

SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, “Jóvenes construyendo un futuro en números”, disponible en: <https://jovenesconstruyendoelfuturo.stps.gob.mx/datos/>.

SEDESOL, “Diagnostico del Programa para Adultos Mayores”, México, Sedesol, disponible en: http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Sedesol/sppe/dgap/diagnostico/Diagnostico_PAM_2013.pdf.

“Senado ratifica protocolo modificadorio del T-MEC”, *El Financiero*, disponible en: <https://elfinanciero.com.mx/nacional/senado-ratifica-protocolo-modificadorio-del-t-mec-pasa-al-ejecutivo>.

“STPS incorpora inspectores para cumplir reforma laboral”, *El Economista*, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/STPS-incorpora-inspectores-para-cumplir-reforma-laboral-20191023-0012.html>.

STPS, Plan de implementación de la reforma laboral, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/499403/Plan_Trabajo_JFCA.pdf.