

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 32, enero-junio de 2021



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

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: Isidro Saucedo

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); 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; José Fernando Franco González-Salas; Sergio García Ramírez; Porfirio Marquet; Diego Valadés; Jorge Witker.

MIEMBROS FUNDADORES

Santiago Barajas Montes de Oca †; Jorge Carpizo MacGregor †; Héctor Fix-Fierro †; Guillermo López Guizar †; 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: 5556227250 / ext. 85231

Email: rlds.ij@unam.mx

Revista Latinoamericana de Derecho Social por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivados 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 11 de diciembre de 2020

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, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN 1870-4670

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- Discursos constitucionales y sistemas de protección social en América Latina y el Caribe 3
Guillermo Alfonso MALDONADO SIERRA
- Reglas y principios en el derecho del trabajo. Una mirada desde el derecho del trabajo chileno. 23
Pedro IRURETA URIARTE
- Reconfiguración de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial 51
Jesús AGUILERA DURÁN
- El derecho a la seguridad social de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar: análisis desde el artículo 3o. de la resolución núm. CD 513 71
María Claudia SÁNCHEZ VERA
Seyedeh Sougand HESSAMZADEH VILLAMAGUA
Gustavo Marcelo SILVA CAJAS
- La promoción horizontal en educación básica: un derecho poliédrico y un tema pendiente en Nayarit 95
José Daniel AMAYA CARVAJAL
Deisy Elizabeth CISNEROS IBARRA
- El teletrabajo, la utilidad digital por la pandemia del COVID-19 . . . 125
Julio Ismael CAMACHO SOLÍS



| | |
|---|-----|
| Participación social en los sistemas de pensiones y reformas: Chile, España e Israel | 157 |
|---|-----|

Lilach LURIE

Eusebi COLAS-NEILA

Pablo ARELLANO ORTIZ

COMENTARIOS

| | |
|--|-----|
| Comentario sobre legislación laboral argentina general, Decreto de Necesidad y Urgencia 329 del año 2020, sobre emergencia laboral en tiempos de pandemia (COVID-19). | 187 |
|--|-----|

Carlos Manuel PENA

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

| | |
|--|-----|
| Sánchez Castañeda, Alfredo, <i>Alcances de la reforma constitucional respecto del derecho de acceso a la información en sindicatos</i> , México, INAI, 2020, 202 pp. | 201 |
|--|-----|

María Ascensión MORALES RAMÍREZ

| | |
|--|-----|
| Ernst, Ekkehardt, Merola, Rossana y Samaan, Daniel, “Economics of Artificial Intelligence: Implications for the Future of Work”, <i>IZA Journal of Labor Policy</i> , febrero de 2019, Suiza, vol. 9, núm. 4. | 205 |
|--|-----|

José Pablo HERNÁNDEZ RAMÍREZ

| | |
|--|-----|
| Mendizábal Bermúdez, Gabriela y Escalante Ferrer, Ana Esther, <i>Formación universitaria, trabajo y género en la cuarta revolución industrial</i> , Porrúa-Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2019, 330 pp. | 211 |
|--|-----|

Oscar Javier APÁEZ PINEDA

ARTÍCULOS



DISCURSOS CONSTITUCIONALES Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*

CONSTITUTIONAL SPEECHES AND SOCIAL PROTECTION
SYSTEMS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN

DISCOURS CONSTITUTIONNELS ET SYSTÈMES DE
PROTECTION SOCIALE EN AMÉRIQUE LATINE
ET DANS LES CARAÏBES

Guillermo Alfonso MALDONADO SIERRA**

RESUMEN: El discurso de los derechos ha ocupado un espacio histórico preponderante en el constitucionalismo de América Latina y el Caribe (ALC), impulsado con la llegada del constitucionalismo social a la región a principios del siglo XX, la constitucionalización del derecho a partir de la década de los ochenta, y los nuevos constitucionalismos latinoamericanos del presente siglo.

El derecho a la seguridad social ha sido parte de esta dinámica en la medida que cuenta con una dilatada trayectoria en su reconocimiento constitucional en los países de la región, reflejada en la creación de sistemas de seguridad social y posterior surgimiento de sistemas de protección social, todo lo cual contrasta con la situación persistente de pobreza, desigualdad y baja cobertura de los sistemas contributivos de la seguridad social en la Población Económicamente Activa (PEA) de ALC, y que la sumerge en una gran paradoja: a mayor realización de este derecho, menor es el interés de consagrarlo constitucionalmente, mientras que a menor goce efectivo del mismo, mayor es el reconocimiento constitucional que recibe, aspecto que podría catalogarse como una expresión del populismo político y normativo imperante en varios países de la región.

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Abogado especialista en derecho constitucional y magíster en protección social de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, Colombia.



Palabras clave: América Latina y el Caribe, constitucionalización, populismo, protección social, seguridad social.

ABSTRACT: The discourse of rights has occupied a preponderant historical space in the constitutionalism of Latin America and the Caribbean (ALC), driven by the arrival of social constitutionalism in the region in the early twentieth century, the constitutionalization of law from the decade of the eighty, and the new Latin American constitutionalisms of the present century.

The right to social security has been part of this dynamic, to the extent that it has a long history in its constitutional recognition in the countries of the region, reflected in the creation of social security systems and subsequent emergence of social protection systems, all of which contrasts with the persistent situation of poverty, inequality and low coverage of social security contributory systems in the Economically Active Population (PEA) of LAC, and which also immerses it in a great paradox: the greater realization of this right The lower the interest of constitutionally consecrating it, while the less effective enjoyment thereof, the greater the constitutional recognition it receives, an aspect that could be classified as an expression of the political and normative populism prevailing in several countries of the region.

Keywords: Constitutionalization, Latin America and the Caribbean, populism, social protection, social security.

RÉSUMÉ: Le discours des droits a occupé un espace historique prépondérant dans le constitutionnalisme de l'Amérique latine et des Caraïbes (ALC), entraîné par l'arrivée du constitutionnalisme social dans la région au début du XXe siècle, la constitutionnalisation du droit à partir de la décennie du quatre-vingt et les nouveaux constitutionnalismes latino-américains du siècle actuel.

Le droit à la sécurité sociale fait partie de cette dynamique, dans la mesure où il a une longue histoire dans sa reconnaissance constitutionnelle dans les pays de la région, reflétée dans la création de systèmes de sécurité sociale et l'émergence ultérieure de systèmes de protection sociale, qui contraste avec la persistance de la pauvreté, des inégalités et de la faible couverture des systèmes contributifs de sécurité sociale dans la population économiquement active (APE) de la région ALC, et qui l'immerge également dans un grand paradoxe: la plus grande réalisation de ce droit Plus l'intérêt de la consacrer constitutionnellement est faible, tandis que sa jouissance est moins efficace, plus sa reconnaissance

constitutionnelle est grande, un aspect qui pourrait être classé comme l'expression du populisme politique et normatif qui prévaut dans plusieurs pays de la région.

Mots-clés: Amérique latine et Caraïbes, constitutionnalisation, populisme, protection sociale, sécurité sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los orígenes de los sistemas de seguridad social en América Latina y el Caribe.* III. *Los sistemas de protección social en América Latina y el Caribe.* IV. *La consagración constitucional del derecho a la seguridad social en América Latina y el Caribe.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

En la historia del constitucionalismo moderno occidental, se observa recurrentemente que las Constituciones no solamente se han ocupado de organizar y alternar racionalmente el poder político, como mecanismo democrático para procurar por la convivencia pacífica de las sociedades, sino que en sus cartas políticas también ocupa un espacio preponderante el discurso de los derechos, bien sea para aplacar a las mayorías ávidas de cambios sociales, o para expresar en sus textos aquellos anhelos o utopías que denotan los deseos de progreso de los pueblos, o sus frustraciones ante las promesas fallidas de la democracia.

Sin embargo, desde la propuesta habermasiana del principio discursivo, la acción comunicativa y su acercamiento al Estado democrático de derecho, la producción de las normas jurídicas debe caracterizarse por contar con un juicio reflexivo por medio del cual los individuos y grupos acuerdan su expedición mediante razones válidas para todos los afectados, bajo un marco público lo más amplio posible en el que tengan cabida las diversas concepciones y expresiones racionales.

En ese ámbito, los principios y normas generales se deben aplicar de manera imparcial al contexto en sus planos ético, democrático y jurídico, para posibilitar no sólo a los ciudadanos, sino también al legislador y al juez, decidir si en la justificación y aplicación de los derechos fundamentales se han ofrecido todas las garantías democráticas existentes, de manera que la acción comunicativa resulta relevante para la búsqueda de la integración social en

aquellas sociedades donde el componente conflictivo es demasiado alto y excluyente.¹

Específicamente, el arribo del constitucionalismo social y la consagración de los primeros derechos laborales entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, tuvo como premisas esenciales contener el avance del comunismo y compensar los estragos de las guerras mundiales, objetivos que en varios países de la Europa occidental dieron lugar al Estado de bienestar que se erigió como garante de los derechos sociales, y que en varias latitudes del mundo intentó ser replicado, entre ellas América Latina y el Caribe (ALC).

Aunque la seguridad social tradicionalmente ha estado inmersa dentro del paquete de derechos sociales reconocidos por el constitucionalismo social en ALC, en un grupo importante de estos países la estructuración de este derecho estuvo marcada por la irrupción de dictaduras militares, golpes de estado y restricciones democráticas, que al menos en el ámbito normativo paradójicamente propendieron por su expansión y desarrollo, mientras que a partir de la década de los ochenta se presentó un proceso continuo de restablecimiento de las democracias y transformación hacia un constitucionalismo pluralista que activó la justicia constitucional, con una notable incidencia en el auge de la constitucionalización de la seguridad social.

De este modo, en el presente artículo se rastrean los orígenes de los sistemas de seguridad social en ALC, para luego mostrar la evolución de este concepto hacia la protección social y examinar el desempeño actual de estos sistemas en la región y su relación con el Producto Interno Bruto (PIB) de cada país; estas premisas son confrontadas con el proceso de incorporación constitucional del derecho a la seguridad social en ALC, y su consagración hoy día desde el punto de vista cuantitativo, con el fin de establecer la relación existente entre el discurso constitucional de la seguridad social y la concreción efectiva de este derecho.

Cabe destacar que de este estudio se sustraen los países caribeños de la *commonwealth* británica, debido a que su adscripción histórica a la tradición legal del *common law*, hace que sus constituciones marquen el énfasis en los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y las acciones constitucionales para su efectividad no aparecen ser un asunto relevante para los poderes políticos de la zona;² empero,

¹ Durango, Gerardo, “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 2006, pp. 13-32.

² Solamente la Constitución de Belice de 1981 alude discretamente a la seguridad social y a la salud en su preámbulo, mientras que la Constitución de Guyana de 1980 es la única que

esto no quiere decir que el derecho a la seguridad social no se garantice a los habitantes de esa región, puesto que en estos países también hay una amplia experiencia en la expedición de normas sobre seguridad social³ y ejemplos de desempeño sobresalientes.

II. LOS ORÍGENES DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

En términos generales, la seguridad social en su acepción moderna ha pasado por tres grandes etapas: *i*) los sistemas iniciales de protección, dentro de los que se encuentran el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la asistencia pública y la responsabilidad de los riesgos profesionales; *ii*) la creación de los seguros sociales, atribuida al canciller alemán Otto Bismarck, quien ideó el seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades dirigido y controlado por el Estado para proteger a los trabajadores de la industria en forma obligatoria, contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad, y *iii*) la seguridad social propiamente dicha, que no solamente se ocupa de proteger a los trabajadores por cuenta ajena, sino que surge con el propósito de amparar a toda la población contra los riesgos y contingencias a que están sujetos, surgida en Estados Unidos en 1936 para hacer frente a la

establece el derecho de los ciudadanos de la tercera edad y los discapacitados a recibir atención en salud y asistencia social gratuita. Acontece lo contrario con los derechos pensionales, puesto que todas las cartas fundamentales del Caribe anglófono dedican amplias secciones para precisar aspectos como la aplicabilidad y favorabilidad de las leyes pensionales antes y después de la independencia política del país respectivo, la obligación de reconocer los beneficios pensionales con cargo a un fondo consolidado, las situaciones en las cuales se puede retener o reducir las pensiones, los derechos pensionales de los trabajadores estatales, entre otros, siendo manifiesta la preocupación de estos países por salvaguardar la sostenibilidad financiera de sus sistemas pensionales.

³ Por ejemplo, en Antigua y Barbuda desde 1956 rige la Ley de Compensación para Trabajadores, y en 1970 el gobierno aprobó la Ley del Fondo Nacional de Previsión cuya implementación nunca se materializó, hasta que el 11 de julio de 1972 se expidió la Ley de Seguridad Social, convirtiéndose en el primer Estado del Caribe Oriental en haber introducido un sistema de seguridad social y el quinto sistema funcional de seguridad social en el Caribe de habla inglesa; esta Ley incluyó disposiciones para el pago de la pensión a los 60 años, pensiones de invalidez y de sobrevivientes, beneficios por enfermedad, maternidad y funeral, así como la definición de créditos para la introducción de prestaciones por accidentes laborales, que se otorgaron en virtud de la Ley de Indemnización por Accidentes del Trabajo.

crisis económica que asolaba el país, siendo éste un mecanismo que se extendió hacia otras latitudes del mundo a partir de la segunda postguerra.⁴

Estas fases presentaron un claro desarrollo en ALC, en tanto que la creación y acceso inicial a la seguridad social estuvo restringida a grupos de poder como los militares, sindicatos y servidores públicos, para luego trasegar a modelos de corte bismarckiano en los que en el marco de la ciudadanía laboral regulada se garantizaron derechos a los trabajadores regidos por un contrato laboral, presentando posteriormente esfuerzos de universalización a través de la expansión de los beneficios de la protección social a otros grupos poblacionales, a través de la implementación de medidas bastante *sui generis* en la región como son las transferencias económicas condicionadas.

A finales de la década de los setenta del siglo pasado, todos los países de ALC tenían implementados programas de seguro social, con algunas particularidades que hacen posible clasificarlos en tres grandes grupos conforme a la época en que introdujeron tales programas y el grado de desarrollo que alcanzaron, así:

- El grupo pionero-alto conformado por Uruguay, Argentina, Chile, Cuba, Brasil y Costa Rica, países que establecieron los primeros sistemas de seguros sociales en la región en los años veinte y treinta del siglo XX, con niveles importantes de cobertura y desarrollo.
- El grupo intermedio constituido por Panamá, México, Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela, quienes implementaron sus programas en las décadas cuarenta y cincuenta del siglo XX influenciados por el Informe Beveridge y los convenios de la OIT, logrando una cobertura media en sus sistemas.
- El grupo tardío-bajo, del cual hacen parte Paraguay, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Haití, que introdujeron sus programas de seguridad social en los años sesenta y setenta del siglo XX, con menor cobertura y desarrollo de sus sistemas.⁵

⁴ Nugent, Ricardo, “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, en Buen Lozano, Néstor de, y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, AIDTSS-UNAM, 1997, pp. 606-617, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/139-instituciones-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social>.

⁵ Mesa-Lago, Carmelo, “Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social”, *Serie 144 - Financiamiento del desarrollo*, 2004, pp. 1-137, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5126-reformas-pensiones-america-latina-su-impacto-principios-la-seguridad-social>.

III. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

En los análisis contemporáneos en la materia es recurrente observar la ubicación de la seguridad social dentro de una noción más amplia como es la protección social, concepto que “tiene por objetivos garantizar un ingreso que permita mantener niveles mínimos de calidad de vida para el desarrollo de las personas; posibilitar el acceso a servicios sociales y de promoción, y procurar la universalización del trabajo decente”,⁶ de manera que para lograr esos objetivos abarca tres grandes componentes, como son: 1) la protección social no contributiva o asistencia social, que incluye medidas tanto universales como focalizadas; 2) la protección social contributiva o seguridad social, y 3) la regulación de los mercados laborales, que consiste en la expedición de normas y estándares orientados a fomentar y proteger el trabajo decente.⁷

Ahora bien, confrontando los antecedentes históricos del surgimiento de los sistemas de seguridad social en ALC con el desempeño actual de los sistemas de protección social en la región, se observa que la clasificación de estos subgrupos no ha diferido mucho en el tiempo, en tanto que un estudio realizado a partir de la medición del Índice de Protección Social de 2012, el cual se construyó sobre las dimensiones de universalidad, solidaridad y gasto social de 18 países de la región,⁸ se elaboraron tres categorías de países de acuerdo con las puntuaciones finales alcanzadas, de este modo:

- El grupo de Uruguay, Chile, Costa Rica, Argentina y Brasil, países que obtuvieron la calificación más alta debido a que cuentan con sistemas de

⁶ Cecchini, Simone y Martínez, Rodrigo, “Protección social inclusiva en América Latina. Una mirada integral, un enfoque de derechos”, Santiago de Chile, 2011, pp. 18, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2593/1/S2011914_es.pdf.

⁷ En el ámbito del derecho internacional de la seguridad social y los instrumentos jurídicos expedidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se ha evidenciado con mayor rigor la inserción del concepto de seguridad social en la protección social, como se observa en la Recomendación núm. 202 de 2012 sobre los pisos de protección social, definidos en su numeral 2 como “conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social”.

⁸ Gómez-Arteaga, Natalie y Ocampo, José, “Los sistemas de protección social, la redistribución y el crecimiento en América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 122, 2017, pp. 1-27, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42030/1/RVE122_Ocampo.pdf.

- protección social más integrales, por cuanto su cobertura en pensiones contributivas para personas mayores de 65 años es del 81.8%, los asalariados afiliados a sistemas de pensiones corresponden al 77.1%, y los asalariados afiliados a sistemas de salud están en el 90%.
- El grupo de Venezuela, Colombia, Perú, México, Ecuador, República Dominicana y Panamá, en razón a que sus sistemas de protección social son intermedios, como quiera que su cobertura en pensiones contributivas para personas mayores de 65 años es del 28.4%, sustancialmente baja en comparación con el primer grupo, los asalariados afiliados a sistemas de pensiones equivalen al 58.3%, y los asalariados afiliados a sistemas de salud representa el 75.1%.
 - El grupo de El Salvador, Paraguay, Bolivia, Nicaragua, Guatemala y Honduras, en tanto que estos países disponen de sistemas de protección social limitados, siendo que su cobertura en pensiones contributivas para personas mayores de 65 años es apenas del 15.3%, los asalariados afiliados a sistemas de pensiones corresponden escasamente al 37.6%, y los asalariados afiliados a sistemas de salud equivalen al 41.9%.

Desde una perspectiva histórica, el estudio señala que en ALC el enfoque más cercano al estado de bienestar sólo se concretó en Argentina, Costa Rica, Chile y Uruguay, sin llegar a desarrollarse como en los países industrializados. Sin embargo, en el caso de los países del Cono Sur, señala que su desarrollo económico les ha permitido aumentar la proporción del gasto social, en razón a que su gasto social en protección social como porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) es del 9.9% y en salud del 5.1%, *versus* el 3.7% y 2.1% de los países intermedios y el 3.3% y 2.7% de los países limitados, respectivamente.

Asimismo, el estudio refiere que existe una asociación positiva entre un mayor PIB per cápita y un valor más alto del índice de protección social, pues cuanto más alto sea el PIB per cápita del respectivo país, mayor será su índice de protección social; de este modo, los países con sistemas de protección social limitados, como son El Salvador, Paraguay, Bolivia, Nicaragua, Guatemala y Honduras, son los que precisamente se ubican en el grupo de países con un PIB per cápita bajo; los países con sistemas de protección social intermedio, entre ellos, Venezuela, Colombia, Perú, Ecuador, República Dominicana, se encuentran en la zona media del PIB per cápita de la región, salvo Panamá, cuyo PIB per cápita es mayor pero registra un índice de protección social bajo, y México que a pesar de tener el segundo PIB per cápita más alto de ALC, dispone de un sistema de protección social intermedio.

Algo análogo sucede con los países que disponen de sistemas de protección social integrales, es decir, Uruguay, Chile, Argentina y Brasil, que se ubican en el grupo de países ricos de la región, con excepciones puntuales como el caso de Costa Rica que, con un PIB ligeramente superior a la media regional, ha logrado la segunda puntuación más alta en el índice de protección social.

Estos estudios son coincidentes con las mediciones de las brechas de bienestar en ALC que clasifican a los Estados de acuerdo con su capacidad de generar ingresos a través del mercado laboral para sustentar a sus miembros, y a sus capacidades para proporcionar sustento y protección a quienes carecen de ingresos o acceden a ingresos insuficientes, que distribuyen a los países de la región en tres grandes grupos a partir de 2012, así:

- Países con brechas severas, entre los cuales se encuentran Bolivia, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Paraguay;
- Países con brechas moderadas, comprendidos por Colombia, Ecuador, México, Perú y República Dominicana, y
- Países con brechas modestas, como son Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Panamá, Uruguay y Venezuela⁹.

Si bien en estas mediciones se advierte que no se cuenta con información de algunas variables socioeconómicas de los países del Caribe y las dificultades de analizar a Cuba por las diferencias de su sistema económico, a partir de la asociación de otras variables entre ellas su PIB y las tasas de dependencia, logran ubicar a Jamaica dentro del grupo de brechas moderadas, a Cuba y Trinidad y Tobago en la categoría de brechas modestas, y a Haití en el grupo de brechas extremas.

Todo lo anterior permite concluir entonces que, entre la aparente homogeneidad de la génesis y desarrollo de la seguridad social en la región, las asimetrías existentes entre los países pioneros, intermedios y tardíos en la implementación de la seguridad social, se han replicado directamente en el desempeño de sus sistemas de protección social, ámbito en el que la riqueza de los países también pareciera condicionar este desarrollo, salvo contadas excepciones.

⁹ Cecchini, Simone *et al.*, “Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada”, *Serie Políticas Sociales*, Santiago de Chile, CEPAL, núm. 202, 2014, pp. 1-50, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/36831-sistemas-proteccion-social-america-latina-caribe-perspectiva-comparada>.

Esta situación reviste tal gravedad, que el “Panorama Social de América Latina 2019” elaborado por la CEPAL,¹⁰ concluye que en 2018 el 30.1% de la población regional estaba bajo la línea de pobreza, mientras que 10.7% se encontraba bajo el umbral de la pobreza extrema, lo que significa que aproximadamente 185 millones de personas se encontraban en situación de pobreza, de las cuales 66 millones estaban en situación de pobreza extrema.

Entre tanto, en materia de pensiones, el estudio refiere que en 2017 sólo el 47.5% de la PEA de 15 o más años en el estrato de ingreso medio-bajos estaba afiliada o cotizaba a un sistema de pensiones, y que esta cobertura ascendía al 60.1% en los estratos medio-intermedios y a sólo el 69.8% en los estratos medio-altos, lo cual significa que casi una de cada tres personas económicamente activas no estaba afiliada ni cotizaba a un sistema de pensiones, mientras que la población de los estratos bajos y medios bajos contaba con una cobertura en el sistema de pensiones de aproximadamente 31.8%.

IV. LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

La historia del constitucionalismo en ALC refleja que a partir de sus procesos independentistas ha atravesado por varias etapas, cada una de las cuales resolvió problemáticas particulares y ha dejado su impronta en la realidad constitucional de la región, al punto que en la fase del constitucionalismo social ubicada entre 1917 y 1980, e inaugurada con la expedición de la Constitución mexicana de 1917, se incorporaron los primeros derechos sociales en las cartas políticas de estos países, tal como se evidencia en las Constituciones de Perú en 1920, Chile en 1925, Ecuador en 1929, Uruguay y Brasil en 1934, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Nicaragua en 1939, Cuba y Paraguay en 1940, Panamá en 1941, República Dominicana en 1942, Costa Rica en 1943, Guatemala en 1945, Argentina en 1949, El Salvador y Haití en 1950, culminando en Honduras en 1957.

Aun así, las violaciones sistemáticas a los derechos humanos en varios de estos países durante las dictaduras y el retorno paulatino de la democracia desde la década de los ochenta, abrieron paso a una nueva etapa del constitucionalismo en ALC, expresado en las Constituciones de Colombia en 1991, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009,

¹⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Panorama Social de América Latina 2019”, Santiago de Chile, 2019, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf.

México en 2011, entre otras, caracterizada por la ampliación de la lista de derechos sociales, el reconocimiento de comunidades que tradicionalmente habían sido marginadas del orden político, económico y social, la activación de la justicia constitucional, y la interpretación alternativa del derecho que le confiere valor normativo a la Constitución, para irradiar el ordenamiento jurídico con sus principios y valores permeando así a todas las ramas del derecho.¹¹

Precisamente, se considera que un denominador común de la seguridad social en la región radica en su generalizada consagración constitucional, con cierto grado de homogeneidad y el fortalecimiento de los mecanismos de garantía constitucional para su exigibilidad;¹² asimismo, se destaca que la constitucionalización de la seguridad social es un hecho incuestionable resultado del avance jurídico legislativo de la segunda mitad del siglo XX, dada su consagración en las diferentes Constituciones políticas iberoamericanas, y su reconocimiento como un derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹³

En retrospectiva, el proceso de incorporación constitucional del derecho a la seguridad social en las cartas políticas de los países de ALC, se presentó casi de manera sincrónica con la llegada del constitucionalismo social y los derechos laborales, contexto en el que es posible agruparlos de acuerdo con el año en que se insertó este derecho en sus respectivas Constituciones, de esta forma:

— Pioneros, como son Perú en 1920,¹⁴ Chile en 1925,¹⁵ Ecuador en 1929¹⁶ y México con la reforma constitucional del mismo año;¹⁷

¹¹ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, 2011, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/04/doctrina28469.pdf>.

¹² Panizo, José, “La seguridad social en las Constituciones iberoamericanas”, OISS-AE-CID, 2017, disponible en: http://www.oiss.org/IMG/pdf/La_Seguridad_Social_en_las_Constituciones_Iberoamericanas.pdf.

¹³ Ruiz, Ángel, “La constitucionalización del derecho humano a la seguridad social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, UNAM, núm. 19, 2014, pp. 63-86, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702014000200063.

¹⁴ Artículos 47, 55 y 56.

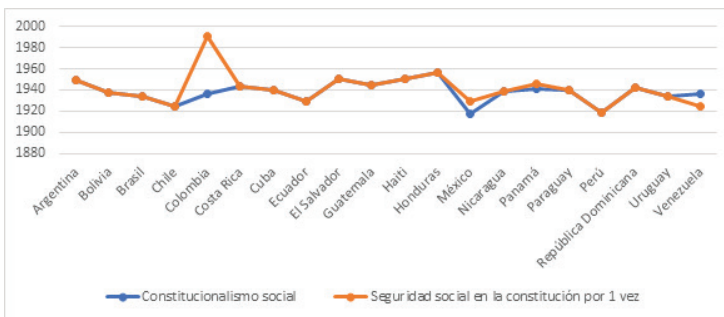
¹⁵ Artículo 10, numeral 14.

¹⁶ Artículo 151.

¹⁷ En la reforma constitucional del 6 de septiembre de 1929, se modificó el artículo 123 de la Constitución de 1917 para insertar directamente la seguridad social al modificar su numeral

- Intermedios, entre los que se encuentran Brasil¹⁸ y Uruguay en 1934,¹⁹ Venezuela en 1936,²⁰ Bolivia en 1938,²¹ Nicaragua en 1939,²² Cuba²³ y Paraguay en 1940,²⁴ República Dominicana en 1942,²⁵ Costa Rica en 1943,²⁶ El Salvador²⁷ y Guatemala en 1945,²⁸ Panamá en 1946²⁹ y Argentina en 1949,³⁰ y
- Tardíos, conformado por Haití en 1950,³¹ Honduras en 1957³² y Colombia en 1991.³³

GRÁFICA 1. El constitucionalismo social en ALC y la primera mención constitucional del derecho a la seguridad social



FUENTE: Elaboración propia

XXIX, declarando “de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de la invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otras con fines similares”.

¹⁸ Artículos 121, 123 y 138.

¹⁹ Artículos 41, 43, 44, 45, 53 y 58.

²⁰ Artículo 32.

²¹ Artículos 122, 124, 130 y 134.

²² Artículos 100, 104 y 105.

²³ Artículo 65.

²⁴ Artículos 11 y 14.

²⁵ Artículo 6, numeral 2.

²⁶ Artículo 63.

²⁷ Artículos 156 y 157.

²⁸ Artículos 58, 60, 63, 77 y 80.

²⁹ Artículos 92 y 93.

³⁰ Artículo 37.

³¹ Artículo 17.

³² Artículos 112, 127, 128 y 129.

³³ Artículos 44, 46, 48, 49, 50, 53, 64, 299 y 366.

Empero, mucho antes del arribo del constitucionalismo social y la inserción constitucional del derecho a la seguridad social, en la mayoría de países de la región se evidenciaron esfuerzos incipientes por concretar este derecho durante el siglo XIX y principios del siglo XX, enfocados esencialmente en la asistencia social, la garantía de una pensión que se extendió gradualmente hacia determinados sectores de trabajadores, normas protectoras de los trabajadores que obligaban a sus patronos al pago de una indemnización en caso de accidente de trabajo, hasta la expedición de las primeras leyes de seguro social obligatorio desde la década de los veinte hasta los ochenta del siglo pasado.³⁴

Así, todos los países latinoamericanos y del Caribe latino consagran el derecho a la seguridad social en sus textos constitucionales vigentes, y en algunos casos los componentes orgánicos, presupuestales, financieros y funcionales de las entidades encargadas de la materialización de este derecho,³⁵ de este modo:³⁶

- Argentina: Constitución Política de 1853 y sus reformas. Artículos 14 bis, 42, 75 numeral 12, y 125.
- Bolivia: Constitución Política de 2009 y sus reformas. Preámbulo, artículos 8, 9, 18, 19, 30 (numeral 13), 35 al 48; 50, 60, 67 al 72; 105, 298, 299, 304, 306, 321 y 341.
- Brasil: Constitución Política de 1988 y sus reformas. Artículos 3o., 6o., 7o., 22 (numeral XXIII), 109 (numeral 3), 149 (numeral 1), 165 (numeral 5), 167 (numeral VIII), 179 y 193 al 204.
- Chile: Constitución Política de 1980 y sus reformas. Artículos 19 (numerales 9 y 18), 63 (numeral 4) y 65.
- Colombia: Constitución Política de 1991 y sus reformas. Artículos 44, 46, 48, 49, 50, 53, 64, 299 y 366.
- Costa Rica: Constitución Política de 1949 y sus reformas. Artículos 63, 65, 72, 73, 74 y 177.

³⁴ Monsalve, Martha *et al.*, *Historia de la seguridad social en América Latina*, Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Medellín. 2017.

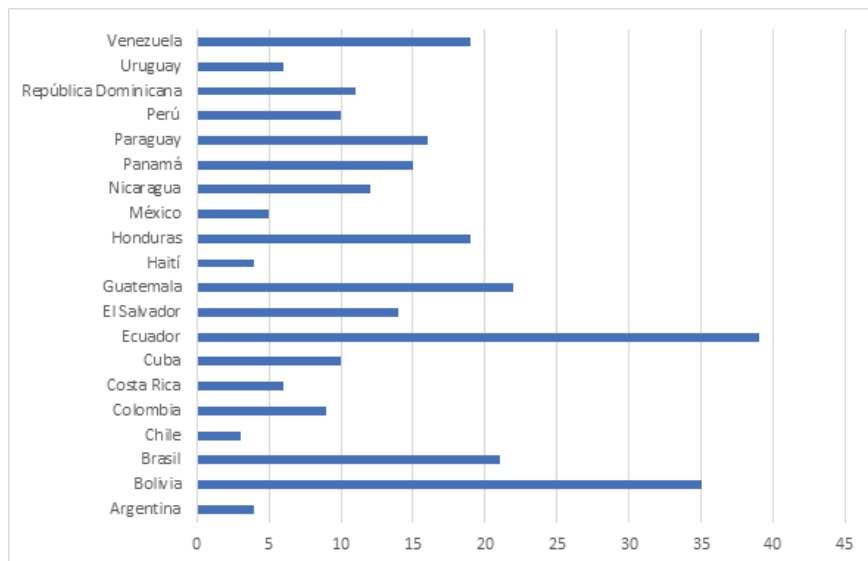
³⁵ El Convenio 102 de 1952 refiere que la seguridad social consta de nueve áreas, como son: i) asistencia médica; ii) prestaciones monetarias de enfermedad; iii) prestaciones de desempleo; iv) prestaciones de vejez; v) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional; vi) prestaciones familiares; vii) prestaciones de maternidad; viii) prestaciones de invalidez; y ix) prestaciones de sobrevivientes.

³⁶ A pesar de la evolución reciente del concepto de seguridad social hacia la protección social, en ninguna de las Constituciones de ALC se consagra un derecho autónomo a la protección social.

- Cuba: Constitución Política de 2019. Artículos 46, 68, 69, 70, 71, 72, 90 (literal i), 191 (literal i), 199 y 201.
- Ecuador: Constitución Política de 2008 y sus reformas. Artículos 3o. (numerales 1 y 5), 14, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 43, 45, 47, 49, 50, 66 (numeral 2), 83 (numeral 15), 261 (numeral 6), 292, 326 (numeral 15), 333, 340 y 358 al 376.
- El Salvador: Constitución Política de 1983 y sus reformas. Artículos 1o., 35, 37, 40, 43, 44, 45, 50 y 65 al 70.
- Guatemala: Constitución Política de 1985 y sus reformas. Artículos 47, 51, 52, 53, 66, 67, 68, 69, 93 al 102; 105, 106, 115 y 117.
- Haití: Constitución Política de 1987 y sus reformas. Artículos 19, 22, 23 y 35.
- Honduras: Constitución Política de 1982 y sus reformas. Artículos 111, 117, 119, 120, 123, 124, 126, 127, 141 al 150 y 245 (numeral 29)
- México: Constitución Política de 1917 y sus reformas. Artículos 1o., 2o., 4o., 18 y 123.
- Nicaragua: Constitución Política de 1987 y sus reformas. Artículos 39, 59, 61, 62, 63, 64, 74, 76, 77, 82 y 105.
- Panamá: Constitución Política de 1972 y sus reformas. Artículos 26, 37, 40, 56, 72, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 316 y 320.
- Paraguay: Constitución Política de 1992 y sus reformas. Artículos 49, 54, 55, 57, 58, 61, 68 al 72; 89, 95, 99, 103 y 130.
- Perú: Constitución Política de 1993 y sus reformas. Artículos 4o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11, 12, 58 y 59.
- República Dominicana: Constitución Política de 2015 y sus reformas. Artículos 7o., 8o., 55 al 62 y 65.
- Uruguay: Constitución Política de 1967 y sus reformas. Artículos 38, 42, 44, 45, 46 y 195.
- Venezuela: Constitución Política de 1999 y sus reformas. Artículos 75, 76, 78, 80, 83 al 88, 100, 111, 122, 144, 156 (numerales 22, 23, 24 y 32), 178, 184, 311 y 328.

Ahora bien, analizando esta información en términos cuantitativos es posible graficarla de la siguiente forma:

GRÁFICA 2. Número de artículos en la Constitución vigente de cada país relacionados con el derecho a la seguridad social.



FUENTE: Elaboración propia.

Nótese que en la región existen variaciones sustantivas en cuanto al número de artículos que aluden al derecho a la seguridad social o alguno de sus componentes, pues en los países con sistemas de protección social integrales, como Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay, la incorporación constitucional del derecho a la seguridad social es restringida, lo que demuestra que la garantía del derecho a la seguridad social y en general de los DESC también tiene connotaciones políticas y económicas, en la medida que las capacidades económicas de los Estados y la voluntad política de los gobiernos, desempeñan un papel primordial que no se puede perder de vista al momento de analizar su cumplimiento.

En contraposición con lo anterior, Ecuador y Venezuela, que se caracterizan por disponer de sistemas de protección social intermedios, así como Bolivia, Guatemala, Honduras y Paraguay, cuyos sistemas de protección social son limitados, construyeron los articulados constitucionales de la seguridad social más robustos de toda la región, en los que inclusive se insertaron as-

pectos orgánicos, presupuestales, financieros y funcionales que podrían ser regulados por leyes o normas de inferior jerarquía.

Sin embargo, este análisis se relativiza en el caso de Brasil, en la medida que abarcó una de las regulaciones constitucionales de la seguridad social más extensas de ALC, pero a su vez logró estructurar un sistema de protección social integral y con amplias capacidades para la generación de bienestar, ocurriendo lo contrario con Haití, cuya consagración constitucional del derecho a la seguridad social es discreta, pero su brecha de bienestar social sigue siendo extrema.

V. CONCLUSIONES

La dilatada trayectoria histórica del derecho a la seguridad social y su masiva constitucionalización en ALC, contrasta con la situación persistente de pobreza, desigualdad y baja cobertura de los sistemas contributivos de la seguridad social en la PEA de la región, ámbito en el que la génesis y el desarrollo de estos sistemas, así como los niveles de generación de riqueza de los países de la región, tienen una incidencia directa en el actual desempeño de sus sistemas de protección social y la capacidad de creación de bienestar para todos sus habitantes.

Del mismo modo, es posible concluir que en ALC, a mayor realización del derecho a la seguridad social, menor es el interés de consagrarlo constitucionalmente, mientras que a menor goce efectivo del mismo, mayor es el reconocimiento constitucional que recibe, en comparación con los países desarrollados en donde los derechos sociales se encuentran garantizados a nivel legislativo y no requieren consagración constitucional.³⁷

Tal situación podría obedecer a que el derecho a la seguridad social ha sido una reclamación histórica y permanente de la ciudadanía, por lo que de alguna manera su prolija y exhaustiva consagración constitucional, es decir como norma del más alto rango normativo, se asume como prenda de garantía para exigir a los Estados su cumplimiento, ahora bajo la lógica de la constitucionalización del derecho y los nuevos constitucionalismos latinoamericanos.

Empero, la actualidad política de la región permite advertir que existe una línea muy estrecha entre la proclamación de los derechos sociales y el populis-

³⁷ Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano”, 2010, p. 4, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf>.

mo, toda vez que este último ha sido parte de la estrategia de algunos gobiernos de ALC para perpetuarse en el poder, indistintamente del perfil político en que se ubican, a través de la proclamación extendida de derechos sociales consagrados en reformas constitucionales que usualmente promueven y que son útiles a sus fines políticos, sin dimensionar las verdaderas capacidades administrativas, económicas y fiscales del respectivo país para garantizarlos, pasando de este modo del populismo político al populismo normativo.

De manera que este fenómeno de consagración constitucional inusitada del derecho a la seguridad social en ALC, podría ser una expresión del populismo normativo imperante en varios países de la región, donde paradójicamente la falta de efectividad de sus sistemas de protección social y los altos niveles de pobreza y desigualdad social, han sido el caldo de cultivo para que esta práctica política y jurídica se integre a un círculo vicioso que ralentiza el progreso de los pueblos.

En este punto, es errado asumir que el constitucionalismo por sí solo puede actuar como agente de cambio para mejorar los índices de protección social en ALC, pues en esta tarea confluyen otras variables de índole económico, político y social, según se ha reflejado en países que actualmente gozan de sistemas de protección social integrales, en los que el discurso constitucional del derecho a la seguridad social no parece ser un asunto determinante para su efectividad.

Por el contrario, es menester reivindicar el papel crucial de la capacidad de acción comunicativa en las sociedades para procurar la búsqueda de la integración social y la conciliación de todos los intereses involucrados en la consagración y materialización de los derechos constitucionales, pues la carencia de este ejercicio desencadena frustraciones ciudadanas e incredulidad en la democracia al abarcar derechos que en la práctica son imposibles de cumplir.

Para estos fines, si bien es cierto que cada Estado es soberano para definir la forma en que garantiza el derecho a la seguridad social a sus ciudadanos, también es importante que trascienda del discurso constitucional de la seguridad social, hacia la acción y la puesta en marcha de verdaderas políticas públicas que aterricen este derecho en sus diversos enfoques y en aspectos concretos que progresivamente conlleven hacia su cumplimiento, identificando necesidades de asistencia técnica, cooperación internacional, nuevas fuentes de financiación, formas de integración regional o subregional, entre otros, todo ello en función del logro de los objetivos de desarrollo sostenible relacionados con la protección social.

VI. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- ARANGO, Rodolfo, *Constitucionalismo social latinoamericano*, 2010, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf>.
- CECCHINI, Simone y MARTÍNEZ, Rodrigo, “Protección social inclusiva en América Latina. Una mirada integral, un enfoque de derechos”, Santiago de Chile, 2011, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2593/1/S2011914_es.pdf.
- CECCHINI, Simone *et al.*, “Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe. Una perspectiva comparada”, *Serie Políticas Sociales*, Santiago de Chile, CEPAL, núm. 202, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/36831-sistemas-proteccion-social-america-latina-caribe-perspectiva-comparada>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, “Panorama Social de América Latina 2019”, Santiago de Chile, 2019, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf
- DURANGO, Gerardo, “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 2006.
- GÓMEZ-ARTEAGA, Natalie y OCAMPO, José, “Los sistemas de protección social, la redistribución y el crecimiento en América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 122, 2017, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42030/1/RVE122_Ocampo.pdf.
- MESA-LAGO, Carmelo, “Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social”, *Serie 144 - Financiamiento del desarrollo*, 2004, disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5126-reformas-pensiones-america-latina-su-impacto-principios-la-seguridad-social>.
- MONSALVE, Martha *et al.*, *Historia de la seguridad social en América Latina*, Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Medellín, 2017.
- NUGENT, Ricardo, “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, en BUEN LOZANO, Néstor de, y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, AIDTSS-UNAM, 1997, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/139-instituciones-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social>.

- PANIZO, José, “La seguridad social en las Constituciones iberoamericanas”, OISS-AECID, 2017, disponible en: http://www.oiss.org/IMG/pdf/La_Seguridad_Social_en_las_Constituciones_Iberoamericanas.pdf.
- RUIZ, Ángel, “La constitucionalización del derecho humano a la seguridad social en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, UNAM, núm. 19, 2014, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702014000200063.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, 2011, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/04/doctrina28469.pdf>.

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO*

RULES AND PRINCIPLES IN LABOR LAW.
A LOOK FROM THE CHILEAN LABOR LAW

RÈGLES ET PRINCIPES DU DROIT DU TRAVAIL.
UN REGARD SUR LA LOI CHILIENNE DU TRAVAIL

Pedro IRURETA URIARTE**

RESUMEN: La reflexión sobre los principios propios del derecho del trabajo tuvo un alto desarrollo hacia mediados del siglo XX, cuestión que trajo como consecuencia una inflación de principios, abriéndose paso no sólo los de carácter jurídico, sino incluso otros claramente económicos o metajurídicos. No obstante, el principio protector es el único y gran principio de la disciplina laboral, y se plantea como un mandato de optimización destinado a que algo sea realizado en la mayor medida posible. A partir del principio protector, han surgido una serie de reglas que, en rigor, no reúnen las características propias de un *principio jurídico* ya que no tienen un carácter indeterminado y la mayor parte de las veces no presentan una textura abierta. Estas reglas (también denominadas principios de aplicación) no son más que derivaciones del principio protector. Lo anterior no impide que, en el derecho del trabajo, en cuanto disciplina jurídica, se apliquen asimismo los principios generales del derecho, los cuales interactúan con las reglas particulares de esta disciplina.

Palabras clave: principios, reglas, derecho del trabajo.

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Abogado y licenciado en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho del trabajo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación Fondecyt núm. 1170948, “Los principios propios del derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico chileno”, ejecutado por el autor en calidad de investigador responsable.



ABSTRACT: The reflection on the principles of labor law had a high development towards the middle of the 20th century, an issue that brought an inflation of principles, opening the way not only to those of legal nature, but also to others clearly economic or meta-legal. However, the protective principle is the only and great principle of labor law, and since its origins has been raised as an optimization mandate that orders that something be done to the greatest extent possible. From the protective principle, a series of rules have arisen that, strictly speaking, do not meet the characteristics of a legal principle since they do not have an indeterminate character and most of the time do not present an open texture. These rules are no more than derivations of the protective principle. The above does not prevent that, in labor law, as a legal discipline, the general principles of law are also applied, interacting with the particular rules of this discipline.

Keywords: Principles, Rules, Labor Law.

RÉSUMÉ: La réflexion sur les principes du droit du travail a connu un fort développement vers le milieu du XXe siècle, une question qui a entraîné une inflation des principes, faisant place non seulement à ceux de nature juridique, mais à d'autres clairement économiques ou métajuridiques. Cependant, le principe de protection est le seul et grand principe de la discipline du travail, et il est proposé comme un mandat d'optimisation conçu pour s'assurer que quelque chose soit réalisé autant que possible. Du principe de protection, une série de règles ont émergé qui, à proprement parler, ne répondent pas aux caractéristiques d'un principe juridique car elles n'ont pas un caractère indéterminé et la plupart du temps elles n'ont pas de texture ouverte. Ces règles (également appelées principes d'application) ne sont que des dérivations du principe de protection. Ce qui précède n'empêche pas qu'en droit du travail, en tant que discipline juridique, s'appliquent également les principes généraux du droit qui interagissent avec les règles particulières de cette discipline.

Mots clés: principes, règles, droit du travail.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La discusión en torno a los principios del derecho del trabajo*. III. *La teleología del derecho del trabajo y el principio protector*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Los principios y las reglas constituyen parte integrante de todo ordenamiento jurídico.¹ Debido a ello, se tiende a separar la figura del principio de las demás normas que integran un sistema normativo como si los primeros tuviesen un alcance más general y trascendente; mientras que las reglas, por el contrario, tuvieran un ámbito cerrado y acotado cuyas propiedades conforman un conjunto finito. Esta distinción es posible encontrarla en toda disciplina jurídica que aspira a tener caracteres de pertenencia dentro de un determinado sistema.

La distinción entre reglas y principios también afecta el ámbito del derecho del trabajo.² Si una regla es válida y por tanto aplicable al caso particular, entonces el juez laboral no requiere entrar en un proceso de ponderación. Simplemente, está obligado a aplicarla. No ocurre lo mismo con los principios, los cuales se encuentran enunciados en términos generales y bajo la lógica de que ellos cobijan tras de sí un mayor alcance justificativo.³

La discusión en torno a las reglas y principios propios del derecho del trabajo ha estado presente desde los inicios de esta disciplina. Con distinto énfasis, y en diversas etapas cronológicas, la individualización de específicos principios y reglas laborales, así como su contenido esencial, ha ocupado la atención preferente de la dogmática y la jurisprudencia. Permanentemente, sobre todo en el ámbito latinoamericano, este binomio de reglas y principios es invocado como si se tratara de figuras de comprensión homogénea, permitiendo justificar la orientación de ciertas reformas legales o bien decisiones de los tribunales.

No obstante, y más allá del interés que despiertan, lo cierto es que la reflexión sobre el alcance de los principios jurídico-laborales no se ha traducido necesariamente en estudios generales y uniformes sobre la identidad y natu-

¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 183.

² Jeammaud, Antoine, “Les principes dans le droit français du travail”, *Droit Social*, París, núms. 9-10, 1982, pp. 618 y ss.

³ Véase Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Ariel, 2016, p. 45; Luzzati, Claudio, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*, trad. de Pau Luque Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 133 y ss.

raleza de éstos.⁴ Ello ha traído como consecuencia que, en no pocos casos, la falta de un estudio particular sobre los principios propios del derecho del trabajo haya significado, en la práctica, que su análisis y reflexión se reduzca a meras invocaciones jurisprudenciales, o bien, a referencias doctrinarias genéricas que, dependiendo de los supuestos, permiten fundamentar la aceptación o rechazo de una argumentación. La falta de estudios más pormenorizados ha supuesto, también, una confusión sobre qué postulados tienen la calidad efectiva de principio jurídico (es decir, que en caso de eliminarse se alteraría toda la fundamentación del derecho del trabajo) y cuáles simplemente constituyen reglas.⁵ Lo anterior, por cierto, se plantea sin dejar de reconocer que, parte importante de las reglas no son más que postulados positivizados que establecen claros límites en cuanto a su aplicación.⁶

Desde luego, y en no pocas ocasiones, la doctrina laboral ha realizado importantes aportes que se vinculan con el impacto que tienen los principios en la construcción del ordenamiento laboral.⁷ Probablemente el caso más signi-

⁴ Véase Jeammaud, Antoine, “L’inexistence, en droit du travail, d’un principe pro operario”, en Cruz, Jesús *et al.* (coords.), *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Sevilla, Centro Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 86; Mercader, Jesús, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 52.

⁵ Véase Alarcón, Manuel Ramón, “La vigencia del principio *pro operario*”, en Montoya, A. *et al.* (coords.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 861; Jeammaud, Antoine, *ibidem*, p. 85.

⁶ Aarnio, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 4, 2000, p. 595; y Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, Valencia, núm. 10, 1991, p. 106.

⁷ Dentro de la doctrina laboral chilena, cabe destacar, entre otros, los aportes de Gaete, Alfredo, *Principios generales de derecho del trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951; Thayer, William, “Un punto de vista sobre los principios del derecho del trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, Santiago, núm. 501, 1984; Walker, Francisco, “Algunas reflexiones de carácter doctrinario sobre los embates flexibilizadores de las relaciones laborales, los principios del derecho del trabajo, su razón de ser y su futuro”, *Temas Laborales*, Santiago, año 7, 2002; *id.*, “Principios orientadores del derecho del trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, Santiago, núm. 501, 1984; López Oneto, Marcos, *El principio de protección a la fuente del empleo en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2013; Palomo, Rodrigo, “El rol de los principios en la aplicación del derecho del trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, núm. 11, 2007; *id.*, “Los principios del derecho del trabajo. Cuestiones de la teoría tradicional y planteamiento de nuevos problemas”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, núm. 6 de 2006; Palavecino, Claudio, *Los principios del derecho del trabajo*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Separata, 2008; Caamaño, Eduardo, “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*,

ficativo a nivel latinoamericano lo constituye la célebre obra de Américo Plá, cuya influencia resulta evidente dentro de la dogmática laboralista.

Sin embargo, en muchos de estos aportes doctrinarios —particularmente en el caso del derecho del trabajo chileno— se ha echado de menos una visión más general y unitaria de los principios, al objeto de contar con criterios básicos que permitan identificar aquellas directrices que resultan propias del derecho del trabajo, introduciendo de paso un orden al interior de esta disciplina jurídica. También ha faltado un análisis más pormenorizado de las reglas, al objeto de establecer su contenido esencial y así distinguirlas claramente de los principios propiamente tales.

Consideraciones similares podrían efectuarse en relación con la jurisprudencia. Si bien la labor de los tribunales ha permitido en variadas ocasiones reconocer e identificar a los principios propios del derecho del trabajo,⁸ esta construcción también se ha llevado a cabo de manera dispar, sin demasiados criterios sistematizadores y generando una serie de interrogantes sobre los límites de su aplicación. En muchos de estos casos, la invocación jurisprudencial de principios era el resultado de un razonamiento jurídico que presumía la existencia de estos postulados propios del orden laboral (ya fuesen implícitos o explícitos), utilizándolos como último recurso o inferencia deductiva que garantizaba la validez de la resolución del juzgador.⁹ Sólo durante los últimos 30 años de vigencia de normativa laboral en Chile, es posible observar un mayor interés de la jurisprudencia por estructurar una visión más compleja de los principios, sin que ello permita concluir que existe un cuerpo de doctrina judicial completo y amplio de esta temática.¹⁰

Valparaíso, núm. 32, 2009; Irureta, Pedro, “El impacto de los principios jurídicos en el derecho del trabajo”, en Carbonell, F. *et al.* (coords.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Legal Publishing, 2011; *id.*, “La vigencia del principio de buena fe en el derecho del trabajo chileno”, *Ius et Praxis*, Talca, año 17, núm. 2, 2011; Ugarte, José Luis, “La rehabilitación de los principios del derecho del trabajo y el concepto del derecho”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 252, 2013.

⁸ De hecho, el artículo 459, núm. 5 del Código del Trabajo chileno dispone que la sentencia definitiva deberá contener los “preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales... las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o equidad en que el fallo se funde”.

⁹ Desde una perspectiva general, relativa al carácter de los principios, véase Prieto, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2016, p. 209; Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 19 y ss.

¹⁰ Véase López Oneto, Marcos, *El principio de protección a la... op. cit.*, pp. 53 y 54. Y agrega en p. 105: “Existiendo un variado, complejo y numeroso repertorio de aplicaciones jurisprudenciales de estos (principios), en donde han sido utilizados directamente como normas *decisoria*

Lo anterior contrasta, según se ha dicho, con la importancia que la cultura jurídico-laboral parece asignarles a estas figuras, y con el valor que los principios adquieren como instrumento de interpretación normativa y de resolución de casos. En este orden de ideas, la dogmática tiende a centrarse en aspectos más bien puntuales o casuísticos de los denominados principios clásicos del derecho del trabajo (relegando a un segundo plano el análisis de los elementos más generales y esenciales de cada uno de ellos); y la jurisprudencia no ha terminado de definir su aceptación por principios meramente explícitos o eventualmente por principios que aun cuando se encuentren privados de reglamentación o reconocimiento, de todas formas pueden ser extraídos de un criterio más vinculado al espíritu general de la legislación.¹¹ A fin de cuentas, la jurisprudencia no delimita en todos los casos la concurrencia de principios explícitos o implícitos; y en el caso de estos últimos, se actúa como si todos los operadores del derecho tuvieran la misma noción jurídica de principio y un mismo entendimiento sobre su estructura.¹² Y por si lo anterior no fuese suficiente, en innumerables ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a hablar de *principios constitucionales*, *principios legales* o *principios jurisprudenciales*, no tanto como principios jurídicos propiamente tales, sino como una manera de referirse a una fuente del derecho.¹³

A pesar de lo anterior, y aceptando que en el derecho del trabajo cada principio clásico tiene su propio contenido esencial (y la mayoría de las veces,

litis o como *ratio decidendi*, la ausencia de una explicación sistemática y dogmática de los mismos, es un notorio déficit teórico”.

¹¹ Sobre la relación entre el “espíritu general de la legislación” y los “principios generales del derecho”, véase Arce y Flores-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y la formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 51 y ss., y Chandía, Sebastián, “Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno”, *Derecho y Humanidades*, Santiago, núm. 20, 2012, p. 206.

¹² Véase, en relación con el derecho francés, pero aplicable a nuestro entorno, Jeammaud, “Les principes...”, *cit.*, p. 619. Desde una perspectiva más general, véase Guzmán, Alejandro, “La idea de «principio» mentada en la expresión «principios generales del derecho»”, en Reinoso, F. (dir.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 1.

¹³ Aguiló, Josep, *Teoría de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 173; Beladiez, Margarita, *Los principios jurídicos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2010, p. 134; Rojas, Víctor Manuel, *Dworkin y los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2007, pp. 12 y ss.; Leguina, Jesús, “Principios generales del derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 114, 1987, p. 7; Arce y Flores-Valdés, Joaquín, *Los principios generales...*, *cit.*, p. 93; Esser, Josef, *Principio y norma...*, *cit.*, pp. 169 y ss.

su propio reconocimiento legal),¹⁴ en el orden laboral urge un análisis unitario que permita encontrar un hilo conductor en cada uno de ellos, que se caracteriza por la constatación de que estos principios no son más que postulados derivados de un axioma fundante de la disciplina laboral, como lo es el principio protector.

II. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Toda disciplina jurídica debe tener claridad sobre sus principios. Ello requiere de un importante nivel de reflexión capaz de resolver sus fronteras y distinguirlos de sus reglas. En el caso del derecho del trabajo, esta reflexión tuvo un alto desarrollo hacia mediados del siglo XX, lo cual era coincidente con el apogeo del *sistema fordista* de producción.¹⁵ Este apogeo, trajo como consecuencia una inflación de principios, abriéndose paso no sólo los de carácter jurídico, sino que otros claramente económicos o metajurídicos (*v. gr.*, *principio de la productividad* o *principio de la progresividad*). Asimismo, la proliferación de principios se tradujo, en no pocos supuestos, en una reiteración con otro nombre de principios ya aceptados.¹⁶ Las funciones y grados de generalidad de estos principios eran variados, y hasta el día de hoy se pueden encontrar repartidos en el ámbito sustantivo de las condiciones de empleo y trabajo, en la interpretación y articulación de las fuentes de producción normativa, en el proceso laboral o, en fin, en las relaciones colectivas de trabajo.¹⁷

En el caso latinoamericano, el mayor desarrollo en estudiar y analizar dichos principios, se expresó en diversas monografías y tratados destacando en-

¹⁴ Prieto, Luis, *Apuntes de...*, *cit.*, p. 208.

¹⁵ Irureta, Pedro, "El impacto"..., *cit.*, p. 291.

¹⁶ Véase Podetti, H., "Los principios del derecho del trabajo", en De Buen, N. y Morgado, E. (coords.), de *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo-UNAM, 1997, p. 1127; Vida, José et al., *Manual de derecho del trabajo*, 3a. ed., Granada, Comares, 2005, p. 37; Almansa, José Manuel, "Los principios generales del derecho ante la jurisprudencia constitucional laboral", en Iglesia, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, t. IV, p. 4241; Rodríguez, Jorge, "Los principios del derecho del trabajo", en García, H. et al. (coords.), *El derecho del trabajo en tiempos de cambio. En honor de Adrián Goldin*, Buenos Aires, Ediar, 2017, p. 299; *id.*, "Realismo y principios jurídicos en el derecho del trabajo", *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, año XLVIII, núm. 11, 1988, p. 1913; y Barbagelata, Héctor-Hugo, "Los principios de derecho del trabajo de segunda generación", *IUSlabor*, núm. 1, 2008, pp. 7 y ss.

¹⁷ Martín, Antonio et al., *Derecho del trabajo*, 24a. ed., Madrid, Tecnos, 2015, p. 96.

tre ellos la clásica obra de Américo Plá (*Los principios del derecho del trabajo*).¹⁸ Su aporte fue tan relevante en esta materia, que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo siguen invocando como una referencia obligada en la discusión de esta temática; y gran parte de las descripciones generales que se aplican en materia de principios propios del derecho del trabajo “girán en torno a la taxonomía y propuesta teórica que, en 1975, Américo Plá Rodríguez” planteó.¹⁹

Con todo, la reflexión actual de los principios, en el ámbito laboral, ha decaído. Se parte de la base que la mayoría de los denominados principios del derecho del trabajo tienen una regla legal específica (en torno a las cuáles se organiza una determinada regulación positiva) y que estas reglas permiten obtener mayor certeza jurídica (sin perjuicio de que en muchas de esas reglas se han terminado matizando los efectos de figuras que pretendían alzarse como verdaderos principios de esta disciplina).

El decaimiento en torno a la discusión de los principios laborales se ha visto amparado, además, por la relevancia que han adquirido los principios generales del derecho en el diseño normativo y jurisprudencial del derecho del trabajo (en cuanto rama del ordenamiento jurídico).²⁰ Estos principios generales han convivido con reglas específicas (también denominadas *principios de aplicación* del derecho del trabajo), cuestión que ha terminado provocando que, en las últimas décadas, se haya puesto mayor énfasis en la exégesis de la normativa laboral (lo que ha ido de la mano de reformas puntuales y minuciosas), y no tanto en la reflexión de los principios propios.²¹

¹⁸ Plá, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.

¹⁹ Véase López Oneto, Marcos, *El principio de protección...*, cit., p. 99; Barbagelata, Héctor-Hugo, “Los principios de...”, cit., pp. 3 y 4; Varios autores, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009; Varios autores, *En torno a los principios del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), México, Porrúa, 2009.

²⁰ Véase, Lyon-Caen, Gérard, “Les principes généraux du droit du travail”, *Tendances du droit du travail Français Contemporain. Études offertes à G. H. Camerlynck*, París, Dalloz, 1978, p. 42; Deveali, Mario L., *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 1964, t. I, p. 386; Vázquez, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 2, p. 126; Montoya, Alfredo, “Principios y valores en el derecho del trabajo”, en Pasco, Mario (coord.), *En torno a los principios del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, cit., p. 19; González del Rey, Ignacio, “Principios generales”, en García, J. (ed.), *El sistema de fuentes de la relación laboral: estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2007, p. 271.

²¹ Martín, Antonio, “Principios y reglas en el derecho del trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”, en Villa Gil, L. E. de la, y López, L. (dirs.), *Los principios del derecho del trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, p. 67; Cruz, Jesús, “Los principios informado-

La disgregación argumentativa en torno a los principios no ha podido borrar, en todo caso, un hecho evidente: en la base fundacional del derecho del trabajo se encuentra el principio protector. Ahí está su origen y su razón de ser, y lo cierto es que la mayor parte de sus reglas, o los denominados *principios clásicos* o *de aplicación* del derecho del trabajo, no son más que derivaciones de este primer gran principio, el cual en muchos ordenamientos latinoamericanos encuentra reconocimiento en la propia Constitución.²² Teniendo presente que los conflictos de la vida social se regulan a través de reglas y no de principios, aquéllas fueron las encargadas de juridificar (*Verrechtlichung*) el conflicto derivado del desequilibrio estructural tan propio de la sociedad industrial, asumiendo el mandato que les entregaba su principio fundacional. La incorporación de estas reglas particulares se ha intentado explicar, además, en la prevalencia que adquiere para la disciplina laboral una idea de justicia solidarista que subsana las deficiencias de los principios individualistas.²³

III. LA TELEOLOGÍA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL PRINCIPIO PROTECTOR

La reflexión sobre los principios del derecho del trabajo se estructura en torno a la finalidad esencialmente tuitiva y correctora de derechos que

res del ordenamiento laboral”, en Fargas, J. (coord.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, Huygens, 2016, p. 187.

²² Sobre referencias al principio protector en cartas fundamentales de nuestro entorno, véase, por ejemplo, el artículo 7o. de la Constitución uruguaya de 1997; el artículo 25 de la Constitución de Colombia de 1991, o el artículo 7o. de la Constitución de Brasil de 1988. Una de las primeras manifestaciones de este reconocimiento puede encontrarse en el artículo 123, párrafo XXVII, de la Constitución mexicana de 1917, el cual grafica el carácter protector que se le asigna a la disciplina laboral: “Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: h) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores”. Un criterio similar siguió el artículo 7o. de la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919: “El Imperio puede legislar sobre las materias siguientes: 9o. Derecho obrero, seguro y protección de trabajadores y empleados y colocación de éstos”; y en su artículo 153 agregó: “El trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado”.

²³ Almansa, José Manuel, “Los principios...”, *cit.*, pp. 4238 y 4239; Rodríguez, Jorge, “Los principios...”, *cit.*, p. 301; *cfr.*, Villa, Luis Enrique de la, “Rasgos, caracteres y principios del derecho del trabajo”, en Palomeque, M. C. y García-Perrote, I. (dirs.), *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, p. 344.

en esencia constituye esta disciplina.²⁴ Desde sus orígenes, estas exigencias de protección del trabajador permitieron justificar la autonomía de esta rama del ordenamiento jurídico y diferenciarla del derecho común. Ello explica, en parte, la circunstancia de que muchas Constituciones hayan recogido al principio protector dentro de sus normas.²⁵

Esa protección declarada en los textos constitucionales llevó a reconocer la preeminencia del trabajo como principio ordenador del sistema jurídico, consiguiendo que éste se constituyera como la base material de la sociedad en torno a la cual se organizan las relaciones sociales y los conflictos propios del sistema productivo.²⁶ Desde esta perspectiva, el principio protector se configura como un tipo de *estándar*,²⁷ más elástico y flexible, que propone un objetivo que ha de ser alcanzado y que le termina otorgando identidad a la disciplina; o si se quiere, permite otorgarle un carácter más prescriptivo como si en la especie existiera un *mandato de optimización* que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.²⁸

La finalidad protectora se plasma, además, de un modo más formal, en el reconocimiento de la dignidad de la persona del trabajador y que se conecta

²⁴ Bonnechère, Michèle, “Sur l’ordre public en droit du travail: les principes sont toujours là...”, *Le Droit Ouvrier*, París, núm. 714, 2008, p. 12; Bocquillon, Fabrice, “Que reste-t-il du «principe de faveur»?”, *Droit Social*, París, núm. 3, 2001, pp. 255 y ss.; Thayer, William y Novoa, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. II, p. 28; Montoya, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 29a. ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 219.

²⁵ Montoya, Alfredo, “La aplicación del derecho del trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, núm. 88, 2010, pp. 16 y ss.; para el caso chileno, véase Irureta, Pedro, *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, núm. 9, 2006, p. 52.

²⁶ Irureta, Pedro, *Constitución...*, *cit.*, p. 53.

²⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Martha Gustavino, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 72 y ss.

²⁸ Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, y agrega: “los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”, pp. 67 y 68; *id.*, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010: “Las reglas son entonces normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Por el contrario, los principios son normas que algo sea realizado en la mayor medida posible”, p. 20.

con la exigencia de condiciones laborales justas.²⁹ Eso ocurre, por ejemplo, en el caso chileno cuando el artículo 2o. del Código del Trabajo explicita que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”,³⁰ o en la declaración que hace el mismo precepto en el sentido que “son contrarios a los *principios de las leyes laborales*, los actos de discriminación”; o el artículo 153 del mismo Código cuando se exige que el Reglamento Interno estipule “las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”; o en fin, en el artículo 1o., letra c), del Decreto con Fuerza de Ley núm. 2, de 1967 (Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo), en cuya virtud se le asigna al organismo fiscalizador la función de “divulgar los principios técnicos y sociales de la legislación laboral”. Este tipo de referencias son usuales en los textos laborales comparados y reflejan el interés de consagrar un principio o una exigencia de tutela con respecto al trabajo humano.

Congruente con lo anterior, en la mayoría de los casos, el principio protector está estructurado en términos abiertos ya que mediante su invocación no se pretende enumerar exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce una determinada consecuencia.³¹ Más aún, debido a su carácter de principio, admite excepciones no formuladas (cuestión que, desde luego, no se verifica en el caso de las reglas). Asimismo, el principio protector es posible estructurarlo como una típica norma genérica que requiere de la formulación de otras normas y que puede ser ejecutada de modos distintos y alternativos.³²

²⁹ Almansa, José Manuel, “Los principios...”, *cit.*, p. 4237; González, Jesús, *La dignidad de la persona*, 3a. ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2017, p. 251; Lastra, José Manuel, “Principios ordenadores de las relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 104, 2001, p. 165; Pacheco, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 32 y ss.; para una perspectiva más general, Becchi, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, México, Fontamara, 2016, pp. 11 y ss.; Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 91 y ss.

³⁰ Habrá que reconocer, en todo caso, que se trata de normas que han sido reguladas en parte como *principio* y en parte como *regla*. Alexy, Robert, *Teoría de los...*, *cit.*, p. 87.

³¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar...*, *cit.*, p. 187; véase Jeammaud, Antoine, “Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente”, *Droit Social*, París, núm. 2, 1999, pp. 115 y ss.

³² Guastini, Riccardo, *Interpretar y...*, *cit.*, p. 189. Y el mismo autor agrega: “O incluso: tomemos una norma constitucional que confiera un «derecho social», como el derecho al trabajo o el derecho a la salud; se trata de una norma programática o teleológica que recomienda al legislador el cumplimiento de un cierto fin; pues bien, una norma de este tipo exige otras normas (legislativas) que concreten el derecho conferido, pero, por otra parte, evidentemente, el derecho en cuestión puede ser concretado de muchos modos distintos”, p. 190.

1. *La función esencialmente informadora del principio protector*

El principio protector, que se alza como una especie de telón de fondo de esta disciplina, tiene —en tanto principio jurídico— una función esencialmente informadora (cuestión que en el derecho del trabajo ha cobrado especial importancia).³³ Dicha función permite dotar de sentido y sistematizar el ordenamiento jurídico laboral, dándole racionalidad y valor a las formulaciones jurídico-técnicas³⁴ (aspecto especialmente relevante para orientar la acción del legislador).³⁵ Esto evita que el derecho del trabajo sea concebido como una estructura neutra o de mera geometría social, cuestión que en la práctica le termina exigiendo una conexión con el sistema de valores.³⁶

No obstante, terminada la etapa inicial del derecho del trabajo (y enfilado en una clara voluntad de ser reconocido como una disciplina jurídica con reglas, normas e instituciones), el principio protector comienza a buscar su exacta aplicación dentro del entramado legal: acepta que no tiene por objeto invertir la desigualdad o convertirse en un principio antiempleador; que no es un principio de filantropía legislativa; que no es un conjunto normativo de protección unilateral de intereses; que debe dejar espacio a la autotutela colectiva, y que debe tener presente las exigencias pro empleo (sobre todo en lo que respecta a las rigideces institucionales) tan propias de un ordenamiento que ha dejado de ser *unilateral*.³⁷

En este orden de ideas —y manteniendo su función informadora— el principio protector ha adquirido una rica y eficiente dimensión interpretativa. Esta dimensión no es exclusiva ni menos excluyente de otras reglas de interpretación; pero de todas formas ha logrado estructurarse como un mecanismo de *ultima ratio*, apto para clarificar la aplicación de normas de igual jerarquía (pero con distintos sentidos), y siempre que esta duda no haya podido ser superada por otras vías.³⁸ Más aún: el principio protector no puede ser

³³ Almansa, José Manuel, “Los principios...”, *cit.*, p. 4235; Cruz, Jesús, “Los principios informadores...”, *cit.*, p. 197.

³⁴ Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del...*, *cit.*, p. 44.

³⁵ Ramos, José Antonio, “El fundamento del valor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1992, t. IX, p. 272.

³⁶ Véase Conde, Emilia, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2007, p. 59.

³⁷ Martín, Antonio, “Principios y reglas...”, *cit.*, p. 68; Cruz, Jesús, “Los principios...”, *op. cit.*, p. 209; Irureta, Pedro, “El impacto de...”, *cit.*, p. 299; Almansa, José Manuel, “Los principios...”, *cit.*, p. 4240.

³⁸ Irureta, Pedro, “El impacto de los...”, *cit.*, p. 300.

invocado cuando el objetivo consiste en calificar hechos,³⁹ o para interpretar contratos,⁴⁰ o bien para alterar la carga de la prueba.⁴¹ Tampoco ha resultado admisible su invocación cuando la norma es clara o unívoca, cuando existe ausencia de normas, ni menos para contrariar la voluntad del legislador. Por último, no es posible invocar el principio cuando la duda interpretativa puede resolverse acudiendo a otros criterios interpretativos.⁴² Como se ve, la dimensión hermenéutica ha ido encuadrándose bajo reglas específicas que delimitan su accionar.

Lo expuesto permite concluir que el principio protector se despliega en dos ámbitos claramente distintivos. En primer lugar, constituye un mandato de optimización que está en la base de la disciplina laboral. Dicho mandato ordena que la aspiración tutelar y correctora del desequilibrio estructural de las relaciones laborales sea realizado en la mayor medida posible. Ello permite infundirles sentido y valor a las formulaciones jurídico-técnicas, con objeto de que la normativa resultante sea congruente con el sistema de valores. Paralelamente, y superada la etapa de instalación de la disciplina, el principio en comento se ha venido alzando también como una típica regla de hermenéutica.

2. *Las reglas derivadas del principio general (también denominadas principios clásicos o de aplicación)*

A partir de la protección genérica del trabajo como elemento esencial de esta disciplina, el ordenamiento laboral se ha ido construyendo con base en reglas positivizadas que le otorgan especificidad (y que suelen agruparse terminológicamente en la noción de *principios clásicos* o *principios de aplicación*).⁴³ La aparición de estas reglas se encuentra íntimamente vinculada a la autonomía y especialización que evolutivamente fue adquiriendo el derecho del trabajo en

³⁹ Ackerman, Mario, “El principio protectorio o de protección”, en Pasco, Mario (coord.), *En torno a los principios del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, cit., p. 61.

⁴⁰ Gárate, Javier, “El principio *in dubio pro operario*”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 135, 1982, p. 85.

⁴¹ Sagardoy, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, 2a. ed., Madrid, Acarl, 1991, p. 24.

⁴² Desdentado, Aurelio, “El principio *pro operario*”, en Villa, L. E. de la, y López Cumbre, L. (dirs.), *Los principios del derecho del trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, p. 75; véase Cruz, Jesús, “Los principios...”, cit., p. 207.

⁴³ Mercader, Jesús, *Los principios de...*, cit., p. 26.

tanto disciplina jurídica,⁴⁴ y que le permiten presentarse como una rama del ordenamiento jurídico que ostenta normas, principios, valores e instituciones distintivas.

En el ámbito laboral, las reglas positivizadas se estructuran en términos rigurosamente jurídicos y derivan precisamente del principio fundante de la disciplina.⁴⁵ En efecto, a partir del carácter tuitivo del derecho del trabajo, comienzan a construirse criterios de interpretación o simples reglas legalmente establecidas, a las cuales la dogmática y la propia jurisprudencia comenzaron a denominar principios propios del orden laboral.⁴⁶ Son reglas o principios de aplicación que se han desplegado en un contexto de protección individual o colectivo, aun cuando habrá que reconocer que en muchos ordenamientos ha existido un despliegue de reglas más intenso en las relaciones individuales y más bajo en las de orden colectivo.⁴⁷

Por cierto, estas reglas presentan una serie de desafíos que ha debido resolver fundamentalmente la jurisprudencia: la tensión entre principio general y regla particular; la tensión entre principio general inmanente y regla específica, así como la configuración y los límites de cada regla. Asimismo, estas reglas han permitido efectuar una distinción entre principios tradicionales y principios emergentes del derecho del trabajo.⁴⁸

Lo anterior obliga a concluir que los principios clásicos de la disciplina no son más que postulados estrictamente jurídicos, que no pretenden ser superiores ni ajenos al derecho, ni tampoco alzarse como una especie de principios supra jurídicos que impongan un determinado deber ser.⁴⁹ Estos postulados dependen del diseño que el legislador les ha otorgado, aun cuando en la práctica sólo recojan parcialmente el principio fundante del derecho del trabajo. Y parte de las dificultades que se producen en su configuración radica precisamente en el hecho de que se trata de calificar como principios “a reglas

⁴⁴ Cruz, Jesús, “La investigación en el derecho del trabajo”, *Líneamientos metodológicos para la investigación jurídica*, Lima, núm. 2 de 2016, p. 22.

⁴⁵ Javillier, Jean-Claude, *Derecho del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 92; Martín, Antonio, “Principios y...”, *cit.*, p. 67.

⁴⁶ Véase Mercader, Jesús, *Los principios de...*, *cit.*, p. 37.

⁴⁷ Rodríguez-Piñero, Miguel, “Flexibilidad, juridificación y desregulación”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1987, t. I, p. 27.

⁴⁸ Martín, Antonio, “Principios y reglas...”, *cit.*, pp. 57 y 70.

⁴⁹ Montoya, Alfredo, “Principios y...”, *cit.*, p. 20.

o instrumentos de diferente importancia y función”,⁵⁰ algunas de las cuales incluso tienen aplicación en otras parcelas del sistema jurídico.⁵¹

En el ordenamiento chileno, el Código del Trabajo ha recogido dentro de su estructura clásica —y de manera directa— una serie de reglas o principios de aplicación (aun cuando no se refiere a éstos como una especial fuente de la relación laboral).⁵² En algunos de estos casos, las reglas se comportan como simples criterios normativos del ordenamiento laboral destinados a actuar en ámbitos más bien limitados. Por ejemplo, el artículo 2o., incisos cuarto y siguientes, consagra el denominado principio de no discriminación laboral (que a su vez tiene respaldo en la propia Constitución); el artículo 4o., inciso segundo, y 159 núm. 4, incorporan el principio de continuidad de la relación laboral; el artículo 5o. se hace cargo del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales; el artículo 8o., junto a otras normas dispersas, recoge el principio de primacía de la realidad; y el artículo 62 bis regula la obligación del empleador en orden a dar cumplimiento al denominado *principio de igualdad de remuneraciones* entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. En otros casos, se suman una serie de preceptos genéricos que de cierto modo reflejan la incorporación de principios como el de estabilidad en el empleo (en tanto manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico),⁵³ razonabilidad, buena fe contractual, y libertad sindical (que también tiene respaldo constitucional).⁵⁴ Incluso, el mismo Código ha

⁵⁰ Véase Ackerman, Mario, “El principio protectorio...”, *cit.*, p. 27.

⁵¹ Ello ocurre, por ejemplo, con el denominado *principio de primacía de la realidad*. Aceptando la singularidad que este postulado adquiere en el ámbito laboral, lo cierto es que el propio derecho común consagra reglas de interpretación de los actos jurídicos fundadas en la ejecución práctica que las partes realizan sobre las estipulaciones contractuales.

⁵² Véase en relación con el ordenamiento uruguayo, pero aplicable al entorno latinoamericano, Plá Rodríguez, Alfredo, “Los principios del derecho del trabajo ¿constituyen una fuente del derecho?”, *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 9.

⁵³ Sobre el particular, y a nivel doctrinario, véase Heredia, Ignasi, *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 111.

⁵⁴ Para algunos, las reglas de proteccionismo colectivo han dado origen también al denominado principio de autonomía colectiva, en cuya virtud las “instituciones jurídico-laborales se orientan hacia un fomento de la solidificación de la defensa y tutela de tales intereses colectivos, de la consolidación de las organizaciones de representación social de tales intereses, de la implantación de los medios de acción y negociación típicos de tales representaciones. En ocasiones, puede verse en ello un resultado más del carácter tuitivo propio del ordenamiento laboral”. Cruz, Jesús, *Compendio de derecho del trabajo*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 2018, pp. 65 y 66.

positivizado lo que denomina principios formativos del proceso laboral, entre los cuales destacan el de intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad (artículo 425).

Pero, coetáneamente, se han venido incorporando en los ordenamientos un conjunto de principios laborales emergentes que, incursionando más allá de los principios clásicos, han podido ser extraídos de la propia legislación. Así ocurre, por ejemplo, con el principio de representación proporcional de los sindicatos, los principios de organización del trabajo y de prevención de la salud y seguridad de los trabajadores, o los principios que procuran la compatibilidad del trabajo con otros intereses del trabajador jurídicamente protegidos.⁵⁵

3. *Las reglas o principios de aplicación del derecho del trabajo no tienen el carácter propiamente de principio jurídico*

Para hablar propiamente de un principio jurídico se requieren, a lo menos, dos requisitos: *i*) tener un carácter fundamental, y *ii*) estar sujeto a una peculiar forma de indeterminación.⁵⁶ El carácter fundamental pone el acento en la justificación axiológica de una multiplicidad de normas y, por tanto, no requiere de una confirmación ético-política toda vez que se les concibe como normas de por sí *justas* o *correctas*.⁵⁷

El reconocimiento de un principio se adquiere básicamente mediante una positivización cuyo respaldo se encuentra en la propia normativa legal o en la acción de la jurisprudencia. No obstante, habrá que reconocer que la existencia del principio no puede ser reducida a una mera positivización, toda vez que resultaría un contrasentido pretender que el legislador explicita la totalidad de los supuestos en los cuales se funda un principio jurídico (que, al estar positivizado en la ley, adquieren la eficacia normativa de la norma respectiva).⁵⁸ Por otra parte, la función de la jurisprudencia no es la de crear derecho, sino aplicarlo.⁵⁹

⁵⁵ Martín, Antonio, “Principios y reglas...”, *cit.*, pp. 69 y 70.

⁵⁶ Véase Guastini, Riccardo, *Interpretar...*, *cit.*, p. 184.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 186; Barros, Enrique, “Reglas y principios en el derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Santiago, núm. 2, 1984, pp. 269 y ss.

⁵⁸ Véase Beladiez, Margarita, *Los principios...*, *cit.*, pp. 190 y 191: “... estos «principios del derecho positivo» no son en sentido estricto principios jurídicos. Son sólo las ideas en torno a las cuales se organiza una determinada regulación positiva”.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 109.

El que un principio tenga una peculiar forma de indeterminación, deja al descubierto una naturaleza de textura abierta o bien una configuración de normas derrotables o genéricas.⁶⁰ El problema es que la expresión *principio jurídico* es de carácter plurívoco, y en la práctica dicha formulación lingüística permite hacer referencia a un sinnúmero de alternativas.⁶¹ Como se ha señalado doctrinariamente, cuando se habla de *principios* se suele hacer mención de normas axiológicamente fundamentales, a normas generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento.⁶² También se habla de *principios* cuando se quiere hacer referencia a los fines de la acción estatal, a tópicos interpretativos o incluso para representar indeterminadamente el supuesto de hecho de su aplicación.⁶³

Las reglas, por el contrario, tienen una dimensión distinta.⁶⁴ Se trata de normas con un menor nivel de generalidad y que cualitativamente se diferen-

⁶⁰ Véase Guastini, Riccardo, *Interpretar...*, cit., p. 187; véase Bäcker, C., “Reglas, principio y derrotabilidad”, trad. de Francisco J. Campos Zamora, *Doxa*, Valencia, núm. 37, 2014, pp. 31 y ss.

⁶¹ Aarnio, Aulis, “Reglas y principios...”, cit., p. 595; Pérez, Antonio-Enrique, “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 98, 1997, pp. 16 y ss.; véase a mayor abundamiento, Jeammaud, Antoine, “L’existence, en droit...”, cit., p. 85, quien resalta el hecho de que, en el lenguaje de los juristas, el empleo de expresiones como “principio”, “principio general” o “principio fundamental”, está en expansión y se ha vuelto incontrolable, agregando que estos términos sufren de una “polisemia mal controlada”; Beladiez, Margarita, *Los principios...*, cit., p. 179: “Una vez se habla de «principio jurídico», otras de «principios del derecho», y también, como no, se ha acudido a la expresión... «principios generales del derecho»... en mi opinión, todas estas expresiones designan el mismo fenómeno”.

⁶² Véase Prieto, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 149; Guastini, Riccardo, *Interpretar...*, cit., p. 184: “...se consideran principios aquellas normas que incorporan tales valores, sentimientos de justicia, decisiones políticas”.

⁶³ Véase Villa, Luis Enrique de la, “El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho del trabajo”, en Palomeque, M. C. et al. (coord.), *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique De la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, p. 404.

⁶⁴ El debate sobre sobre reglas y principios tiene un especial hito de relevancia en el conocido artículo de Ronald Dworkin publicado en *University of Chicago Law Review* y que tuvo por título “El modelo de las reglas” (1967). Con anterioridad a dicho estudio, que posteriormente fue incorporado en su célebre libro *Los derechos en serio*, el debate en torno a los principios se centraba fundamentalmente en las visiones iusnaturalistas y positivistas. No obstante, Dworkin supera esa lógica y plantea que las reglas son aplicables a la manera del todo o nada; es decir, si se dan los hechos que estipula la regla, entonces dicha directriz debe ser aplicada. Por el contrario, los “principios tienen una característica de la cual carecen las reglas: la dimensión de peso o importancia”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 77. Según él, los principios

ción de los principios. En efecto, las reglas permiten hacer aquello que exactamente se exige toda vez que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.⁶⁵ A diferencia de los principios, los conflictos de reglas se solucionan mediante cláusulas de excepción, o bien mediante criterios que permiten resolver las antinomias. Dentro de estos criterios destacan las metarreglas de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.⁶⁶

La *lex superior* invoca el criterio jerárquico según el cual en un conflicto entre reglas prevalece la norma de rango superior (*lex superior derogat legi inferiori*).⁶⁷ Si bien es cierto que este criterio constituye una consecuencia lógica de la pirámide de Kelsen, en el ámbito laboral tiene plena aplicación. La *lex posterior* por su parte, invoca el criterio cronológico, que impone la norma de más reciente data (*lex posterior derogat legi priori*). La *lex specialis*, por último, permite concluir que la ley especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Este último criterio de la especialidad ha sido recogido en el artículo 13 del Código Civil chileno cuando se señala que las “disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”; en cierta

establecen consecuencias jurídicas que no se derivan automáticamente cuando se verifican los supuestos de hecho previstos en los mismos “pues pueden existir otros principios en sentido estricto o principios-directriz distintos que apunten en dirección contraria... y que hagan que el primero no prevalezca... en ese supuesto, y, por ello, no se aplique, dependiendo su aplicación del peso o importancia relativa de ellos... en el caso concreto planteado”, véase Tardío, J. A., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 58. Su reflexión también alcanzó al concepto de discreción en sentido fuerte y en sentido débil: si el derecho es un sistema de reglas, entonces el juez está obligado a aplicar o no las reglas a la manera del todo o nada. Por el contrario, si el sistema jurídico no sólo es un entramado de normas, sino que, además, de principios, entonces el juez se encuentra frente a estándares preexistentes que requieren de su discernimiento en lo que respecta a su aplicación. A partir de Dworkin, el debate sobre principios y reglas fue monopolizado fundamentalmente por la teoría del derecho, y desde luego los laboristas poco aportaron en dicho debate que sentían ajeno a las particularidades de la disciplina.

⁶⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los...*, cit., pp. 67 y 68.

⁶⁶ Sobre el particular, véase Ruiz, Juan, “Sistema jurídico: lagunas y antinomias”, en González, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 60; Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, trad. de César E. Moreno More, Lima, Legales Ediciones, 2017, pp. 531 y ss. En el ámbito de la doctrina laboral, Martín, Antonio, “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 119, 1978, pp. 5 y ss.

⁶⁷ Sobre las características del criterio jerárquico, y su aparente capacidad para resolver antinomias, véase Henríquez, Miriam, “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, Talca, año 11, núm.1, 2013, pp. 459 y ss.

medida, también lo recoge el inciso segundo del artículo 1o. de dicho Código del Trabajo al disponer que las normas de ese Código no se aplican a los funcionarios de la administración del Estado “siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”. Todas estas reglas son de usual aplicación en el ámbito laboral, aun cuando nada de ello impide, en todo caso, que las antinomias se mantengan pues no existe una solución mecánica de las mismas.⁶⁸

Lo anterior no ocurre con los principios, ya que la eventual colisión se resuelve tomando en cuenta las circunstancias del caso, ponderando la importancia del supuesto analizado y estableciendo al efecto una precedencia condicionada. Y lo anterior se explica por el simple hecho de que los principios no establecen consecuencias precisas, sino que permiten enunciar motivos para decidir en un determinado sentido.⁶⁹ Por ello, el principio de mayor peso prevalece.⁷⁰

En el caso del derecho del trabajo, las reglas o principios de aplicación propios de este ordenamiento (y que se han positivizado a partir de las exigencias tutelares de esta disciplina) no son de textura abierta. Por el contrario, los mentados principios de aplicación del derecho del trabajo no son más que reglas específicas, con supuestos de hecho cerrado (en el sentido que enumera exhaustivamente las circunstancias que “produce[n] la consecuencia jurídica que ella misma dispone”),⁷¹ y que han derivado en técnicas de ordenación y articulación del sistema de fuentes.⁷² Estas reglas, además, han terminado siendo mandatos imperativos o taxativos que permiten resolver específicos supuestos de hecho, pero que evitan la ponderación.⁷³

⁶⁸ Véase Ruiz, Juan, “Sistema jurídico: lagunas...”, *cit.*, pp. 61 y 62. Si existe antinomia entre *lex superior* y *lex posterior*, debiera prevalecer el criterio jerárquico sobre el criterio cronológico. A la misma conclusión habría que arribar en caso de producirse una antinomia entre *lex superior* y *lex specialis*: “En tal situación, parece haber un acuerdo general en que hay una presunción *prima facie* a favor de *lex superior*”. Con todo, si se produce una antinomia entre *lex posterior* y *lex specialis*, aquí no se produce una “presunción *prima facie* en favor de ninguna de las soluciones posibles, sino que cuál sea la solución para adoptar dependerá, sin más, del peso de los principios que respaldan a una y otra de las reglas antinómicas”, *ibidem*, p. 63.

⁶⁹ Pérez, Antonio-Enrique, “Los principios generales...”, *cit.*, p. 12.

⁷⁰ Véase, Alexy, Robert, *Teoría de los...*, *cit.*, pp. 71 y 73.

⁷¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y...*, *cit.*, p. 187.

⁷² Véase Mercader, Jesús, *Los principios de...*, *cit.*, p. 31.

⁷³ Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del...*, *cit.*, p. 32. Y agregan: “Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”, *ibidem*, p. 35.

Ante el derecho del trabajo, estas reglas obtuvieron patente de principio, aun cuando en no pocos casos sólo habían sido criterios de interpretación o postulados reconocidamente legales o estructurados a partir de la acción jurisprudencial. Un buen ejemplo de ello puede observarse en el denominado *principio de irrenunciabilidad* cuya formulación legal en muchos textos laborales sólo circunscribe y limita el ejercicio del derecho al disponer que la garantía de la prohibición de renuncia sólo es predicable de derechos legales (ya sean de imperatividad absoluta o derecho necesario relativo,⁷⁴ pero no de derechos convencionales), establecidos en leyes laborales (no en cualquier norma jurídica), y sólo mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo (es decir, se excluyen de la irrenunciabilidad los derechos adquiridos en los estadios previos a la contratación y los que ocurran con posterioridad a la extinción del vínculo). Desde esta perspectiva, la regla legal de la irrenunciabilidad exige que se haga exactamente lo que ella ordena y delimita el supuesto de hecho normativo, así como el efecto jurídico derivado de su concurrencia.⁷⁵

Lo expuesto permite reafirmar una y otra vez que el principio de protección del trabajador constituye el gran principio de esta disciplina y que, a partir de allí, se deducen derivaciones y especificaciones mediante reglas tanto del orden sustantivo como procesal. Lo anterior no obsta a reconocer que, en el derecho del trabajo, en tanto rama del ordenamiento jurídico, también se aplican los principios generales del derecho, los cuales son comunes a todo el sistema jurídico. Sería totalmente contradictorio, desde el punto de vista de la unidad del sistema jurídico, pretender una separación absoluta entre principios generales y principios laborales.⁷⁶ Pero esos principios generales no son

⁷⁴ Camps, Luis Miguel, “El carácter mínimo de las normas laborales”, *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Valencia, núms. 1 y 2, 1975-1976, pp. 4 y ss.; Prados, Francisco Javier, “Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 127, 1980, pp. 55 y ss.; Villa, Luis Enrique de la, “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 85, 1970, pp. 7 y ss.

⁷⁵ Cruz, Jesús, “Los principios...”, *cit.*, p. 199.

⁷⁶ Véase Vida José *et al.*, *Manual de derecho...*, *cit.*, p. 38: “Se debe dejar constancia que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, que en derecho del trabajo no hay más principios, que los «principios generales del derecho», de los que no se puede por menos de participar el derecho del trabajo si es que se quiere seguir denominando «derecho»”; Lyon-Caen, Gérard, “Les principes généraux...”, *cit.*, p. 36; Jeammaud, Antoine, “Les principes...”, *cit.*, pp. 622 y ss.; Montoya, Alfredo, “La aplicación...”, *cit.*, p. 28; Mercader, Jesús, *Los principios de...*, *cit.*, p. 55; Cruz, Jesús, *ibidem*, p. 205; Irureta, Pedro, “El impacto de los...”, *cit.*, p. 304; Almansa, J. M., “Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, núm. 3, Valencia, 1972, p. 13; Vázquez, Antonio, *Tratado de derecho...*, *cit.*, p. 126; Deveali, Mario L., *Tratado de...*, *cit.*, p. 386.

reglas jurídicas específicas, cuestión que obliga a concluir que el ordenamiento laboral es una amalgama de técnicas y principios peculiares que conviven con técnicas y principios ya existentes en otras ramas jurídicas.⁷⁷

IV. CONCLUSIONES

El derecho del trabajo, como disciplina jurídica, está conformado por principios y reglas. Para efectos de la disciplina laboral, el único y gran principio es el denominado principio protector. Éste ha estado en la base fundacional de la regulación jurídica del trabajo, y a partir de él, se han desplegado diversos tipos de reglas que reafirman el postulado tutelar.

Lo que tradicionalmente se denomina principios clásicos del derecho del trabajo, no son más que reglas establecidas bajo la lógica del todo o nada. Dentro de esas reglas podemos identificar, entre otras, a figuras tan clásicas como la irrenunciabilidad, la continuidad laboral o la primacía de la realidad. Todas esas reglas derivan de un solo gran principio fundante de la disciplina, como lo es el principio protector.

En el orden laboral, doctrina y jurisprudencia han obviado la distinción entre principios y reglas, limitándose a efectuar un tratamiento unitario de ambas figuras bajo la lógica que todos estos postulados constituyen principios propios del orden laboral. Sin embargo, no son lo mismo. El principio protector se estructura como un mandato de optimización que ordena que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible. Por el contrario, las reglas (dentro de las cuales destacan la irrenunciabilidad, la continuidad laboral o la primacía de la realidad) son normas con un menor nivel de generalidad y que sólo permiten hacer aquello que exactamente se exige. Los llamados principios de aplicación del derecho del trabajo no son más que reglas específicas con supuestos de hecho cerrados y que evitan la ponderación. En caso de producirse conflicto entre reglas, la jurisprudencia laboral utiliza las antinomias dentro de las cuales se impone la mayor parte de las veces el criterio jerárquico y la regla de especialidad (*lex specialis derogat generali*).

La existencia en exclusiva del principio protector —y de sus reglas particulares— no evita que en el derecho del trabajo se apliquen además los principios generales del derecho. Si el orden laboral aspira a ser una disciplina

⁷⁷ Véase Monereo, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 45.

propiamente jurídica, integrante de un sistema mayor, en modo alguno puede pretender negarle cabida a estos principios generales. Lo anterior permite concluir que el ordenamiento laboral es una combinación de reglas, técnicas y principios particulares que conviven con técnicas, reglas y principios aplicables a todo el sistema jurídico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 4, 2000.
- ACKERMAN, Mario, “El principio protectorio o de protección”, en PASCO, Mario (coord.), *En torno a los principios del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Porrúa, 2005.
- AGUILÓ, Josep, *Teoría de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2012.
- ALARCÓN, Manuel Ramón, “La vigencia del principio *pro operario*”, en MONTOTOYA, A. et al. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- ALMANSA, José Manuel, “Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, Valencia, núm. 3, 1972.
- ALMANSA, José Manuel, “Los principios generales del derecho ante la jurisprudencia constitucional laboral”, en IGLESIA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, t. IV.
- ARCE Y FLORES-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y la formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, Valencia, núm. 10, 1991.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, *Las piezas del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Ariel, 2016.

- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “Los principios de derecho del trabajo de segunda generación”, *IUSlabor*, núm. 1, 2008.
- BÄCKER, Carsten, “Reglas, principio y derrotabilidad”, trad. de Francisco J. Campos Zamora, *Doxa*, Valencia, núm. 37, 2014.
- BARROS, Enrique, “Reglas y principios en el derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Santiago, núm. 2, 1984.
- BECCHI, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, México, Fontamara, 2016.
- BELADÍEZ, Margarita, *Los principios jurídicos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2010.
- BOCQUILLON, Fabrice, “Que reste-t-il du ‘principe de faveur?’”, *Droit Social*, París, núm. 3, 2001.
- BONNECHÈRE, Michèle, “Sur l’ordre public en droit du travail: les principes sont toujours là...”, *Le Droit Ouvrier*, París, núm. 714, 2008.
- CAAMAÑO, Eduardo, “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 32, 2009.
- CAMPS, Luis Miguel, “El carácter mínimo de las normas laborales”, *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Valencia, núms. 1 y 2, 1975-1976.
- CONDE, Emilia, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2007.
- CRUZ, Jesús, “Los principios informadores del ordenamiento laboral”, en FARGAS, J., (coord.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, Huygens, 2016.
- CRUZ, Jesús, “La investigación en el derecho del trabajo”, *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*, Lima, núm. 2, 2016.
- CRUZ, Jesús, *Compendio de derecho del trabajo*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 2018.
- CHANDÍA, Sebastián, “Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno”, *Derecho y Humanidades*, Santiago, núm. 20, 2012.
- DESDENTADO, Aurelio, “El principio *pro operario*”, en VILLA, Luis Enrique de la, y LÓPEZ CUMBRE, L. (dirs.), *Los principios del derecho del trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003.
- DEVEALI, Mario, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 1964, t. I.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Martha Gustavino, Barcelona, Ariel, 1999.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

- GAETE, Alfredo, *Principios generales de derecho del trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951.
- GÁRATE, Javier, “El principio *in dubio pro operario*”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 135, 1982.
- GONZÁLEZ DEL REY, Ignacio, “Principios generales”, en GARCÍA, J. (ed.), *El sistema de fuentes de la relación laboral: estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2007.
- GONZÁLEZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, 3a. ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2017.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, trad. de César E. Moreno More, Lima, Legales Ediciones, 2017.
- GUZMÁN, Alejandro, “La idea de «principio» mentada en la expresión «principios generales del derecho»”, en REINOSO, F. (dir.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- HENRÍQUEZ, Miriam, “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, Talca, año 11, núm. 1, 2013.
- HEREDIA, Ignasi, *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000.
- IRURETA, Pedro, “Constitución y orden público laboral: un análisis del art. 19 No. 16 de la Constitución chilena”, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, núm. 9, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, 2006.
- IRURETA, Pedro, “El impacto de los principios jurídicos en el derecho del trabajo”, en CARBONELL, F. *et al.* (coords.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Legal Publishing, 2011.
- IRURETA, Pedro, “La vigencia del principio de buena fe en el derecho del trabajo chileno”, *Ius et Praxis*, Talca, año 17, núm. 2, 2011.

- JEAMMAUD, Antoine, “Les principes dans le droit français du travail”, *Droit Social*, París, núms. 9-10, 1982.
- JEAMMAUD, Antoine, “Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente”, *Droit Social*, París, núm. 2, 1999.
- JEAMMAUD, Antoine, “L’inexistence, en droit du travail, d’un principe *pro operario*”, en CRUZ, J. *et al.* (coords.), *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Sevilla, Centro Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- JAVILLIER, Jean-Claude, *Derecho del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
- LASTRA, José Manuel, “Principios ordenadores de las relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 104, 2001.
- LEGUINA, Jesús, “Principios generales del derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 114, 1987.
- LÓPEZ ONETO, Marcos, *El principio de protección a la fuente del empleo en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- LUZZATI, Claudio, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*, trad de Pau Luque Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- LYON-CAEN, Gérard, “Les principes généraux du droit du travail”, *Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à G. H. Camerlynck*, París, Dalloz, 1978.
- MARTÍN, Antonio, “Principios y reglas en el derecho del trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”, en DE LA VILLA GIL, L. E. y LÓPEZ, L. (dirs.), *Los principios del derecho del trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003.
- MARTÍN, Antonio, “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 119, 1978.
- MARTÍN, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, 24a. ed., Madrid, Tecnos, 2015.
- MERCADER, Jesús, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- MONEREO, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 1996.
- MONTOYA, Alfredo, “Principios y valores en el derecho del trabajo”, en PASCO, Mario (coord.), *En torno a los principios del derecho del trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Porrúa, 2005.

- MONTOYA, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 29a. ed., Madrid, Tecnos, 2008.
- MONTOYA, Alfredo, “La aplicación del derecho del trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, núm. 88, 2010.
- PACHECO, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- PALAVECINO, Claudio, *Los principios del derecho del trabajo*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Separata, 2008.
- PALOMO, Rodrigo, “Los principios del derecho del trabajo. Cuestiones de la teoría tradicional y planteamiento de nuevos problemas”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, núm. 6, 2006.
- PALOMO, Rodrigo, “El rol de los principios en la aplicación del derecho del trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, núm 11, 2007.
- PLÁ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.
- PLÁ, Américo, “Los principios del derecho del trabajo ¿constituyen una fuente del derecho?”, *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- PÉREZ, Antonio-Enrique, “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 98, 1997.
- PODETTI, H., “Los principios del derecho del trabajo”, en DE BUEN, N. y MORGADO, E. (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo-UNAM, 1997.
- PRADOS, Francisco Javier, “Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 127, 1980.
- PRIETO, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- PRIETO, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2016.
- RAMOS, José Antonio, “El fundamento del valor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. IX, 1992.
- RODRÍGUEZ, Jesús, “Los principios del derecho del trabajo”, en GARCÍA, H. et al. (dirs.), *El derecho del trabajo en tiempos de cambio. En honor de Adrián Goldin*, Buenos Aires, Ediar, 2017.

- RODRÍGUEZ, Jesús, “Realismo y principios jurídicos en el derecho del trabajo”, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, año XLVIII, núm. 11, 1988.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Flexibilidad, juridificación y desregulación”, *Relaciones Laborales*, Madrid, 1987, t. I.
- ROJAS, Víctor Manuel, *Dworkin y los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2007.
- RUIZ, Juan, “Sistema jurídico: lagunas y antinomias”, en GONZÁLEZ, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- SAGARDOY, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, 2a. ed., Madrid, Acarl, 1991.
- TARDÍO, J. A., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 2011.
- THAYER, William, “Un punto de vista sobre los principios del derecho del trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, Santiago, núm. 501, 1984.
- THAYER, William y NOVOA, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. II.
- UGARTE, José Luis, “La rehabilitación de los principios del derecho del trabajo y el concepto del derecho”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 252, 2013.
- VARIOS AUTORES, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009.
- VARIOS AUTORES, *En torno a los principios del derecho del trabajo*, en PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), México, Porrúa, 2009.
- VÁZQUEZ, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 2.
- VIDA, José *et al.*, *Manual de derecho del trabajo*, 3a. ed., Granada, Comares, 2005.
- VILLA, Luis Enrique de la, “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”, *Revista de Política Social*, Madrid, núm. 85, 1970.
- VILLA, Luis Enrique de la, “Rasgos, caracteres y principios del derecho del trabajo”, en PALOMEQUE, M. C. y GARCÍA-PERROTE, I. (coords.), *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique De la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006.
- VILLA, Luis Enrique de la, “El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho del trabajo”, en PALOMEQUE, M. C. y GARCÍA-PERROTE, I. (coords.), *Derecho del trabajo y seguridad social: cin-*

cuenta estudios del profesor Luis Enrique De la Villa Gil: Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006.

WALKER, Francisco, “Algunas reflexiones de carácter doctrinario sobre los embates flexibilizadores de las relaciones laborales, los principios del derecho del trabajo, su razón de ser y su futuro”, *Temas Laborales*, Santiago, año 7, 2002.

WALKER, Francisco, “Principios orientadores del derecho del trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, Santiago, núm. 501, 1984.

RECONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

RECONFIGURATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS
OF WORKERS AGAINST THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

RECONFIGURATION DES DROITS FONDAMENTAUX DES
TRAVAILLEURS CONTRE L'UTILISATION DE L'INTELLIGENCE
ARTIFICIELLE

Jesús AGUILERA DURÁN**

RESUMEN: El uso de la tecnología avanza con paso firme y avasallador sobre las formas de trabajo que tradicionalmente se han utilizado. Con el uso de la inteligencia artificial en la mano de obra, fuentes laborales importantes se ven amenazadas y aunque se resisten al cambio, se avizora un panorama nada alentador porque la tecnología va modificando los medios de producción y desvalorizando a la persona como eje fundamental de un proceso en el cual jugaba un rol preponderante. Esta disrupción ocasiona la deshumanización de la mano de obra y, por ende, atenta contra los derechos fundamentales de los trabajadores. Para mitigar los efectos que este fenómeno está ocasionando, se requiere una reconfiguración normativa sobre los derechos laborales que propicie la convivencia entre personas y robots, pero conservando la primacía de lo humano sobre lo artificial.

Palabras clave: derechos fundamentales, mano de obra, inteligencia artificial.

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Profesor de Derechos humanos y Derecho constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Correo electrónico: jad-2009@live.com.mx.



ABSTRACT: The use of technology advances with a firm and overwhelming step over the forms of work that have traditionally been used. With the use of artificial intelligence in the workforce, important labor sources are threatened and although they resist change, an unencouraging outlook is seen because technology is modifying the means of production and devaluing the person as the fundamental axis of a process in which he played a preponderant role. This disruption causes the dehumanization of the workforce and therefore, undermines the fundamental rights of workers. To mitigate the effects that this phenomenon is causing, it requires a normative reconfiguration on labor rights that encourages coexistence between people and robots while preserving the primacy of the human over the artificial.

Keywords: Fundamental Rights, Workforce, Artificial Intelligence.

RÉSUMÉ: L'utilisation de la technologie progresse avec une étape ferme et écrasante sur les formes de travail traditionnellement utilisées. Avec l'utilisation de l'intelligence artificielle dans la main-d'œuvre, d'importantes sources de main-d'œuvre sont menacées et bien qu'elles résistent au changement, un panorama peu encourageant est envisagé car la technologie modifie les moyens de production et dévalorise la personne comme axe fondamental de un processus dans lequel il a joué un rôle prépondérant. Cette perturbation entraîne la déshumanisation de la main-d'œuvre et, par conséquent, porte atteinte aux droits fondamentaux des travailleurs. Pour atténuer les effets de ce phénomène, une reconfiguration normative des droits du travail qui encourage la coexistence entre les personnes et les robots est nécessaire mais en préservant la primauté de l'humain sur l'artificiel.

Mots-clés: droits fondamentaux, travail, intelligence artificielle.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos fundamentales de los trabajadores*. III. *Inteligencia artificial en la mano de obra*. IV. *Expectativas sobre el futuro del trabajo*. V. *Reconfiguración de los derechos fundamentales de los trabajadores*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de información*.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales de los trabajadores se ven afectados por los constantes cambios que suceden tanto en México como en otras regiones del mundo. Se dice que la causa más directa es el fenómeno de la globalización, aunque se debe ser cauteloso al afirmar una postura en este sentido, porque más bien pudiera ser una consecuencia de la expansión de la tecnología.

Esto, propiciado por los medios de comunicación, permitió, en términos de Giddens, que hubiera una dislocación de tiempo y espacio.¹ Con ello, se conocieron nuevas formas de trabajar, se tuvo acceso a nuevas tecnologías y se fueron desvaneciendo los derechos de los trabajadores que son producto de una lucha histórica plagada de abusos y discriminación.

Sin darle demasiada importancia al uso tan invasivo de la tecnología en los medios de producción, los trabajadores parece que no vislumbran los alcances que el uso de la inteligencia artificial en la mano de obra está ocasionando. En otras palabras, se está deshumanizando el proceso productivo para mecanizarlo, con el consecuente impacto en el empleo.

Por lo anterior, se hace necesaria una reconfiguración de los derechos fundamentales de los trabajadores, que permita, tanto la protección y la garantía de dichos derechos ante la posible pérdida de empleos, como la capacitación laboral en prospectiva, para que cuando se agoten algunos empleos, los trabajadores perjudicados tengan una pronta reconexión con otra fuente laboral.

Metodológicamente se hace uso de la estrategia de sistematización de información sobre los derechos fundamentales de los trabajadores y el uso de la inteligencia artificial que va invadiendo espacios laborales en campos cada vez más diversos con el objeto de revisar la erosión que este hecho produce en los derechos y las expectativas laborales de las personas.

Para tal efecto, se recurre a fuentes de información secundarias con el auxilio de la técnica documental bibliográfica y la documental digital, para

¹ Giddens, Anthony, *As consecuencias da modernidade*, Sao Paulo, Editora UNESP, 1991, pp. 69 y 70.

recopilar información actualizada que permita realizar una interpretación del objeto de estudio con la finalidad de emitir conclusiones que describan el presente, pero más importante aún, que provoque una reflexión sobre cómo prepararse para seguir empleados en el futuro.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Los derechos laborales han tenido que pasar por una larga defensa ante el poder del capital; esta lucha incesante se ha visto recompensada con logros en el reconocimiento de derechos tanto individuales como colectivos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (en adelante CPEUM) fue pionera en el reconocimiento de los derechos sociales.

En el ámbito internacional, los tratados y las convenciones, principalmente sobre derechos humanos, han sido el eje sobre el que ha girado la búsqueda de mayores beneficios para los trabajadores.

Así pues, en la CPEUM, los derechos fundamentales de los trabajadores se protegen, principalmente, en los artículos 1o., 4o., 9o. y 123, y por virtud de los artículos 1o. y 133, también se reconoce su protección en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En el artículo 1o. constitucional se establece la vinculación para todas las autoridades de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, los derechos laborales entre ellos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.²

Por lo que hace al artículo 4o., en éste se protege la organización y desarrollo de la familia, el derecho a la alimentación, a la salud, al desarrollo, al agua y a la vivienda,³ que son tan indispensables para garantizar una vida digna.

En el artículo 9o. se protege el derecho de asociarse pacíficamente y con un objeto lícito,⁴ el cual ha sido utilizado para exigir, incluso por vía jurisdiccional, el derecho de formar sindicatos, aun en contra de las restricciones de las leyes secundarias en la materia.

Con respecto al artículo 123, establece que: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de em-

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 5 de febrero de 1917, *Diario Oficial de la Federación* del 27 de agosto de 2018, p. 2, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf.

³ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

pleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”. En el apartado A se regulan todas las relaciones laborales entre los trabajadores y los patrones, que pertenecen al sector privado y, excepcionalmente, a algunas entidades públicas. En el apartado B se regulan las relaciones de los poderes federales con sus trabajadores.⁵

En este precepto se regulan los contratos de trabajo, el salario mínimo, la jornada laboral, los días de descanso, la seguridad social, el pago de utilidades, los trabajos de menores y mujeres embarazadas, el acceso a la vivienda, la capacitación laboral, la sindicalización y la solución de conflictos,

Si bien es cierto que se le considera un catálogo enfocado a las relaciones laborales, también lo es que hay diversas situaciones que no se protegen ni garantizan, como las referentes a todas las nuevas actividades laborales que se originan por el uso y aplicación de la tecnología.

Sobre los tratados internacionales, es relevante recordar que el artículo 1o. constitucional también incluye derechos humanos garantizados en diversos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, la Organización Internacional del Trabajo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Es precisamente en los acuerdos internacionales donde se han protegido y garantizado los derechos humanos, entre ellos, el derecho [al trabajo], y nuestro país, al ser Estado parte en varios instrumentos internacionales, adquiere obligaciones para con los demás Estados y para con sus nacionales, tanto para impulsar reformas legislativas que reflejen lo convenido, como para impulsar políticas antidiscriminatorias.⁶

Así pues, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ se protegen los derechos laborales, en el artículo 6o. el derecho a trabajar; en el artículo 7o. el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; en el artículo 8o. el derecho de sindica-

⁵ *Ibidem*, pp. 127-138.

⁶ Aguilera Durán, Jesús, “Derecho de asociación de los trabajadores de confianza del municipio en el Estado de Morelos”, en Cabrera Diricio, Julio *et al.*, *Las reformas constitucionales y su impacto en el municipio*, México, Editorial Fontamara, 2015, pp. 167 y 168.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en línea, 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976, disponible en: <https://www.obchcr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

lización, en el artículo 9o. el derecho a la seguridad social; en el artículo 10 el trabajo de mujeres embarazadas y de menores; en el artículo 11 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia y en el artículo 12 el derecho a la salud y a la higiene en el trabajo.

Aunque el hecho de que se firmen no siempre va a representar un beneficio inmediato para los trabajadores, se pueden mencionar dos ejemplos al respecto, el primero con relación al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado el 10 de diciembre de 2008, el cual México no ha ratificado.

Se destaca que “el PF-PIDESC no crea ningún derecho sustantivo nuevo, sino un mecanismo que permite que personas o grupos presenten quejas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, respecto de violaciones de estos derechos cometidas por un Estado parte”.⁸ Pero precisamente por eso el Estado mexicano no lo quiere ratificar.

El segundo ejemplo lo es el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual fue adoptado el 1o. de julio de 1949 y entró en vigor el 18 de julio de 1951, pero México lo ratificó en el Senado hasta el 20 de septiembre de 2018.

Tras casi tres años de estar en la “congeladora”, el Senado aprobó por 78 votos a favor, cero en contra y ninguna abstención, el Convenio 98 de la Conferencia Internacional del Trabajo, sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicatos y negociación colectiva, que implicará una reforma a la Ley Federal del Trabajo y la eliminación de los “contratos de protección”, como los *outsourcings*.⁹

Como se puede observar, el Estado mexicano no garantiza los derechos laborales, aunque sean considerados derechos fundamentales, porque no es congruente con el cumplimiento de las obligaciones que le son impuestas por virtud de dichos instrumentos jurídicos del orden internacional.

Lo antes expuesto nos provoca la siguiente reflexión: si los derechos laborales fueron instituidos hace más de cincuenta años y apenas se hace algo por

⁸ OACNUDH, Carta del PF-PIDESC, disponible en: <http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2010/12/carta-PF-PIDESC-FINAL.pdf> (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2019).

⁹ Villamil, Jenaro, “El Senado ratifica el Convenio 98 sobre derechos sindicales y contra contratos de protección patronal”, *Revista Proceso*, en línea, núm. 2190, 20 de octubre de 2018, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/551845/el-senado-ratifica-el-convenio-98-sobre-derechos-sindicales-y-contra-contratos-de-proteccion-patronal> (fecha de consulta: 24 de diciembre de 2019).

garantizarlos, ¿qué podemos esperar de la regulación de los derechos fundamentales de los trabajadores ante el embate del uso de la inteligencia artificial en la mano de obra?

III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA MANO DE OBRA

Al analizar el uso de la inteligencia artificial en la actividad laboral, se debe tener presente que la tecnología ha servido para mejorar muchas actividades las cuales tradicionalmente eran realizadas por una o varias personas.

Asimismo, la tecnología está cambiando al mundo, a la economía, a la sociedad, y a la cultura, y un sector social que está siendo especialmente sensible a estos cambios es el de las relaciones laborales. Siendo éste un sector siempre sujeto a transformaciones y evoluciones aceleradas, en los últimos años se detecta una intensificación de este fenómeno, consecuencia, entre otros factores, de los cambios tecnológicos experimentados...¹⁰

Lo anterior se puede observar desde dos aspectos, uno positivo y el otro negativo, en cuanto al primero, no se discute que todo cambio implica beneficios que, en este caso, van a ser más palpables para un sector del proceso productivo: los empresarios. Sin embargo, al optimizarse el intercambio de bienes y servicios, se afirma que también representa beneficios para los trabajadores,

... porque varios siglos de innovación han demostrado que, aun cuando las máquinas han podido hacer cada vez más tareas que los humanos solían hacer, esto lleva a los humanos a tener mayores ingresos, consumir más y crear empleos para casi todos los que los desean. En otras palabras, cuando los trabajadores han sido históricamente desplazados por la innovación tecnológica, se han trasladado a nuevos puestos de trabajo, que a menudo requieren tareas más complejas o niveles mayores de juicio independiente.¹¹

¹⁰ Carrasco Fernández, Felipe Miguel, “Rescisión laboral por uso de medios electrónicos en la empresa”, en Ibarra Sánchez, Ernesto y Romero Flores, Rodolfo, *Jurismática. El derecho y las nuevas tecnologías*, UANL, 2010, p. 173.

¹¹ U.S. White House, Economic Report of the President 2016, en línea, disponible en:

Se puede o no estar de acuerdo con esta postura, pero lo que es innegable es que el ser humano está dotado de raciocinio que le facilita desarrollar habilidades, aptitudes, destrezas y capacidades que le permiten reenfocarse en los requerimientos que la innovación tecnológica le exige para adaptarse y poder así acceder a mejores condiciones de trabajo.

En el aspecto negativo de dicha innovación, se considera que, a mediano o largo plazo, se va a presentar la disminución de empleos y la creación de otros nuevos, va a ser notorio el desfasamiento de los trabajadores en la capacitación digital, habrá incidencia de salarios no bien remunerados y ello podría ocasionar el desvanecimiento de los derechos fundamentales que gozan los trabajadores.

Con el tiempo, los economistas esperan que los salarios se ajusten para despejar el mercado laboral y los trabajadores respondan a los incentivos para desarrollar el capital humano. La desigualdad podría aumentar, de hecho, la mayoría de los economistas creen que el cambio tecnológico es parcialmente responsable del aumento de la desigualdad en las últimas décadas.¹²

Se supone que, al requerirse una mayor competitividad en la actividad laboral, se propicia la desigualdad, principalmente entre las nuevas generaciones, que se han formado en la era digital y aquellos trabajadores tradicionales que realizan trabajos sin requerimiento de cualificación alguna y que no han recibido el apoyo suficiente para capacitarse en el uso de la tecnología y, por lo tanto, no están preparados para enfrentar esos cambios.

“La automatización está presente desde hace tiempo en el sector industrial, donde cada vez más se hace uso de robots en el ámbito de los procesos productivos, en el ensamble y la manipulación de materiales, en las cadenas de montaje, en la confección de mercancías”.¹³ Con ello, se intensifica la productividad, se reducen los costos y se generan más ganancias.

https://obamanwhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/ERP_2016_Chapter_5.pdf. 236 (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019).

¹² *Ibidem*, p. 237.

¹³ Palmerini, Erika, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”, *Revista de Derecho Privado*, en línea, núm. 32, enero-junio de 2017, p. 54, disponible en: <https://revistas.nexsternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5021/6009> (fecha de consulta: 3 de enero de 2020).

Esto sin dejar de ser positivo, provoca que se redimensione el mercado laboral, se produzca un impacto en los derechos laborales, se propicien formas de contratación temporales y se garanticen menos prestaciones sociales.

Sin ser una contradicción, la inteligencia artificial implica beneficios para unos, pero perjuicios para otros. “En la nueva ola de AI [Artificial Intelligence] existen oportunidades y retos al mismo tiempo. En el lado positivo, AI pudiera incrementar automatización, soporte de análisis inteligente y toma de decisiones, y crear nuevos modelos de negocios e industrias. Pero AI también trae una serie de riesgos”.¹⁴

Esos riesgos, incluidos el desplazamiento laboral, la adaptación a nuevas formas de trabajo, el desvanecimiento de los derechos laborales, entre otros, se deben visualizar como un conflicto que en su momento deberán atender, tanto las autoridades, como los empresarios y, sin duda alguna, los trabajadores para que esa transición produzca los menos efectos posibles y se prevenga que las personas sufran, o al menos no resientan de forma brusca, en su economía personal, los efectos de la automatización.

IV. EXPECTATIVAS SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO

Los cambios tecnológicos van modificando la cadena de producción, por ende, la forma de trabajar, como lo describen David He y Vanessa Guo: “El impacto transformador de la inteligencia artificial (IA) en cada industria es indiscutible. Como lo es su efecto en el mercado laboral. ¿Beneficiará la IA al mercado laboral en la próxima década y más adelante, o lo cambiará y remplazará a los humanos?”.¹⁵

Esa pregunta invita a la reflexión, porque pareciera que las personas se preocupan más por estar atentos a actividades que en nada les beneficia como cuestiones políticas, sucesos naturales o simplemente en el celular perdiendo el tiempo, sin darse cuenta que el uso de la inteligencia artificial en la mano de obra va ocasionando el desplazamiento del trabajador de tareas en las que tradicionalmente eran su fortaleza y orgullo.

¹⁴ He, David y Vanessa, Guo, *4 ways AI [Artificial Intelligence] will impact the financial job market*, World Economic Forum, traducción propia, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2018/09/4-ways-ai-artificial-intelligence-impact-financial-job-market/> (fecha de consulta: 4 de enero de 2020).

¹⁵ *Idem*.

Estos son las ocupaciones con las mayores posibilidades (99% de probabilidad) de ser remplazadas por tecnología: ingreso de datos, bibliotecarios, nuevos contadores, trabajadores de procesos fotográficos, operadores de máquinas de procesamiento, preparadores de impuestos, agentes de carga y fletes, reparadores de relojes, agentes de seguros, técnicos matemáticos, alcantarillado, examinadores de títulos, abstractores, buscadores y telemarketers.¹⁶

Ante ese escenario, el futuro del trabajo se debe visualizar con responsabilidad, para poder enfrentar ese cambio allegados de las herramientas necesarias para una mejor adaptación a las nuevas actividades laborales, por eso, se debe capacitar permanentemente y desarrollar otras cualificaciones que permitan ser competitivos al solicitar un empleo.

Según un estudio del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP), de 2013 a 2025 se producirá un crecimiento en la demanda de perfiles comerciales y trabajadores de servicios, hasta ocupar un 27% de la demanda total de empleo en España, frente al 16% de media en el resto de la Unión Europea.¹⁷

Entendiéndose por perfiles comerciales y de servicios aquellas personas altamente cualificadas con conocimientos digitales o informáticos para ocupar empleos en el sector de intercambio de bienes y servicios, que no sólo requieren actividades físicas sino más bien aptitudes intelectuales.

Eso llevará a que “... la labor de los departamentos de Recursos Humanos se basará en valorar el talento de una persona, así como sus habilidades y capacidades. Por tanto, cada negociación será única y estará vinculada directamente al perfil de cada trabajador de forma individual y no por colectivos”.¹⁸

Es decir, el estar cualificado para desempeñar un puesto de trabajo, no tan sólo habrá de ser factor decisivo, sino que también se deben tener conocimientos sobre los derechos laborales porque al contratarse se determinarán

¹⁶ Dachs, Bernhard, *The Impact of New Technologies on the Labour Market and the Social Economy*, European Parliament, 2018, p. 25.

¹⁷ Repositorio institucional de la Fundación Universitaria San Pablo CEU, *Informe ADDECO sobre el futuro del trabajo en España 2016*, p. 52, disponible en: <https://www.ceu.es/joblab/documentacion/informeAdecco.pdf> (fecha de consulta: 10 de enero de 2020).

¹⁸ *Ibidem*, p. 130.

las condiciones de trabajo que hoy se realizan a través de negociaciones colectivas.

“La evolución del mercado laboral y los cambios en las condiciones laborales y en las reivindicaciones de los empleados está dando lugar a la individualización. Los sindicatos han perdido poder de acción y de negociación a favor de los propios empleados”.¹⁹ Esto puede ser ocasionado porque el actuar de las representaciones sindicales está más vinculado a intereses políticos, de grupo o particulares que a la defensa y mejora de los derechos del trabajador.

Indudablemente que se está dando una transición marcada por los diversos factores de la economía, lo que trae como consecuencia que se presenten problemas que hoy en día no son tan notorios, pero que se irán agudizando conforme la automatización vaya expandiéndose.

A pesar de lo expuesto, sí pueden perfilarse algunos de los riesgos que entraña, sea cual sea su intensidad y rapidez, la transición económica y laboral, como son el aumento temporal o más permanente del desempleo o la polarización del mercado de trabajo, abierto a una mayor brecha salarial y a la diferenciación de las condiciones laborales (en detrimento de quienes mantengan su trabajo en sectores y puestos de trabajo menos cualificados conforme a los parámetros de los cambios económicos).²⁰

Con esto, no quiere decir que la mayoría de los empleos tiendan a desaparecer, sino que algunos se mudarán, otros se modificarán y muchos más se crearán, ello desde luego, se puede asimilar fortaleciendo una buena preparación académica, complementada con el desarrollo de conocimientos digitales a través de cursos, incluso *on-line*, que algunas veces, hasta pueden ser gratuitos. Esto se espera que suceda en la mayoría de los países.

Estimamos que para 2027, el 23% de los empleos en el sector financiero de China serán recortados por AI [Inteligencia Artificial] o se transformarán en nuevas posiciones. El 77% restante de los trabajos no será reemplazado, pero la eficiencia de estas posiciones aumentará. Los trabajos que serán

¹⁹ *Ibidem*, p. 129.

²⁰ Bonet Pérez, Jordi, “Disrupción tecnológica y trabajo, ¿disrupción también en el ámbito de las relaciones laborales?”, *Revista Mientras tanto.e*, en línea, núm. 169, junio de 2018, p. 2, disponible en: <http://www.mientrastanto.org/boletin-169/notas/disrupcion-tecnologica-y-trabajo-disrupcion-tambien-en-el-ambito-de-las-relaciones> (fecha de consulta: 11 de enero de 2020).

remplazados por AI consisten principalmente en tareas estandarizadas y repetitivas.²¹

Eso nos brinda una idea de lo que debemos esperar en un futuro no muy lejano, hay que recordar que China es una de las economías más importantes del mundo, y en términos de mano de obra, un mercado laboral muy importante. Pero la automatización no afecta tan sólo a este país, sino prácticamente a todos los países industrializados o las economías emergentes más desarrolladas.

A nivel mundial, las actividades automatizables equivalen a 1.1 miles de millones de empleados y \$15.8 billones en salarios... Cuatro economías (China, India, Japón y los EE. UU.) representan un poco más de la mitad de estos salarios y empleados; China e India en su conjunto representan el mayor potencial de empleos automatizables (más de 700 millones de empleados equivalentes a tiempo completo) debido al tamaño relativo de sus fuerzas laborales.²²

Lo antes expuesto no significa que los empleos desaparezcan, sino que van a sufrir variaciones tanto en la oferta como en la demanda, lo que implica una necesaria concientización de las expectativas que se deben tener para poder adaptarse a las necesidades futuras.

El potencial también es alto en Europa: de acuerdo con nuestro análisis, 54 millones de empleados equivalentes a tiempo completo o \$1.7 billones en salarios, están asociados con actividades automatizables en las 5 economías más importantes: Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido...²³

Con estos datos, que reflejan la trascendencia del fenómeno en los países industrializados, se impone hacer una valoración sobre el futuro del trabajo

²¹ He, David y Vanessa, Guo, *op. cit.*

²² Mckinsey Global Institute, “Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad”, Resumen ejecutivo 2017, p. 27, en línea, disponible en: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/digital%20disruption/harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/a-future-that-works-executive-summary-spanish-mgi-march-24-2017.aspx> (fecha de consulta: 14 de enero de 2020).

²³ *Ibidem*, p. 27.

y el impacto que el uso de la inteligencia artificial va a tener en los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esto sin contar que: “Las perspectivas de la FIR [Federación Internacional de Robótica] muestran que en 2021 el número anual de robots suministrados a fábricas alrededor del mundo alcanzará cerca de 630,000 unidades”.²⁴ Lo que visibiliza aún más la insoslayable interacción entre el hombre y los robots.

... 85 unidades de robot por cada 10,000 empleados es el nuevo promedio de densidad de robot global en las industrias manufactureras (2016: 74 unidades). Por regiones, la densidad promedio de robots en Europa es de 106 unidades, en América 91 y en Asia 75 unidades...²⁵

Ello implica que el futuro del trabajo está ligado a la robótica, y obliga a que se reconfiguren los derechos fundamentales de los trabajadores. Porque “es necesario un nuevo contrato social para una realidad que emana de la disrupción digital, tecnológica y científica. Avanzamos hacia una singularidad determinada por la confluencia de progresos vertiginosos que afectan a todos los órdenes de nuestra vida.”²⁶

V. RECONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Ante la invasión de la tecnología en la mayor fuente de ingresos que tienen las personas: su fuerza de trabajo, y la erosión de la estabilidad en el empleo, se hace necesario que el Estado asuma con responsabilidad esos retos y que facilite a los trabajadores la adaptación a nuevas formas de trabajo, lo que a su vez traerá como consecuencia que se reconfiguren los derechos fundamentales de los trabajadores que, si llegaran a ser desplazados, estén preparados a iniciar actividades en otras áreas distintas a las que habían desempeñado.

²⁴ IFR, *Global Industrial Robot Sales Doubled over the Past Five Years*, 18 de octubre de 2018, en línea, disponible en: <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/global-industrial-robot-sales-doubled-over-the-past-five-years> (fecha de consulta: 24 de enero de 2020).

²⁵ *Idem*.

²⁶ Zafra, Juan Manuel, “Más humano y digital”, *TELOS Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología*, núm. 108, enero-junio de 2018, p. 6.

La perspectiva de que la tecnología disruptiva extienda aún más estas prácticas y abarque relativamente a un mayor número de integrantes (humanos) de la fuerza laboral, puede concitar la idea de una necesidad o aparente necesidad de cambio legal, con el argumento de que la nueva realidad económica y laboral derivada de la automatización y la digitalización exige una respuesta adecuada, ya que es un fenómeno inevitable que no hay más remedio que regular...²⁷

Sin duda, que debe estar regulada la aplicación de nuevas tecnologías a las actividades laborales porque lleva implícita la interacción entre humanos y robots. Pero,

Para encontrar regulaciones legales sobre robótica e inteligencia artificial debemos irnos hasta Japón y Corea; Taiwán está investigando para establecer las bases de una futura normativa. Aparte de éstas, las únicas normas relativas a la robótica que hay en la actualidad son las normativas ISO (International Organization for Standardization).²⁸

Estas normas ISO de carácter industrial, que son parte del *soft law*, “son documentos que especifican requerimientos que pueden ser empleados en organizaciones para garantizar que los productos y/o servicios ofrecidos por dichas organizaciones cumplen con su objetivo”.²⁹

Así pues, en Asia es donde se puede encontrar una mayor regulación sobre el uso de la robótica y la inteligencia artificial.

Se trata de la “Korean Law on the Development and Distribution of Intelligent Robots (2005)” y de la “Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea (2012)”. En Japón podemos encontrar las “Guidelines to Secure the Safe Performance of Next Generation Robots” y la “New Robot Strategy - Japan’s Robot Strategy - Vision, Strategy, Action Plan” y “Headquarters for Japan’s Economic Revitalization” de febrero (2015)...

²⁷ Bonet Pérez, Jordi, *op. cit.*, p. 3.

²⁸ Pascual, Álvaro David, *Inteligencia artificial: un panorama de algunos de sus desafíos éticos y jurídicos*, Universitat de Girona, p. 35, en línea, disponible en: <https://dugidoc.udg.edu/bitstream/handle/10256/14950/alvaro-pascual.pdf?sequence=1> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2020).

²⁹ ISO Tools, “¿Qué es una norma ISO?”, en línea, disponible en: <https://www.isotools.org/normas/> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2020).

En Europa, no se tiene como tal una regulación, pero el Parlamento Europeo aprobó el 16 de febrero de 2017 el texto P8_TA (2017)0051 que contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica, el cual en su inciso L, señala:

Considerando que no cabe duda de que el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial incidirán en el panorama del empleo, lo que puede crear nuevas preocupaciones relativas a la responsabilidad y eliminar otras; que debe aclararse la responsabilidad jurídica desde el punto de vista del modelo de empresa y de la definición de las tareas de los trabajadores, en caso de que se produzca una emergencia o surjan problemas...³⁰

Lo que presume una expectativa de afectaciones en los derechos de los empleados, que hace necesario se trabaje en promover una legislación especializada que facilite la transición de la manualidad a la automatización, pero siempre con el respeto a la dignidad del individuo, así como velando por la protección y garantía de sus derechos humanos

En otras palabras,

visualizar aquellos derechos de las personas que van a ser afectados por el uso de la tecnología, los que se podrían empezar a conceptualizar como los derechos de una persona que resiente una disminución o menoscabo en su integridad física o emocional, sus bienes o derechos, producto del uso de la tecnología, sea por interacción laboral, contacto o a distancia en caso de haber solicitado una prestación o servicio digital.³¹

La mencionada resolución del Parlamento Europeo, en el numeral 22 de los principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil:

Pone de relieve que definir normas y posibilitar la interoperabilidad es fundamental para la competencia futura en el ámbito de la inteligencia artificial

³⁰ Parlamento Europeo, *Civil Law Rules on Robotics*, 16-02-2017, en línea, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2020).

³¹ Aguilera Durán, Jesús, “Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 29, julio-diciembre de 2018, p. 20.

y las tecnologías robóticas; pide a la Comisión que continúe trabajando por la armonización internacional de las normas técnicas, en particular junto con los organismos europeos de normalización y la Organización Internacional de Normalización, a fin de fomentar la innovación, evitar la fragmentación del mercado interior y garantizar un elevado nivel de seguridad de los productos y protección de los consumidores, también, en su caso, mediante normas mínimas de seguridad adecuadas para el entorno de trabajo...³²

Como se puede deducir, hay serias preocupaciones por la interacción entre los robots y los humanos, porque se pueden presentar situaciones en las que una falla mecánica produzca daños, que en un primer plano pudieran ser materiales, pero incluso llegar a perjudicar a las personas a su alrededor.

Por ello, se pretende efectuar cambios legales.

En la propuesta presentada, se aboga por crear una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas con derechos y obligaciones específicos, incluida la obligación de reparar los daños que puedan causar.³³

Lo anterior sería una excelente medida de protección para los trabajadores, ya que, si bien es importante la automatización, no se deben dejar de lado sus derechos fundamentales.

Además, se pueden tomar otras medidas, en una primera etapa se debe considerar:

Gravar las nuevas tecnologías, por ejemplo, mediante la introducción de un impuesto a los robots que replacen el trabajo humano, podría reducir el ritmo de la automatización. Asimismo, un “impuesto a los robots” asimilaría los costos sociales del desplazamiento, aunque queda por saber si esto podría generar incentivos negativos.³⁴

³² Parlamento Europeo, *op. cit.*

³³ Mercader Uguina, Jesús R., “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, pp. 155 y 156, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/jder.24488933e.2017.269.62438> (fecha de consulta: 12 de febrero de 2020).

³⁴ OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, en línea, p. 6, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf (fecha de consulta: 9 de febrero de 2020).

Eso podría remediar, en alguna medida, la pérdida del empleo, porque “En una segunda etapa se podría crear un fondo con los ingresos procedentes de este impuesto para financiar la capacitación (o la nueva capacitación) de los trabajadores más afectados por esta transición”.³⁵

De esa forma, se daría prioridad a la formación profesional del ser humano que le permita disminuir sus desventajas respecto de los robots. No obstante, es impostergable la reflexión sobre lo que se debe hacer hoy para planear un mejor mañana en términos del mundo laboral.

En primer lugar, es necesario ampliar el concepto de «trabajo» e incluir el trabajo no remunerado (y, en particular, el cuidado —de terceros—) para que el concepto no se limite al trabajo remunerado. En segundo lugar, sería recomendable considerar la tecnología como un producto social, con lo cual sus aspectos negativos (como la reducción del empleo) podrían ser controlados mediante la agenda social.³⁶

En ese orden de ideas, se hace necesario girar el timón hacia una formación integral de los trabajadores, ya sea antes o cuando estén empleados, para adaptarse a los cambios que la tecnología propicia, que incluya la educación sobre sus derechos fundamentales, la capacitación en informática, en tecnologías de la información y la comunicación y en la adición o la actualización de programas de estudio enfocados a nuevos empleos.

Consecuentemente, se estarían sentando las bases para que los derechos de los trabajadores fueran contemplados de forma holística, y no solamente como derechos de un sector de la sociedad, y asumir una actitud consciente para lograr que la regulación de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial sea considerada una política de Estado.

“Yo creo que estamos en el punto ideal en el que podemos desarrollar un marco jurídico eficiente y que pueda crecer a la par de la tecnología o por lo menos pueda adecuarse a los avances tecnológicos”, señaló el especialista [Jesús Manuel Niebla Zatarain], quien con el apoyo del Conacyt realiza un

³⁵ *Ibidem*, p. 6.

³⁶ *Ibidem*, pp. 9 y 10.

doctorado en Inteligencia Artificial y Derecho en la Universidad de Edimburgo, Escocia.³⁷

Con el propósito de alcanzar ese objetivo, se debe reglamentar en las leyes laborales, 1) el derecho al trabajo desde casa; 2) el derecho del trabajador a la desconexión de los servidores de la empresa; 3) el acceso a un seguro de desempleo ocasionado por la automatización; 4) la creación de institutos y universidades tecnológicas con horarios flexibles para personas en trabajo activo, y 5) la reducción de la semana laboral.

VI. CONCLUSIONES

Con el uso de la inteligencia artificial en los procesos de producción, no tan sólo se pierden trabajos que desempeñaban los humanos, sino que se propicia el enriquecimiento de los patrones y la vulneración de los derechos laborales de las personas, lo que obliga a asumir una actitud más acorde con la realidad.

También se pone de manifiesto que la capacitación constante en el uso y acceso a la tecnología ya no es una opción, sino una necesidad de prepararse para que en el futuro se pueda competir por empleos que requieren habilidades, destrezas y conocimientos informáticos.

Sin duda, el establecer una regulación sobre los robots otorgaría mecanismos de defensa a los trabajadores para hacer valer sus derechos a la hora de ser desplazados de su empleo o ser perjudicados por alguno de ellos.

Además, se considera pertinente que se proyecte una legislación que incluya la robot's liability o responsabilidad de los robots en su interacción con los trabajadores, que incluya disposiciones de carácter laboral y civil para mantener protegidos los derechos fundamentales de las personas a su alrededor.

La reconfiguración de los derechos fundamentales de los trabajadores en las nuevas formas de trabajo debe incluir el reconocimiento de condiciones económicas y de protección social que incluyan capacitación laboral, seguro de desempleo, acceso a educación especializada, el fortalecimiento de los sindicatos en su ámbito interno de la empresa y todos aquellos derechos que reduzcan la inequidad de condiciones propiciada por el uso de la robótica y la inteligencia artificial en el ámbito laboral.

³⁷ Sánchez, Verenice, “Inteligencia artificial y las leyes del futuro”, *Conacyt prensa*, en línea, disponible en: <http://conacytprensa.mx/index.php/sociedad/personajes/2293-inteligencia-artificial-y-las-leyes-del-futuro> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- AGUILERA DURÁN, Jesús, “Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 29, julio-diciembre de 2018.
- AGUILERA DURÁN, Jesús, “Derecho de asociación de los trabajadores de confianza del municipio en el Estado de Morelos”, en CABRERA DIRCIO, Julio *et al.*, *Las reformas constitucionales y su impacto en el municipio*, México, Editorial Fontamara, 2015.
- BONET PÉREZ, Jordi, “Disrupción tecnológica y trabajo, ¿disrupción también en el ámbito de las relaciones laborales?”, *Revista Mientras tanto.e*, en línea, núm. 169, junio de 2018, disponible en: <http://www.mientrastanto.org/boletin-169/notas/disrupcion-tecnologica-y-trabajo-disrupcion-tambien-en-el-ambito-de-las-relaciones>.
- CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel, “Rescisión laboral por uso de medios electrónicos en la empresa”, en IBARRA SÁNCHEZ, Ernesto y ROMERO FLORES, Rodolfo, *Jurismática. El derecho y las nuevas tecnologías*, UANL, 2010.
- DACHS, Bernhard, *The Impact of New Technologies on the Labour Market and the Social Economy*, European Parliament, 2018.
- GIDDENS, Anthony, *As consecuencias da modernidade*, Sao Paulo, Editora UNESP, 1991.
- HE, David y VANESSA, Guo, “4 ways AI [Artificial Intelligence] will Impact the Financial Job Market”, *World Economic Forum*, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2018/09/4-ways-ai-artificial-intelligence-impact-financial-job-market/>.
- IFR International Federation of Robotics, *Global industrial robot sales doubled over the past five years*, disponible en: <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/global-industrial-robot-sales-doubled-over-the-past-five-years>.
- ISO TOOLS, “¿Qué es una norma ISO?”, disponible en: <https://www.isotools.org/normas/>.
- MCKINZEY GLOBAL INSTITUTE, *Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad*, Resumen ejecutivo, 2017, disponible en: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/digital%20disruption/barnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/a-future-that-works-executive-summary-spanish-mgi-march-24-2017.aspx>.

- MERCADER UGUINA, Jesús R., “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.269.62438>.
- OACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), disponible en: <http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2010/12/carta-PF-PIDESC-FINAL.pdf>.
- OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf.
- PALMERINI, Erika, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 32, enero-junio de 2017, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5021/6009>.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Civil Law Rules on Robotics*, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>.
- PASCUAL, Álvaro David, *Inteligencia artificial: un panorama de algunos de sus desafíos éticos y jurídicos*, Universitat de Girona, disponible en: <https://dugidoc.udg.edu/bitstream/handle/10256/14950/alvaro-pascual.pdf?sequence=1>.
- Repositorio Institucional de la Fundación Universitaria San Pablo CEU, *Informe ADDECO sobre el futuro del trabajo en España 2016*, disponible en: <https://www.cen.es/joblab/documentacion/informeAdecco.pdf>.
- SÁNCHEZ, Verence, “Inteligencia artificial y las leyes del futuro”, *Conacyt prensa*, disponible en: <http://conacytprensa.mx/index.php/sociedad/personajes/2293-inteligencia-artificial-y-las-leyes-del-futuro>.
- U. S. WHITE HOUSE, *Economic Report of the President 2016*, disponible en: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/ERP_2016_Chapter_5.pdf.
- VILLAMIL, Jenaro, “El Senado ratifica el Convenio 98 sobre derechos sindicales y contra contratos de protección patronal”, *Revista Proceso*, núm. 2190, 20 de octubre 2018, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/551845/el-senado-ratifica-el-convenio-98-sobre-derechos-sindicales-y-contra-contratos-de-proteccion-patronal>.
- ZAFRA, Juan Manuel, “Más humano y digital”, *TELOS Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología*, núm. 108, enero-junio de 2018.

**EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS
QUE REALIZAN TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR:
ANÁLISIS DESDE EL ARTÍCULO 3o. DE LA RESOLUCIÓN
NÚM. CD 513***

THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY OF PEOPLE WHO PERFORM
UNPAID WORK AT HOME: ANALYSIS FROM ARTICLE 3o.
OF RESOLUTION No. CD 513

LE DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE POUR LES PERSONNES
QUI EFFECTUENT DES TRAVAUX MÉNAGERS NON RÉMUNÉRÉS:
ANALYSE DE L'ARTICLE 3o. DE RESOLUTION No. CD 513

María Claudia SÁNCHEZ VERA**

Seyedeh Sougand HESSAMZADEH VILLAMAGUA***

Gustavo Marcelo SILVA CAJAS****

RESUMEN: El presente trabajo de investigación abordará con un enfoque crítico el derecho a la seguridad social de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar. Al respecto, es necesario tener presente que antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en octubre 2008, sólo se reconocía el derecho al trabajo a quienes prestaban sus servicios bajo relación de dependencia y el consiguiente derecho a la seguridad social.

A su vez, a partir de la vigencia de la Constitución de la República de 2008; se incorporó el reconocimiento de las labores de autosustento y cuidado humano que se realizan en los hogares como una forma de trabajo. Por ello, la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Docente de tiempo completo en la carrera de derecho e investigadora en la Universidad de Otavalo.

*** Docente de tiempo completo en la carrera de derecho e investigadora en la Universidad de Otavalo.

**** Docente de tiempo completo en la carrera de derecho e investigador en la Universidad de Otavalo.



del Trabajo en el Hogar, reformó a la antes referida Ley de Seguridad Social, incluyendo en el grupo de afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar. Sin embargo, lo que se cuestiona es que este sector de la población, a pesar de tener ante el sistema de seguridad social ecuatoriano la calidad de afiliadas, no están protegidas conforme lo dispone la normativa interna del IESS, ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, situación que evidencia un reconocimiento limitado de su derecho a la seguridad social.

Palabras clave: seguridad social, Ecuador, contingencias, prestaciones, riesgos del trabajo.

ABSTRACT: This research work will address with a critical approach, the right to social security of people who do unpaid work from home. In this regard, it is necessary to keep in mind that before the entry into force of the Constitution of the Republic of Ecuador promulgated in October 2008; only the right to work was recognized, to those who provided their services under a dependency relationship and the consequent right to social security.

In turn, from the effective date of the Constitution of the Republic of 2008; the recognition of self-support and human care work carried out in homes as a form of work was incorporated. Therefore, the Organic Law for Labor Justice and Recognition of Work at Home reformed the aforementioned Social Security Law, including within the group of affiliates of the Ecuadorian Social Security Institute (IESS), to people who work unpaid household. However, what is questioned is that this sector of the population, despite having before the Ecuadorian social security system the quality of affiliates, are not protected as provided by internal regulations of the IESS, against an accident at work or a professional illness; situation that shows a limited recognition of their right to social security.

Keywords: Social Security, Ecuador, Contingencies, Benefits, Occupational Hazards.

RÉSUMÉ: Ce travail de recherche abordera avec une approche critique, le droit à la sécurité sociale des personnes qui effectuent un travail non rémunéré à domicile. À cet égard, il convient de garder à l'esprit qu'avant l'entrée en vigueur de la Constitution de la République de l'Équateur promulguée en octobre 2008; Seul le droit au travail est reconnu à ceux

qui fournissent leurs services dans le cadre d'une relation de dépendance et le droit à la sécurité sociale qui en découle.

À son tour, à compter de la date d'entrée en vigueur de la Constitution de la République de 2008; La reconnaissance du travail d'auto-assistance et de soins humains effectué à domicile comme une forme de travail a été incorporée. Par conséquent, la loi organique pour la justice du travail et la reconnaissance du travail à domicile a réformé la loi sur la sécurité sociale susmentionnée, y compris au sein du groupe des affiliés de l'Institut équatorien de sécurité sociale (IESS), les personnes qui travaillent ménage non rémunéré. Cependant, ce qui est remis en cause, c'est que ce secteur de la population, bien qu'il ait devant le système équatorien de sécurité sociale la qualité des affiliés, n'est pas protégé comme le prévoit le règlement intérieur de l'IESS, contre un accident du travail ou un maladie professionnelle; situation qui montre une reconnaissance limitée de leur droit à la sécurité sociale.

Mots-clés: sécurité sociale, Équateur, éventualités, avantages sociaux, risques professionnels.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Seguridad social: antecedentes históricos.* III. *Seguridad social: definición y reflexión crítica.* IV. *Seguridad social y seguro social: ¿son conceptos distintos?* V. *Naturaleza jurídica de las cotizaciones al sistema de seguridad social.* VI. *Demografía y seguridad social: afiliados al Seguro General Obligatorio.* VII. *Riesgos cubiertos por el Seguro General Obligatorio.* VIII. *Riesgos del trabajo: análisis del artículo 3o. del Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Objetivo*

La presente investigación tiene como finalidad demostrar que el sistema de seguridad social ecuatoriano (conjunto de instituciones, normativa, recursos humanos, económicos, etcétera), no es verdaderamente de cohorte universal, debido a que no respeta estrictamente uno de los principios rectores de la seguridad social, como es el principio de universalidad (conforme con el cual todos los afiliados deben estar protegidos en igualdad de condiciones frente a todas las contingencias que brinda el Seguro General Obligatorio

a través del IESS y la Red Pública de Salud a sus afiliados), generando como resultado un limitado derecho a la seguridad social hacia las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar.

2. Metodología

Documental, histórico y analítico crítico.

3. Resultados

El resultado principal de este estudio es el bajo número de población que ha optado por afiliarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social bajo la modalidad del *trabajo no remunerado del hogar*; una evidencia clara de la falta de confianza que tiene la ciudadanía en el sistema.

4. Limitaciones del estudio

Una restricción para el desarrollo de este estudio fue el estrecho bagaje teórico que en Latinoamérica, y de manera particular en Ecuador, existe en materia de seguridad social.

5. Originalidad

Tanto el tema como el enfoque desde el cual se aborda la presente investigación, son innovadores y originales.

II. SEGURIDAD SOCIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Previo al estudio de lo que hoy se entiende como *seguridad social*, es necesario conocer su origen. En este contexto, José Mario Ruiz explica tres formas anteriores a ella. La primera es conocida como *beneficencia o asistencia*; aquella que "... se debió primero a la iniciativa privada especialmente familiar, profesional; posteriormente los poderes públicos toman una parte cada vez más preponderante... es un régimen que reconoce a una categoría de perso-

nas el beneficio de los subsidios a expensas de la colectividad...”.¹ Dicho de otro modo, la seguridad social inició como una forma de iniciativa privada y luego pública de asistencia dirigida hacia personas de escasos recursos económicos, a quienes se les reconoce una serie de beneficios financiados por los aportes de quienes percibían mayores ingresos. En la asistencia es donde se evidencia con claridad el *principio de solidaridad*.

Como siguiente paso está el *seguro*, aquel que consiste en una

... forma técnicamente más perfecta de garantía. Puede ser garantía buscada libremente: seguro voluntario comercial, colectivo; se sirve de él sobre todo la clase media. Más frecuentemente es impuesta por la autoridad pública a las categorías moralmente incapaces de ahorro voluntario... entonces tenemos el seguro obligatorio. Voluntario u obligatorio, el seguro es un régimen, bajo el cual el beneficio de los subsidios está subordinado al pago de cotizaciones por sí mismo o por medio de otros...²

Además, es útil recalcar una idea, y es que el seguro en su expresión más frecuente es obligado por el Estado, a quienes de por sí no tienen esa cultura de previsión para el futuro. Es más, el beneficio de los subsidios está condicionado al pago de las *cotizaciones* (cabe recalcar que por primera vez surge este término) por sí mismo (sucede en lo que hoy se conoce como afiliación voluntaria) o por medio de otros (se presenta en la afiliación del trabajador bajo relación de dependencia, en la cual los aportes: tanto personal como patronal, cancela el empleador).

Por último, están presentes elementos de la *garantía social moderna*, aquella que tiene como punto de partida, la

“Social Security Act” de EE. UU. del 14 de agosto de 1935, [el cual] es el primer texto legislativo que introduce el término “seguridad social”... El Estado liberal cede en parte ante el “Welfare State”. Se impone un seguro obligatorio. Hay un esfuerzo de coordinación; por vez primera se discute, en ocasión de esta ley, de la provisión universal de un mínimo de existencia, de la solidaridad entre las diversas clases de la nación.³

¹ Ruiz, José Mario, *La formación del concepto de seguridad social*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1961, p. 17.

² *Ibidem*, pp. 17 y 18.

³ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

Para finalizar el escalón, está el *Social Security Act*, una ley federal aprobada en los Estados Unidos de América, el 14 de agosto de 1935. Éste fue un primer texto que hace referencia a la seguridad social, imponiendo a la población un seguro obligatorio. Además, con base en esta ley, se establecieron por primera vez mecanismos de cooperación o solidaridad entre toda la nación (sin importar sus clases).

III. SEGURIDAD SOCIAL: DEFINICIÓN Y REFLEXIÓN CRÍTICA

Para empezar, es imprescindible conceptualizar un término medular, cuya comprensión facilitará la lectura crítica del presente trabajo. En este contexto, el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), define a la *seguridad social* como

... el sistema legal de seguros sociales que otorga prestaciones en dinero, especie o servicios a la población protegida, para cubrirla [frente a] contingencias sociales que le provocan una reducción o pérdida en sus niveles de ingresos presentes o futuros y/o una carga económica suplementaria transitoria a permanente...⁴

Ahora bien, al efectuar una lectura detenida del párrafo anterior, se puede observar, entre otros aspectos, que este Centro de investigación ubica la conceptualización de la seguridad social dentro del derecho laboral, como es la seguridad social, desde una *visión privatista*, considerándola un *sistema de seguros sociales*.

Angélica Porras define a la seguridad social como “... un *derecho humano*,⁵ que tiene como fin proteger a todas las personas frente a las *contingencias* de la

⁴ Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, *La seguridad social en Latinoamérica: un estudio comparativo del seguro social en Argentina y Colombia*, Buenos Aires, CIEDLA, 1989, p. 21.

⁵ Con derechos humanos se hace referencia al “[conjunto] de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”. Véase Rodríguez y Rodríguez, Jesús y Carbonell, Miguel, voz: “Derechos humanos”, *Diccionario de derecho constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, p. 481.

vida, derivadas de la falta de ingresos producidos por enfermedad, incapacidad, invalidez, vejez, desempleo o muerte...”.⁶

En primer lugar, es básico tener en cuenta que existe una diferencia técnica entre los términos *prestaciones*⁷ y *contingencia*. Dentro de esta línea, por un lado, cuando se hace alusión a las necesidades, riesgos, percances, etcétera, que todo individuo puede sufrir en el transcurso de su existencia, se habla de *contingencias*. En este sentido, frente a aquellos inconvenientes están las herramientas que permiten de alguna manera apaciguar sus efectos nocivos. Para explicar mejor, y cerrando esta idea, la enfermedad, la muerte, el desempleo son *contingencias*; mientras que la atención médica, la hospitalización, la cirugía, la entrega de medicamentos, el auxilio de funerales, el montepío o el seguro de desempleo, son las *prestaciones*.⁸

Es, entonces, la seguridad social un derecho, prerrogativa o facultad, que tiene como finalidad amparar a la población afiliada al sistema de seguridad social cuya entidad legal y constitucionalmente responsable de brindar las prestaciones del seguro general obligatorio a los afiliados, es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;⁹ lo cual no resta la presencia de regímenes especiales, como el Seguro Social Campesino y otros cubiertos por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y el Instituto de la Seguridad Social de la Policía Nacional (ISPOL) frente a las necesidades que se presenten a lo largo de su vida.

En concordancia con lo indicado, la Constitución de la República del Ecuador, vigente en el artículo 370, dispone que:

⁶ Porras Velasco, Angélica, “La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”, *Foro Revista de Derecho*, Ecuador, núm. 24, 2015, p. 91. Énfasis añadido.

⁷ Se dice que son el “[conjunto] de beneficios de orden social, laboral, económico... que otorga el Estado, entidades públicas, de servicio o privadas, sea en el cumplimiento de sus fines específicos, por mandato de ley o por acuerdo entre las partes”. Véase Patiño Ledesma, Rodrigo y Pozo, Teodoro, *Léxico jurídico tributario*, Quito, CLD, 1996, p. 166.

⁸ Sobre el carácter prestacional de la seguridad social, se ha dicho que dicho “... contenido obligacional consiste en dar o en hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera los medios suficientes para ello”. Véase Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Caicedo Tapia, Danilo y Porras Velasco, Angélica (eds.), *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, p. 108.

⁹ Como un dato adicional y de carácter trascendente, se debe conocer que “mediante Decreto Supremo núm. 40, de 2 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial núm. 15, de 10 de julio del mismo año, se transformó la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”. Véase Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Manual para afiliados y empleadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, Quito, IESS, 1984, p. 4.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.¹⁰

Es más, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es una *entidad del servicio público, que goza de autonomía*¹¹ administrativa (el manejo de sus fondos y recursos serán de exclusiva responsabilidad del IESS, y por prohibición legal ninguna institución del Estado podrá intervenir en su administración ni peor aún menoscabar su patrimonio),¹² financiera; inclusive se debe tener presente que tiene patrimonio propio, en virtud de que su presupuesto no forma parte del Presupuesto General del Estado.

Siguiendo con el hilo conductor de esta reflexión académica, con relación a la postura sostenida por Angélica Porras respecto de la seguridad social, es imprescindible resaltar su total fortaleza y aplicación en el Ecuador, debido a que el argumento tiene un vínculo muy fuerte con el modelo de Estado actual, que tal como lo indica la Constitución de la República del Ecuador de 2008,¹³ en el artículo 1o., corresponde a "... un Estado constitucional de derechos y justicia...".¹⁴

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 370.

¹¹ La Ley de Seguridad Social con respecto a la naturaleza jurídica del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, señala que "[el] Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social [IESS] es una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional". Véase Ley de Seguridad Social (Ecuador), Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001, artículo 16.

¹² Con respecto a los recursos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la Constitución Política de la República, en su tiempo se pronunció en el sentido de que éstos son "propios y distintos de los del Estado, y servirán para cumplir adecuadamente los fines de su creación y funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir en sus fondos y reservas ni afectar su patrimonio...". Véase Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, artículo 59

¹³ Ecuador, *op. cit.*

¹⁴ *Idem.*, artículo 1o. Énfasis añadido.

Acerca de la esencia del Estado constitucional de derechos y justicia¹⁵, Ramiro Ávila Santamaría indica que:

[el] Estado de derecho se caracterizó, aunque suene tautológico, por el sometimiento del Estado al derecho, entendiendo al derecho como el conjunto de normas válidas formalmente... Sobra decir que la comprensión del derecho se restringe a la ley y, por tanto, a la producción legislativa. [No obstante, en] el Estado de *derechos* los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, 1. El Estado; y 2. El derecho del que de éste emana están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades...¹⁶

Del citado criterio se desprende entonces, esta evolución del Estado de derecho al constitucional de derechos y justicia (en el primero el Estado se somete al derecho desde una perspectiva puramente formalista. En definitiva, lo que no estaba presente, simplemente no existía para el derecho, o el Estado; mientras que en el segundo los derechos y la justicia someten al derecho, por lo tanto, todo aquello que se vincula con el núcleo esencial de los derechos se constituye en elementos de sometimiento del Estado desde una perspectiva neo constitucionalista).

En correspondencia con lo indicado, la seguridad social es un derecho fundamental¹⁷ reconocido tanto en la Constitución de la República del Ecuador,¹⁸

¹⁵ En este sentido, la doctrina manifiesta que “[el] Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder sólo puede hacer lo determinado en la ley... El Estado constitucional, en cambio, se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley...”. Véase en: Ávila Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008: Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en Andrade, Santiago *et al.* (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2009, p. 406.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 408 y 409.

¹⁷ Dícese del término *derechos fundamentales*, “se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa de reservar el término «derechos fundamentales» para designar los derechos positivados a nivel interno”. Véase Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 44.

¹⁸ “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas...”. Véase Ecuador, *op. cit.*, artículo 34.

como en varios *tratados internacionales de derechos humanos* ratificados por el Estado ecuatoriano.

No obstante, siempre es enriquecedor nutrirse de visiones y criterios distintos. Al respecto de la esencia de la seguridad social como un derecho fundamental, desde la realidad colombiana, Rafael Rodríguez Mesa, ilustra este documento con la idea de que "... desde la [sentencia] T-561 de 1992 la Corte Constitucional considera como derecho fundamental la seguridad social cuando su no reconocimiento quebranta derechos fundamentales...".¹⁹ Dicho de otro modo, queda claro que para el país vecino, conforme al precedente sentado por la Corte Constitucional, el atribuir la característica de fundamental al derecho a la seguridad social está condicionado a la vulneración de otros derechos que sí están revestidos de tal calidad.

IV. SEGURIDAD SOCIAL Y SEGURO SOCIAL: ¿SON CONCEPTOS DISTINTOS?

Seguridad social no es lo mismo que *seguro social*; ambos conceptos son básicos para la exploración crítica acerca de temas actualmente coyunturales dentro de tan indispensable área del conocimiento. Por una parte, ha quedado sumamente claro que la seguridad social es un derecho, mientras que el seguro social es una herramienta prevista por el Estado con la finalidad de cristalizar o materializar este derecho constitucional; el cual se analizó de manera profunda al inicio de este ensayo. En suma, el seguro social es el mecanismo que permite materializar y garantizar el derecho.

Antes de continuar, se debe tomar en consideración que todo derecho se vuelve en la práctica viable con la utilización de recursos económicos; mismos que en el caso del sistema de seguridad social ecuatoriano provienen tanto del Estado a través de los impuestos y otros medios para captar recursos públicos, como de los aportes de la ciudadanía en general; estando ésta conformada, por empleadores, trabajadores, afiliados voluntarios, ecuatorianos que residen en el exterior, afiliados independientes que poseen el Registro Único de Contribuyentes (RUC) o el Régimen Impositivo Simplificado (RISE). Lo indicado responde a la obligación que tienen los ciudadanos de cooperar con la seguridad social.

¹⁹ Rodríguez Mesa, Rafael, *Estudios sobre seguridad social*, Barranquilla, Universidad del Norte-Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 55 y 56.

De conformidad con lo expresado, la Constitución en el numeral 15 de su artículo 83, considera como uno de los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, la de "... cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley...".²⁰ Una vez leída la disposición constitucional, es posible caer en cuenta de que hay una contradicción semántica, en virtud de que la acción de *cooperar*, es por esencia voluntaria, mientras que pagar los aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y los impuestos, son de carácter obligatorio. En este sentido, en lugar de cooperar debería estar el término contribución,²¹ que está acorde con la intención que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente al redactar el citado artículo.

En este punto avanzado de la discusión, surge entonces una pregunta: ¿el sistema de seguridad social tiene un vínculo irrompible con el trabajo? Con respecto a esta interrogante, Marco Proaño Maya sostiene que "[el sistema del seguro social] surge de una relación de dependencia laboral, por la que el trabajador y el empleador asumen obligaciones y derechos...".²² Es totalmente evidente que la definición aportada por el autor ecuatoriano no es compatible con el *principio de universalidad*,²³ uno de los principios rectores de la seguridad social, en razón de que se limita el ámbito de protección del seguro social, dirigiéndolo únicamente hacia quienes presten servicios bajo relación de dependencia, quedando entonces las demás personas desprotegidas y, sin acceso a la seguridad social, siendo éste un derecho humano, que se le debe reconocer a toda persona sin importar su condición laboral.

En ese sentido, ¿es el sistema de seguridad social realmente universal?, o simplemente el principio de universalidad queda como una retórica agradable en la Constitución de la República del 2008, recalcando nuevamente que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos.

²⁰ Ecuador, *op. cit.*, artículo 83.

²¹ "Es la aportación económica determinada por leyes fiscales que hacen las personas naturales o jurídicas, nacionales o [extranjeras] que residen en el país, para satisfacer la atención de los servicios públicos del Estado...". Véase Patiño y Pozo, *op. cit.*, p. 56.

²² Proaño Maya, Marco, *Seguridad social y sociedad democrática*, Quito, Editorial Americana, 2014, p. 89. Énfasis añadido.

²³ La universalidad como principio, "... consiste en amparar a todos los seres humanos, sin excepción, como integrantes de la comunidad, quienes tienen derecho a la protección desde su nacimiento hasta su muerte. Busca la cobertura de todos los riesgos y contingencias sociales para toda la población...". Véase Rodríguez, Rafael, *op. cit.*, p. 39.

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COTIZACIONES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A manera de inicio, el conocido profesor Fernando Pérez Royo, como un aporte desde el derecho tributario, con respecto a este tema, considera que “... las cotizaciones participan de las notas o caracteres esenciales que distinguen a los tributos: son prestaciones coactivas, impuestas unilateralmente por el Estado y su destino es la financiación de necesidades colectivas...”²⁴ En otras palabras, la cantidad de dinero que mes a mes aportan los individuos al sistema de seguridad social, con el fin de estar protegidos frente a cualesquier contingencia que se presente, conforme lo explica el autor, son parte o tienen características similares a los tributos, siendo éstos: impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras, los cuales estarán reservados únicamente para cubrir la demanda de la sociedad en materia de derechos.

Es más, Pérez Royo resalta la idea de que esta contribución es por esencia coactiva; vía que precisamente aplica la institución responsable del Seguro General Obligatorio para exigir el cumplimiento del pago de los aportes al sistema de seguridad social. En consecuencia, si el empleador conforme lo dispone la norma especializada en la materia, como es la Ley de Seguridad Social, no cancela dentro de quince días posteriores al mes correspondientes al aporte, *el porcentaje que por ley le corresponde*,²⁵ se le considerará en mora, sin dejar atrás la responsabilidad patronal que se le atribuya.

En relación con el aspecto que se discute, Giuliani Fonrouge defiende una postura diferente, y es que

... se trata de una contribución especial, tanto en la parte patronal como en la de obreros y empleados, por entender que se dan las condiciones que caracterizan esa categoría jurídico-financiera según la definimos anteriormente. Hay un beneficio indudable para unos y otros en la organización de la

²⁴ Pérez Royo, Fernando, “Ingresos tributarios de la seguridad social”, *Curso de derecho tributario parte especial. El sistema tributario: los tributos en particular*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, p. 839.

²⁵ Es aquí donde es indispensable dejar claro que conforme se desprende del anexo 2 del Reglamento para la aplicación de la Cesantía y Seguro de Desempleo, el porcentaje que aporta el trabajador y el empleador varía dependiendo de si el sector es público o privado. En el caso de que éste sea privado, el afiliado contribuirá con el 9.45%, y el empleador con el 11.15%.

previsión y de la asistencia [social]; más visible en el caso de los empleados, pero no menos real en el de los patronos.²⁶

En definitiva, el acto de cotizar al sistema de seguridad social, de acuerdo con Fonrouge, es una contribución especial, ya que lleva consigo beneficios a largo plazo para ambas partes de la relación laboral. Por una parte, el empleador cumplirá con una obligación legal y evitará las respectivas sanciones pecuniarias por su incumplimiento. Por otra parte, el trabajador obtendrá beneficios en razón del acceso a todas las prestaciones del Seguro General Obligatorio.

Concordando con el criterio sostenido por Giuliani Fonrouge, las contribuciones especiales son una parte del gran universo de los tributos, y por su esencia beneficiosa para ambas partes, se alinea más a la realidad de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

VI. DEMOGRAFÍA Y SEGURIDAD SOCIAL: AFILIADOS AL SEGURO GENERAL OBLIGATORIO

Vale la pena resaltar que la demografía como ciencia es muy importante para comprender y estudiar la seguridad social; teniendo presente que por demografía se entiende "... el estudio estadístico de las poblaciones, particularmente por lo que respecta a su tamaño y densidad, a su distribución y a la estadística vital...".²⁷ En esta línea, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el caso del Ecuador, y los sistemas de seguridad social a lo largo del mundo se nutren de esta rama del conocimiento humano, debido a que factores como el número de habitantes, la edad, la situación socioeconómica, la condición laboral, etcétera, influyen a la hora de diseñar los distintos modelos de afiliación, el porcentaje de cotización, los requisitos, las prohibiciones, el costo para la institución, etcétera.

En concordancia con lo señalado en el párrafo anterior, se pronuncia Myres, quien señala:

[es] evidente que en el sistema de seguridad social ha de influir sobremanera la estructura demográfica del país o de la población amparada. Esto es

²⁶ Giuliani Fonrouge, Carlos, *Derecho financiero*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 948.

²⁷ Myers, Robert, "Demografía y seguridad social", *Seguridad social y población*, Washington, OEA, 1969, p. 3.

así tanto desde el punto de vista de la clase del programa necesario como de su costo [que a su vez puede influir en la viabilidad de adoptar varias disposiciones, por razón de los recursos financieros disponibles que son necesariamente limitados].²⁸

En suma, la seguridad social tiene un nexo muy sólido con la demografía; toda vez que el núcleo de ésta es la población; los factores que con anterioridad se indicaron, influyen en la distribución del presupuesto del sistema de seguridad social hacia las distintas modalidades de afiliación.

En lo que a la realidad ecuatoriana respecta, la Ley de Seguridad Social en su artículo 2o.; con respecto a los afiliados al Seguro General Obligatorio,²⁹ expresa que:

... a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo; c. El profesional en libre ejercicio; d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal; f. El menor trabajador independiente; y, g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales.³⁰

En otras palabras, conforme lo manifiesta la ley de la materia, estarán protegidos y podrán acceder a las distintas prestaciones dependiendo de la modalidad de afiliación a la que se acoja el ciudadano-afiliado; los trabajadores (quienes presten sus servicios lícitos y personales a su empleador; pudiendo tratarse de una persona natural o jurídica, bajo relación de dependencia, en este caso, son los empleadores quienes deben ingresar a sus trabajadores al IESS, a través de un aviso de entrada), el profesional en libre ejercicio (médico, abogado, etcétera), quien administre o sea dueño de un negocio (sin importar la actividad de la que se trate), el trabajador cuya edad sea menor a los 18 años, etcétera.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Un dato relevante es que, a partir del 16 de febrero del 2005, gracias al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la frase obligados a solicitar la protección fue declarada inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto por el tercer inciso del artículo 57 de la Constitución Política de la República del Ecuador, debido a que la solicitud no es un requisito obligatorio para que el individuo se beneficie de la protección de la seguridad social. Además, al ser la seguridad social un derecho irrenunciable, sería ilógico y contradictorio que se obligue a solicitar un derecho de esta naturaleza. Véase Ecuador, Tribunal Constitucional, “Resolución”, en Casos acumulados núm. 052 y núm. 054-2001-TC, 14 de febrero del 2005, p. 7.

³⁰ Ecuador, *op. cit.*, artículo 2o.

No obstante, la citada norma no es de carácter taxativo, lo cual quiere decir que quienes constan en el artículo 2o. de la Ley de Seguridad Social, no son los únicos que ostentan la calidad de afiliados. En este sentido, se incluyen a quienes no prestan sus servicios o ejercen una actividad bajo relación de dependencia y solicitan de manera voluntaria su afiliación al sistema de seguridad social.

Cabe recalcar además que al ser considerada la seguridad social como un derecho humano, "... legalmente, ya no se debería, por lo tanto, hacer derivar el derecho a la seguridad social sólo de la condición de ser trabajador o de pagar determinadas cotizaciones..."³¹ Dicho de otro modo, en la actualidad, en un Estado donde lo primordial son los derechos de las personas, es absurdo e ilógico que todavía se niegue o prive del acceso y goce de un derecho fundamental como es la seguridad social.

En concordancia con esta idea, y en respuesta a lo dispuesto por la Constitución de la República,³² en el Ecuador el 20 de abril de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar;³³ aquella que reforma la Ley de Seguridad Social. En este sentido, el artículo 66 de dicha Ley Orgánica, dispone que se "... 1. [Sustituya] el texto de la letra g) del artículo 2o. por el siguiente: «g. Las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado»..."³⁴ en otras palabras, tomando en consideración a la universalidad como principio rector de la seguridad social, incluye en el grupo de afiliados a las personas que realizan labores de autosustento y cuidado humano en los hogares, como el aseo del hogar, el cuidado y alimentación de los hijos y del entorno familiar en general.

Antes de continuar con el análisis, se debe conceptualizar el término *persona que realiza trabajo no remunerado del hogar*, para ello, el artículo 64 de la Resolución núm. CD 516 (Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social), se encarga de dar una respuesta, y dice que "... es aquella que desarrolla de manera exclusiva tareas de cuidado del hogar sin percibir remuneración o compensación económica

³¹ Rendón Vásquez, Jorge, *Derecho de la seguridad social*, Lima, Grijley, 2008, p. 102.

³² "El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el autosustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo". Véase Ecuador, *op. cit.*, artículo 34. Énfasis añadido.

³³ Ecuador, Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, Registro Oficial 483, Tercer Suplemento, 20 de abril de 2015.

³⁴ *Ibidem*, artículo 66.

alguna...”.³⁵ Es más, en aquella época el gobierno de turno hizo mediante un estudio técnico,³⁶ una proyección del número de afiliados bajo el trabajo no remunerado del hogar, y por medio de un estudio técnico calculó que en 2015, el IESS registraría un total de 1’247,115 y en 2018 la cifra ascendería a 1’315,961 (afiliados bajo el trabajo no remunerado del hogar). Sin embargo, a continuación se observará que aun en 2020, el número de personas afiliadas bajo el trabajo no remunerado del hogar es muy bajo en comparación con la proyección que se desprende del estudio actuarial realizado por el IESS.

TABLA 1. Total de la población afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

| | <i>Afiliados (núm.)</i> |
|----------------------------|-------------------------|
| Sector público | 645,823 |
| Sector privado | 2’015,375 |
| Independientes | 259,879 |
| Semicontributivo | 235,787 |
| Pasantes sector público | 9,908 |
| Pasantes sector privado | 6,286 |
| Voluntarios en el Ecuador | 164,058 |
| Voluntarios en el exterior | 15,128 |
| Voluntarios puros | 98 |
| Total | 3’352,342 |

FUENTE: elaboración propia con datos de la Subdirección Nacional de Afiliación, Cobertura y Gestión de la Información del IESS.

En concordancia, conforme se demuestra con datos oficiales aportados por la misma institución responsable de la seguridad social en el Ecuador, por medio del departamento competente, las cifras a nivel nacional, en cuanto al trabajo no remunerado del hogar, ascienden únicamente a: 235,787 afiliados

³⁵ Ecuador, Resolución núm. C.D. 516. Registro Oficial 687, Edición Especial, 15 de agosto de 2016, artículo 66.

³⁶ Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado*, Quito, IESS, 2015, p. 40.

bajo el régimen semicontributivo; en otras palabras, personas que realizan trabajo no remunerado del hogar). Es más: sector privado, público, independientes, semicontributivos, pasantes, voluntarios en el exterior, voluntarios en el Ecuador, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuenta con un total de 3'352,342 afiliados, cifra que evidentemente está muy por debajo de la meta que se propusieron las autoridades de la institución. Lo cual es una evidencia clara de las huellas negativas que ha dejado el actuar de las autoridades públicas en la ciudadanía, generando una desconfianza en el sistema de seguridad social en su eficacia, calidad, universalidad, igualdad, etcétera.

VII. RIESGOS CUBIERTOS POR EL SEGURO GENERAL OBLIGATORIO

A manera de inicio, y partiendo de que ha quedado clara la diferencia entre prestaciones y contingencias, la Ley de Seguridad Social en el artículo 3o., al respecto de las *contingencias*, dispone que:

[el] Seguro General Obligatorio protegerá a las personas afiliadas, en las condiciones establecidas en la presente Ley y demás normativa aplicable, de acuerdo con las características de la actividad realizada, en casos de: a. Enfermedad; b. Maternidad; c. Riesgos del trabajo; d. Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y, e. Cesantía. f. *Seguro de Desempleo*.³⁷

En definitiva, el Seguro General Obligatorio, a través de instituciones del sector público como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y en lo que a salud concierne: hospitales y dispensarios del IESS, y la Red Pública Integral (Ministerio de Salud Pública), cumplen con la población afiliada y sus familias (cónyuge e hijos menores de 18 años). Sin embargo, es necesario indicar que los ciudadanos registrados en el sistema de seguridad social en calidad de afiliados están amparados frente al desempleo desde el 28 de marzo del 2016, fecha en la cual entró en vigor la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo,³⁸ reformando el citado artículo 3o. de la Ley de Seguridad Social.

³⁷ Ecuador, *op. cit.*, artículo 3o. Énfasis añadido.

³⁸ En este contexto, en el referido cuerpo legal, se manifiesta que el “Artículo. Del seguro de desempleo. El seguro de desempleo es la protección económica que protege a los afiliados

VIII. RIESGOS DEL TRABAJO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 30. DEL REGLAMENTO DEL SEGURO GENERAL DE RIESGOS DEL TRABAJO

Para empezar, el 12 de julio del 2016, el IESS, a través de su máximo órgano de gobierno, el Consejo Directivo, aprobó la Resolución núm. C.D. 513 (Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo),³⁹ normativa interna que regula todo lo concerniente a los infortunios laborales como: “Accidente de trabajo”⁴⁰ (acontecimiento que se presenta de manera imprevista en la carrera productiva del afiliado) y “Enfermedad profesional”,⁴¹ en lo referente a las prestaciones a las cuales tienen derecho los afiliados que han sido víctimas del siniestro laboral, requisitos de acceso, quienes son considerados legalmente sujetos protegidos, tipos de incapacidades y su respectiva valoración, etcétera. Sin embargo, los empleadores: personas naturales y personas jurídicas (tanto públicas como privadas), deben poner en práctica una política de prevención de riesgos laborales, dotando a los trabajadores de insumos como guantes, mascarillas, botas, tapones para los oídos, etcétera.

No obstante, es imprescindible dejar claro que existe un criterio diferenciador entre los dos conceptos medulares, que son el accidente de trabajo

del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, bajo relación de dependencia por la pérdida de ingresos generada por un cese temporal de actividades productivas por causas ajenas a su voluntad y se registrará por los principios de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad”. Véase Ecuador, Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo. Registro Oficial 720, 28 de marzo del 2016, artículo 6o.

³⁹ Con la finalidad de adaptarse a la esencia protectora y garantista de la Constitución de la República, el numeral 5 del artículo 326, expresa que “[el] derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”. Véase Ecuador, *op. cit.*, artículo 326 núm. 5.

⁴⁰ Dícese, de “... cualquier suceso anormal que se presenta de forma brusca e inesperada, normalmente evitable, que interrumpe la continuidad del trabajo, pudiendo causar o no lesiones a las personas y genera pérdidas económicas...”. Véase Goñalons Benavent, Anna, “Patología del trabajo”, en Moreno Cáliz, Susana (coord.), *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, Barcelona, Atelier-Librería Jurídica Cevallos, 2012, p. 422.

⁴¹ Se entiende que con este término se hace referencia cuando “... la relación causal está reconocida legalmente, y de enfermedades relacionadas con el trabajo cuando hay evidencias científicas de esta relación causal, pero no son reconocidas legalmente...”. Véase Benavides, Fernando *et al.*, “Trabajo y salud”, *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, Barcelona, Elsevier-Masson, 2007, p. 38.

y una enfermedad profesional; criterio al cual la doctrina especializada en materia de medicina del trabajo, lo conoce como *periodo de latencia*⁴² (tiempo que transcurre hasta que se presenten los efectos nocivos en el organismo del individuo que sufre el siniestro laboral). En este sentido, el tiempo es menor en el accidente de trabajo (casi inmediato); mientras que en la enfermedad profesional se hace evidente la sintomatología en un periodo mucho mayor; factor que complica mucho más la tarea de los médicos ocupacionales de las distintas direcciones provinciales del IESS, al establecer la relación inmediata existente entre el infortunio y la actividad laboral desempeñada por el afiliado.

De lo expresado por los autores, se deduce que esta relación científica y legalmente reconocida entre la enfermedad y las condiciones en las cuales desarrollan los trabajadores sus actividades laborales será objeto de verificación por parte de los funcionarios del área de riesgos del trabajo del IESS; determinación que es necesaria, antes de otorgar las prestaciones correspondientes, puesto que se descartaría cualquier tipo de engaño a la institución. Como siguiente paso, se ilustrará el estudio con una lista no taxativa de enfermedades profesionales, en virtud de que fuera de ellas están las reconocidas por la Subdirección Nacional de Gestión y Control de Riesgos del Trabajo.

TABLA 2. Resumen de las enfermedades que, a efectos del Seguro General de Riesgos del Trabajo, se consideran profesionales

| | |
|---|--|
| 1. Enfermedades profesionales según el órgano o sistema afectado. | Enfermedades del sistema osteomuscular: síndrome del túnel carpiano, tenosinovitis crónica de la mano y bursitis prerrotuliana. |
| 2. Otras enfermedades. | Enfermedades que, a pesar de no constar en la lista, se ha podido verificar el nexo que existe entre la actividad laboral y la enfermedad contraída por el trabajador. |

FUENTE: elaboración propia con datos de: Ecuador IESS, Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016, anexo 1.

En definitiva, tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional conllevan consecuencias dañinas para el organismo de los afectados. Ahora bien, estos efectos conforme lo indica la normativa interna del IESS, se

⁴² *Idem.*

clasifican en “a) Incapacidad Temporal; b) Incapacidad Permanente Parcial; c) Incapacidad Permanente Total; d) Incapacidad Permanente Absoluta; y, e) Muerte”.⁴³ Frente a ello, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través del departamento de riesgos del trabajo, otorga al afiliado prestaciones económicas que dependen del grado de incapacidad (subsidio, pensión e indemnización); atención médica, rehabilitación física, prótesis, etcétera. Además, en caso de muerte, el IESS otorgará a los deudos (hijos hasta que legalmente sean considerados mayores de edad y al cónyuge supérstite, quien perderá el derecho al contraer segundas nupcias o que legalmente se haya reconocido unión de hecho) una pensión mensual denominada montepío y, por último, contribuirá con los gastos del funeral (auxilio de funerales).

Por último, los sujetos a quienes la Resolución núm. CD 513 (Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo), ampara frente a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo siguiente:

... el trabajador en relación de dependencia... el trabajador afiliado sin relación de dependencia o autónomo, independiente o por cuenta propia, el menor trabajador, y los demás asegurados... al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales *y que cotice para este Seguro*.⁴⁴

En concordancia con el principio de universalidad y lo dispuesto por la Constitución y la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se entendería que en este grupo se encuentran incluidas las personas que realizan labores de autosustento y cuidado humano en sus hogares.

Sin embargo, del contenido de la citada Resolución núm. CD 513, se desprende una condición que limita el derecho a la seguridad social de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, y es que del total del respectivo monto aportado al Seguro General Obligatorio, se desprenda un porcentaje destinado al Seguro General de Riesgos del Trabajo, tomando en consideración que este sector de la población afiliada no recibe ingresos mensuales, semanales o quincenales, ya que la actividad que realiza es reconocida como una forma de trabajo, pero no recibe remuneración alguna y que para

⁴³ Ecuador, Resolución núm. C.D. 513. Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016, artículo 19.

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 3o. Énfasis añadido.

su afiliación contribuyen económicamente el Estado y la Unidad Económica Familiar.

Para cerrar la idea, el Estado a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (artículo 3o. del Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo), está transgrediendo el principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos constitucionales, que consiste en que los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos, deberán ser desarrollados a través de la ley, la Constitución, las ordenanzas, las políticas públicas y la jurisprudencia, mas no se podrá limitar su contenido esencial.

IX. CONCLUSIONES

Es plenamente posible evidenciar que la Constitución promueve la progresividad y a la vez prohíbe la regresividad en materia de derechos fundamentales; entre ellos, la seguridad social. No obstante, existe normativa jerárquicamente inferior a ella, como en el caso del Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, que en su artículo 3o. contiene una condición que limita el derecho a la seguridad social a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar; quienes al no contar con ingresos, con mayor razón debería ponerse en práctica el principio de solidaridad (en conjunto con el principio de equidad en el gasto público); y así, quienes mayor cantidad de recursos tienen, contribuirán en mayor medida al sistema de seguridad social, colaborando para que toda la sociedad esté amparada en las mejores condiciones posibles.

En razón de que toda disposición que es contraria a la Constitución se presume inconstitucional, el artículo 3o. del citado Reglamento, es inconstitucional. En este sentido, lo que se recomienda es la reforma de este artículo, eliminando de su contenido la frase que vulnera derechos y que es: *que cotice para este seguro*.

X. BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008: visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en ANDRADE, Santiago *et al.* (coords.), *La nueva Cons-*

- titudin del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2009.
- CENTRO Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, *La seguridad social en Latinoamérica: un estudio comparativo del seguro social en Argentina y Colombia*, Buenos Aires, CIEDLA, 1989.
- BENAVIDES, Fernando *et al.*, “Trabajo y salud”, *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, Barcelona, Elsevier-Masson, 2007.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho financiero*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1984.
- GOÑALONS BENAVENT, Anna, “Patología del trabajo”, en MORENO CÁLIZ, Susana (coord.), *Manual de prevención de riesgos laborales (seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, Barcelona, Atelier-Librería Jurídica Cevallos, 2012
- INSTITUTO Ecuatoriano de Seguridad Social, *Manual para afiliados y empleadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, Quito, IESS, 1984.
- INSTITUTO Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado*, Quito, IESS, 2015.
- MYERS, Robert, “Demografía y seguridad social”, *Seguridad social y población*, Washington, OEA, 1969.
- PATIÑO LEDESMA, Rodrigo y POZO, Teodoro, *Léxico Jurídico Tributario*, Quito, CLD, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986.
- PÉREZ ROYO, Fernando, “Ingresos tributarios de la seguridad social”, *Curso de derecho tributario parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.
- PORRAS VELASCO, Angélica, “La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas”, *Foro Revista de Derecho*, núm. 24, 2015.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CAICEDO TAPIA, Danilo y PORRAS VELASCO, Angélica (eds.), *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- PROAÑO MAYA, Marco, *Seguridad social y sociedad democrática*, Quito, Editorial Americana, 2014.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la seguridad social*, Lima, Grijley, 2008.

- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús y CARBONELL, Miguel, voz: “Derechos humanos”, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- RODRÍGUEZ MESA, Rafael, *Estudios sobre seguridad social*, Barranquilla, Universidad del Norte-Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- RUIZ, José Mario, *La formación del concepto de seguridad social*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1961.

LA PROMOCIÓN HORIZONTAL EN EDUCACIÓN BÁSICA: UN DERECHO POLIÉDRICO Y UN TEMA PENDIENTE EN NAYARIT*

THE HORIZONTAL PROMOTION IN BASIC EDUCATION:
A POLYHEDRAL RIGHT AND A PENDING SUBJECT IN NAYARIT

LA PROMOTION HORIZONTALE DANS L'ÉDUCATION DE LA
MATERNELLE JUSQU'AU COLLÈGE: UN DROIT MULTIFACETTE
ET UNE QUESTION TOUJOURS D'ACTUALITÉ DANS L'ÉTAT
DE NAYARIT

José Daniel AMAYA CARVAJAL**
Deisy Elizabeth CISNEROS IBARRA***

RESUMEN. En el presente artículo se sostiene la hipótesis de que el derecho a la *promoción horizontal* docente para la asignación de horas adicionales en educación básica es un derecho poliédrico que debe ser entendido y aplicado con estrecha interdependencia a los derechos sociales de *antigüedad y preferencia* en materia laboral. Lo que, de acuerdo con los cánones del constitucionalismo del presente siglo, obliga a interpretarlo, accionarlo y aplicarlo por todas las autoridades educativas, atendiendo a los principios constitucionales de *progresividad, interdependencia, indivisibilidad y pro persona* en atención a derechos adquiridos y en favor de la calidad educativa.

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Maestro en derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Actualmente se desempeña como estudiante del Doctorado Interinstitucional en Derecho, organizado de manera conjunta por las universidades públicas del Centro-Occidente de las ANUIES, inscrito en la Universidad de Guanajuato (Generación 2018-2021). Abogado litigante y profesor invitado de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit.

*** Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Certificada en el idioma inglés por Cambridge University (B1), Trinity College London (B2) y CENNI (nivel 12) por la Secretaría de Educación Pública. Actualmente es profesora de inglés en Secundaria y perito traductor e intérprete del idioma inglés para el Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Nayarit.



Palabras clave: promoción horizontal, antigüedad y preferencia, calidad educativa, derechos laborales adquiridos.

ABSTRACT: This article supports the hypothesis that the right to horizontal promotion, teacher promotion for the allocation of additional hours, in basic education is a polyhedral right that must be understood and applied with close interdependence to social rights of seniority and preference in labor matters. What in accordance with the canons of the constitutionalism of the present century, forces to be interpreted, activated and applied by all educational authorities, in accordance with the constitutional principles of progressivity, interdependence, indivisibility and pro persona in attention to acquired rights and in favor of the educational quality.

Keywords. Horizontal Promotion, Seniority and Preference, Educational Quality, Acquired Labor Rights.

RÉSUMÉ. Le présent article avance l'hypothèse que le droit à la promotion horizontale, système qui permet d'assigner davantage d'heures de cours aux enseignants titulaires avec rémunération correspondante, de la maternelle jusqu'à la fin du collège, est un droit, sous ses diverses caractéristiques, qui doit être compris et appliqué en corrélation étroite avec les droits sociaux d'ancienneté et de préférence professionnelle. Or, si l'on prend en compte les lois de la Constitution en vigueur au XXI^e siècle, toute autorité éducative devrait interpréter ce droit, y avoir recours et l'appliquer en respectant les principes constitutionnels de progressivité, d'interdépendance, d'indivisibilité qui favorisent l'individu («pro persona») en fonction de ses droits acquis afin que son travail puisse être de qualité.

Mots-clés: promotion horizontale, ancienneté et préférence professionnelle, qualité dans l'éducation, droits acquis du travail.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado constitucional y social de derecho en México: su surgimiento y consolidación*. III. *La teleología de la evaluación docente*. IV. *La promoción horizontal como un derecho poliédrico*. V. *Marco jurídico sobre la promoción horizontal en educación básica*. VI. *Algunas notas procesales sobre la exigibilidad de la promoción horizontal*. VII. *Retos y perspectivas*. VIII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en derechos humanos de 2011 consignó en el texto fundamental elementos que vienen a robustecer el Estado social de derecho en México, esquema dentro del cual los derechos humanos son protegidos incluso frente a particulares que detentan poder y, desde luego, en donde no debería haber espacio a violaciones sistemáticas de derechos humanos por parte del Estado. En este esquema, todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, como parte del Estado se vuelven “aliadas” para proteger derechos humanos mediante un papel más activo, donde no sólo se respeten derechos humanos sino también se *promuevan* en el conglomerado social.

Así, en ese prototipo de Estado la *promoción horizontal* en educación básica (promoción para la asignación de horas adicionales), debe ser entendida y aplicada como un derecho poliédrico con estrecha interdependencia a los derechos sociales de *antigüedad y preferencia* en materia laboral que inexorablemente obliga a todas las autoridades educativas a proteger y promover con *progresividad, interdependencia e indivisibilidad, en favor de* derechos adquiridos y en aras de consolidar la calidad educativa.

Este derecho social poliédrico que en favor de los docentes en activo consigna la Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros (LGSCMM), y que anteriormente contemplaba la Ley General del Servicio Profesional Docente (LGSPD), no debería ser vista como una disposición que discrecionalmente las autoridades educativas pueden accionar —aun cuando la legislación indebidamente habla de “*podrá*”— sino más bien como un derecho preferente que debe ser reconocido a docentes en activo.

Es decir, de darse los supuestos normativos que contempla la legislación que regula las evaluaciones docentes, la *promoción horizontal* debe ser entendida como una obligación para las autoridades educativas y un derecho de preferencia para los docentes en activo. Prerrogativa que debe ser operativizada por el Estado. Pues en un Estado constitucional y social de derecho las

autoridades tienen la obligación de respetar, promover, proteger y garantizar activamente los derechos humanos y éste no es la excepción. La presente colaboración le permitirá al lector concluir si, en efecto, las porciones normativas sobre la promoción horizontal obligan a la autoridad educativa a interpretar a esta prerrogativa como un derecho poliédrico, y si en efecto existe o existió vacío normativo respecto a la operativización de tal promoción.

Integrado por cinco apartados medulares, el presente estudio refiere en un primer momento a la reforma constitucional de 2011 y su influencia en la consolidación del Estado social en México, donde se subraya que las autoridades educativas del Estado mexicano, como parte de un Estado social, deben tener un papel activo en la promoción y el respeto de derechos humanos; posteriormente, en el apartado denominado la teleología de la evaluación docente, se precisan cuáles son los fines a cumplir por ésta y se destaca la decreciente credibilidad de los procesos de evaluación y el desánimo de los docentes en activo. Luego, se aborda a la promoción horizontal conceptualizándola como un derecho poliédrico, debido al efecto reflejo que tiene en diversos ámbitos del sistema educativo. En seguida se hace un estudio del marco jurídico sobre la promoción horizontal en educación básica, donde se destaca que este derecho ha tenido presencia normativamente, pero no se han elaborado lineamientos o convocatorias que precisen la forma en la que opera. Asimismo, se refieren algunas notas procesales para hacer exigible la promoción horizontal, como meras posibilidades normativas, ya que la legislación al respecto resulta poco clara sobre el medio de impugnación idóneo para hacer valer tal derecho. Finalmente, se esbozan algunos retos y perspectivas en torno a la problemática planteada, que muestran el papel responsable y proactivo que deben jugar las autoridades educativas frente a este derecho.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE DERECHO EN MÉXICO: SU SURGIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN

Durante el siglo XX, la exigencia de los derechos sociales alcanzó puntos álgidos derivada de los movimientos revolucionarios que acontecieron en diversas latitudes a largo del planeta. Enfrentamientos armados como los acontecidos en México durante 1910 y años siguientes, resultado de la lucha por el poder, permitieron posteriormente poner en el debate público la necesidad de gestar y consignar de manera escrita derechos de campesinos y trabajadores. Consecuencia de ello, la Constitución de Querétaro de 1917

expresó las primeras disposiciones constitucionales de derechos sociales,¹ es decir, reconoció textualmente estos derechos.

Por ello, la Constitución mexicana de 1917 fue un referente obligado, reconocida como un documento de vanguardia² para la construcción del *constitucionalismo social* de aquella época, que posteriormente fue desarrollado y ampliado por otros países para reclamar derechos de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Así, a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se le reconoce como el primer texto donde se consigna constitucionalmente el “Estado social de derecho”.³

Con todo lo anterior, por citar sólo algunos ejemplos, el derecho a la educación contemplado en el artículo 3o., el interés superior del menor consignado en el artículo 4o., los derechos de los campesinos contemplados en el artículo 27 y, desde luego, los derechos laborales consignados hoy en día en el artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁴ hacen de nuestra Constitución federal un texto de avanzada en cuanto a reconocimiento de derechos sociales. Sin embargo, conviene puntualizar desde este momento que la esencia de los derechos fundamentales no está en su enunciación sino en su operativización y defensa efectiva.⁵ Y agregaríamos que, para que a un derecho humano se le respete, primero se le tiene que conocer. Por ello, es válido afirmar que no hay mejor garantía para los derechos que una sociedad alerta y vigilante, que esté dispuesta a exigir sus derechos frente al poder público y privado.⁶

De muy poco (o de nada) nos sirven postulados constitucionales que consignen los derechos de antigüedad y preferencia en materia laboral, por ejemplo, o el derecho a la promoción docente consignado en el artículo 3o., si para ellos no existe un mecanismo eficiente y eficaz que nos permita hacerlosasequibles en nuestra realidad.

¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2009, pp. 810 y ss.

² Vergara Moreno, Benito José, “Los sindicatos frente a las reformas estructurales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Escuela Judicial, núm. 46, 2018, pp. 57-86.

³ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 16.

⁴ En lo sucesivo también referida como carta magna, CPEUM, Constitución federal o texto constitucional.

⁵ Valadés, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en Von Bogdandy, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. I, pp. 681-710.

⁶ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. X.

En ese sentido, en el Estado social de derecho encontramos lo que precisa Luigi Ferrajoli, una especie de “Estado máximo”, donde se consignan vínculos y deberes constitucionales para el Estado, con el propósito último de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En contraposición con los deberes de no hacer, respetando las autonomías y libertades individuales, que identificaban al “Estado mínimo” o Estado liberal de derecho.⁷ En otras palabras, en el Estado social se maximizan los derechos fundamentales de sectores vulnerables y se busca minimizar el poder público o privado, en la medida de lo posible.

Bajo esas premisas, las reformas constitucionales sobre juicio de amparo y derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011, muestran una teleología de adoptar no sólo una corriente filosófica evidentemente *jusnaturalista*,⁸ sino también un *enfoque social de protección de derechos humanos*, al precisarse en el artículo 1o., tercer párrafo, que los derechos constitucionales pueden ser *promovidos y protegidos*. Enfoque que, incluso, para algunos autores permite hablar de la exigencia horizontal de los derechos humanos; un cambio *revolucionario y paradigmático*⁹ que traerá resultados ineludibles y turbulentos respecto al sistema de garantías por el cual ha transitado el control de constitucionalidad en México.

En esa línea de ideas, con estos cambios el constitucionalismo mexicano apunta hacia la consolidación del Estado social y, consecuentemente, las autoridades tendrán que realizar acciones para favorecer a que dichos derechos se

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, M. *et al.* (coords.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 99-110.

⁸ El *jusnaturalismo* proviene de aquello que es natural, que ya nos es inherente por el sólo hecho de ser personas, por el hecho de haber nacido y formar parte de una sociedad (aunque ésta aún no se haya formado como Estado), en cambio, el *positivismo* es aquello que al formarse un Estado se asume como un derecho otorgado por un sistema jurídico formal, y éstos existen porque en alguna legislación han sido plasmados, como una concesión del Estado, en el ejercicio de ese *poder público* que el pueblo previamente le ha otorgado. Al respecto véanse las obras: García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 71; Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2015, pp. 2 y ss.

⁹ Silva Meza, Juan N., “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Konrad, año XVIII, 2012, pp. 151-172. En línea, disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=172b33ad-a9d9-758b-e52c-b33583f8c654&groupId=252038 (9 de diciembre de 2019).

fortalezcan en la realidad, promoviéndolos y protegiéndolos frente a posibles amenazas que provengan de la sociedad,¹⁰ es decir, de particulares. Así, el Estado mexicano hoy no sólo debe ser visto como un enemigo de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, sino también como un aliado de la sociedad que debe *promover y proteger derechos humanos frente a particulares*; lo que identifica a los Estados sociales.

El *proteger derechos humanos*, como una obligación para el Estado, debe ser entendido como un mandato constitucional proactivo de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que otros agentes o sujetos violen derechos (sociales), no sólo a través de los procesos jurisdiccionales sino también a través de esquemas con enfoque preventivo,¹¹ que reconozcan que existen ciertos derechos especialmente vulnerables respecto a los cuales resulta justificado implementar ciertas acciones positivas para su realización.

Bajo el anterior argumento, las autoridades del Estado están obligadas a identificar los sectores de la población que podrían estar en desventaja para disfrutar de ciertos derechos, e implementar respecto a ellos los medios más apropiados o pertinentes para hacerlos asequibles.¹² En términos sencillos, operativizar tales derechos y consignar su mecanismo de defensa ordinario.

Al respecto, Silva Meza sostiene que *los derechos humanos se protegen frente a particulares* y, consecuentemente, ello implica aceptar que particulares pueden violar derechos humanos —y con ello violar de forma directa la Constitución—, porque antes tienen el deber de respetarlos.¹³ Por ello la reforma de derechos humanos de 2011, en el tema que aquí nos ocupa representa un avance —desde luego sujeto a interpretación— hacia la consolidación del Estado social de derecho en México, que obliga a todas las autoridades —y entre ellas a las autoridades educativas— a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de los docentes en activo.

Con lo que podemos sostener válidamente que, en el constitucionalismo mexicano del siglo XXI, “la legitimación de los poderes públicos no depende ya solamente de que no entorpezcan o limiten el disfrute de los derechos, sino también de que los promuevan eficazmente”.¹⁴

¹⁰ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 35 y ss.

¹¹ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 35.

¹² *Ibidem*, pp. 39-41.

¹³ Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, p. 163.

¹⁴ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 13.

Dentro de ese esquema, es insostenible que el Estado y, específicamente, las autoridades educativas dejen de hacer (omitan) en sus políticas públicas el *reconocer y garantizar* derechos adquiridos a docentes en activo y que excluyan la promoción horizontal; dándole preferencia a la lista de prelación de docentes de nuevo ingreso, quienes de momento sólo cuenta con expectativas de derechos. Pues en todo caso las autoridades educativas con estrecha relación a esta promoción deben interpretar la *antigüedad* y la *experiencia* como dos elementos que abonan a la *calidad educativa* y el *interés superior del menor*, que permiten preferir a aquéllos respecto a éstos.

Llegados a este punto también conviene referir el papel tan importante que deberían jugar los sindicatos en la exigencia de la promoción horizontal y criticar su actitud omisa (cuando no inclinada a intereses particulares) que permiten la vulneración de derechos adquiridos a favor de docentes en activo que en muchos de los casos ni siquiera han logrado la obtención de una jornada de medio tiempo, cuando es una obligación de los sindicatos el exigir esta promoción a favor de sus representados frente a las autoridades educativas para la dignificación de la profesión docente.

Recordemos que los sindicatos fueron concebidos como parte de esa estructura de *pesos y contrapesos en el ejercicio del poder*, para garantizar la equidad, las libertades y la dignidad de los trabajadores frente al patrón, todo lo cual en el caso concreto puede ser vulnerado precisamente por la autoridad estatal. Por ello, los sindicatos de trabajadores de la educación deben dimensionar su teleología y estar a la altura de las dinámicas sociales actuales donde además existe una clara tendencia a la ampliación de los derechos humanos, especialmente los sociales,¹⁵ como los derechos a una educación de calidad, los derechos laborales y la protección del menor.

Luego entonces esta clase de sindicatos como estructuras sociales de poder, en los Estados sociales y democráticos contemporáneos, exige su reconfiguración para que con un enfoque más *garantista* y atendiendo a *la ley del más débil* de la que habla Luigi Ferrajoli,¹⁶ sean responsabilizados en casos concre-

¹⁵ Desde el siglo XX, a lo largo de América Latina se han presentado reformas estructurales, todas ellas encaminadas a la ampliación de los derechos previstos en los textos constitucionales, específicamente en derechos sociales. Así lo refieren: Gómez Romo de Vivar, Guillermo Rafael y Olivos Fuentes, Monserrat, “La construcción jurisdiccional de los procesos de consulta de las comunidades indígenas y su aproximación al derecho a la información en México”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, enero-abril de 2020, pp. 155-185.

¹⁶ Al respecto véase: Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018; *id.*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004; e *id.*, “La esfera

tos como éstos y la exigencia horizontal de ciertos derechos por parte de sus agremiados sea posible no sólo frente al Estado sino también ante estas *esferas pasivas* con poder.

La nueva forma de interactuar entre los *factores reales de poder*¹⁷ en México muestran que es urgente replantear las *reglas del juego* en el constitucionalismo mexicano y precisar de nueva cuenta algunas *bases constitucionales* elementales para recobrar la teleología que tenían los sindicatos en sus orígenes y así, por ejemplo, hacer exigibles ciertos derechos de forma conjunta frente al Estado y entes privados con poder, que no fueron contemplados en el modelo de “Estado de derecho”, pero que están presentes en el actual modelo de Estado constitucional social y democrático de derecho, y desde luego se espera de ellos una conducta más activa en favor de sus agremiados.¹⁸

III. LA TELEOLOGÍA DE LA EVALUACIÓN DOCENTE

Desde el Programa Nacional de Carrera Magisterial, creado en mayo de 1992, el desempeño docente se evaluaba a partir de *seis factores*: antigüedad, grado académico, preparación profesional, cursos de actualización, desempeño profesional y aprovechamiento escolar e investigación.¹⁹ Lo anterior no sólo en la búsqueda de la calidad educativa, sino también con el propósito de reconocer a aquellos maestros que comprometidos con el

de lo indivisible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2008.

¹⁷ Aquí se hace alusión a la frase empleada por Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2a. ed., trad. de Luis Rutiaga, México, Grupo Editorial Tomo, 2013, pp. 51, 59 y 81.

¹⁸ Establecer ciertas bases constitucionales a modo de *postulados irreducibles* respecto a ciertos derechos sociales, para delinear claramente el modelo de Estado democrático —y social— que se aspira tener en la Constitución del Estado mexicano, permitiría exigir la prevalencia del *interés público* (de la colectividad) y el respeto de ciertos *derechos poliédricos* en favor de la *equidad* y la *justicia social*, por encima del interés propio de ciertos particulares que se valen de las esferas de poder (públicas o privadas) para vulnerar derechos por acción u *omisión*. Sobre la necesidad de estas bases constitucionales, al menos en lo que concierne al modelo de *Estado democrático*, véase Gómez Romo de Vivar, Guillermo Rafael, “Armonía jurídica-institucional: una propuesta para la función gubernamental”, en Gómez Romo de Vivar, Guillermo Rafael *et al.* (coords.), *Democracia, gobierno y participación ciudadana*, México, Tiran lo Blanch, 2019, pp. 175-193.

¹⁹ SEP-SNTE, Comisión Nacional de Carrera Magisterial, *Lineamientos generales de carrera magisterial*, México, 1998, pp. 17 y ss., disponible en: http://www.alianzacicivica.org.mx/guia_transparencia/Files/pdf/educacion/14_LINEAMIENTO.SOBRE.CARRERAMAGISTERIAL./LINEAMIENTOS_CARRERA_MAGISTERIAL.pdf (consultado el 6 de diciembre de 2019).

sistema lograban cubrir todos estos rubros y de ese modo demostraban su contribución al incremento de los índices de la calidad educativa. Es decir, las evaluaciones tenían dos fines a cumplir: incrementar la calidad educativa y reconocer la carrera y desempeño de profesores en activo.

Lo anterior de algún modo mostraba el sentido de responsabilidad por parte del Estado en reconocer la digna e importante labor que los profesores en educación básica realizan, respetando sus derechos laborales adquiridos, derechos sociales que, de cubrir con los rubros anteriormente mencionados, desde luego, le generaban derechos al gobernado y en contrapartida obligaciones para las autoridades educativas.

Esa evaluación multifactorial con la que ya contaba el Programa Nacional de Carrera Magisterial era acorde incluso con la dinámica que se presentaba a nivel internacional, en el sentido de evaluar de diversas formas la calidad educativa. Lo que incluso hasta 2007, permitía apreciar que al menos cincuenta países de América y Europa ya identificaban ocho procedimientos de evaluación: observación en el aula; entrevistas a los profesores; informe de la dirección del centro escolar; pruebas estandarizadas para medir habilidades básicas, conocimientos pedagógicos y académicos; portafolio del profesor; pruebas de rendimiento de los alumnos; cuestionarios dirigidos a los alumnos o sus familias; y autoevaluación.²⁰ Circunstancias todas ellas que, evidentemente, permitían mostrar la idoneidad de algún profesor en activo para ocupar una vacante en su propio plantel educativo o en lugar cercano al mismo, de cubrir todos estos rubros de evaluación antes de preferir a un profesor de nuevo ingreso.

Si en ese proceso evaluativo se distorsionó el propósito que buscaba el Programa Nacional de Carrera Magisterial, no fue por motivo de la norma, como tampoco fue por el docente, sino en todo caso fue resultado de las malas prácticas de las estructuras de poder que permitían que personas no idóneas o sin el perfil deseado llegaran a beneficiarse con plazas u horas adicionales.

Sin embargo, con las reformas de 2013 al sistema educativo y más precisamente a los procesos de evaluación docente, esto no fue entendido así. Y se vulneraron abiertamente derechos adquiridos al darle un enfoque a dicha reforma sólo de obligaciones para los docentes en activo “en favor de la calidad educativa” y no verla como una posibilidad de oponer derechos adquiridos.

²⁰ Murillo Torrecilla, F. Javier (coord.), *Evaluación del desempeño y carrera profesional docente. Un estudio comparado entre 50 países de América y Europa*, Chile, ONU-UNESCO-Ministerio de Educación y Ciencia en España, 2007, pp. 102 y 103. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pj0000152934> (consulta realizada el 6 de diciembre de 2019).

En otras palabras, no pasa inadvertido que la mala interpretación de la Ley General del Servicio Profesional Docente (LGSPD) propició que una sola evaluación —al menos en Nayarit— les permitió a muchos docentes de nuevo ingreso, incluso sin formación pedagógica, generar mayores derechos y la obtención de un mayor número de horas en menos tiempo que docentes en activo con extensa experiencia pedagógica, formación profesional nada despreciable, actualizaciones constantes y antigüedad en educación básica. Con lo que se evidenció una clara inequidad y un total desentendimiento a garantizar a la infancia una educación de calidad, por parte de las autoridades educativas locales.

En síntesis, a través de una evaluación que no fue multifactorial se pretendió hacer frente a un problema social: *la consolidación de la calidad educativa en educación básica*, desestimando que regionalmente ya ha sido reconocida como un fenómeno multifactorial.

La existencia de estudios regionales previos a la reforma de 2013, tendientes a demostrar que el problema de la calidad educativa es una cuestión *multifactorial*²¹ no fueron tomados en cuenta para distinguir entre docentes de nuevo ingreso (sin experiencia docente y sin formación pedagógica) y docentes en activo. Las evaluaciones docentes en México durante la vigencia de la LGSPD se llevaron a cabo tomando en cuenta sólo una lista de prelación en atención al resultado de un examen.

Con lo que, desde luego más allá del discurso político, la reforma educativa de 2013 y la LGSPD, sí repercutió en la situación laboral de muchos docentes en activo. Como resultado de una evaluación, algunos se quedaron sin empleo y muchos otros vieron cómo les arrebataban su oportunidad de crecimiento en el plantel educativo donde actualmente laboran.

La inconformidad, la falta de credibilidad en las evaluaciones y el desánimo de docentes de educación básica frente a estos cambios encuentra plena justificación.²² Pues contradictoriamente, los resultados negativos de las eva-

²¹ Peralta, Victoria, “El bienestar como fin para la construcción de la calidad en la educación de la primera infancia”, en Peralta, Victoria y Hernández, Laura (coords.), *Antología de experiencias de la educación inicial iberoamericana*, Madrid España, OEI-Unisef-BBVA, 2012, pp. 9-21, disponible en: <https://gnao.org/sites/default/files/biblioteca/Antolog%C3%ADa%20de%20experiencias%20de%20la%20educaci%C3%B3n%20inicial%20iberoamericana.pdf> (consulta realizada el 5 de diciembre de 2019).

²² Un estudio sobre la desilusión, la falta de credibilidad en las instancias evaluadoras y las autoridades, así como el temor ante la incertidumbre laboral, por parte de los docentes, se llevó a cabo en Baja California, y esa percepción no dista mucho de la opinión que se tiene en Nayarit. Al respecto, véase Martínez Lobato, Lilia *et al.*, *Reforma educativa y profesores, Percepción*

luaciones docentes (que además eran acumulables) justificaban un despido, pero, los resultados positivos (que tenían periodo de vencimiento y no se acumulaban) bien podían no reflejar ningún beneficio.

Adicionalmente, la interpretación que se le dio a la *lista de prelación* que consignó la LGSPD debe ser vista como una aberración jurídica, pues permitió (de la forma más fácil) la asignación de plazas o en su caso el otorgamiento de horas vacantes a personas de nuevo ingreso (incluso sin formación pedagógica) que fueron “mejores candidatos” que docentes en activo para ocupar horas vacantes por la sola diferencia de un par de puntos. Es decir, contrario a toda una lógica jurídica no se hacía la distinción entre docentes de nuevo ingreso y docentes en activo, como si se tratara de una subasta o de una rifa en donde todos podían participar. Lo que no tenía relación directa en nada con la *calidad educativa*, antes bien la mercantilizó.

Con lo anterior, quedó probada aquella afirmación que sostiene que: “el poder no se crea ni se destruye, sino sólo se transforma”, pues las distorsiones que se habían dado en sede sindical (y se buscaban evitar a través de la reforma de 2013) pasaron a reproducirse en las instancias educativas que actualmente tienen total injerencia en la asignación de plazas y horas vacantes.

Ahora bien, si hoy se sabe que la *calidad educativa* es un *fenómeno multifactorial*, entonces lo correcto sería que dichas evaluaciones también se llevaran a cabo a través de diversos rubros a evaluar. Desde luego, partiendo de la premisa básica de que profesores de nuevo ingreso y los docentes en activo no están en igualdad de condiciones, pues a estos últimos les asiste su antigüedad, su experiencia y la actualización en su ejercicio profesional diario como docentes. Diferenciación que, en pos de la calidad educativa, debió matizarse desde las propias convocatorias, pero no se hizo.

En tal sentido, para recobrar el fin que buscan las evaluaciones docentes, sería conveniente que las convocatorias para la promoción y la oposición para el nuevo ingreso se llevaran a cabo en periodos distintos en donde la promoción horizontal se anticipe a la asignación de plazas y horas vacantes a personas de nuevo ingreso; para con ello garantizar que los espacios que sean ofertados a oposición (para nuevo ingreso) no tengan un derecho preferente por parte de un docente en activo.

Adicional a lo anterior, valdría la pena considerar la posibilidad de que la evaluación docente en todas sus modalidades —y no sólo la promoción

sobre los procesos de evaluación, San Luis Potosí, XIV, Congreso Nacional de Investigación Educativa, 2017.

horizontal que aquí se estudia— se llevara a cabo por instituciones con credibilidad e imparcialidad probada como el Centro Nacional de la Evaluación (Ceneval). Evaluaciones en las cuales los cuestionamientos sean lógicos, racionales, acordes a los contextos docentes de cada región del país. Con preguntas respecto a la materia que se imparte y al conocimiento que se espera transmitir. Esto daría una mayor confianza al proceso de evaluación y asignación de plazas.

En el mismo sentido sería conveniente la transparencia de los espacios disponibles a través de una plataforma que permita visualizar las plazas y horas vacantes de los planteles en las entidades federativas de ciclos próximos (al menos para los docentes que ya forman parte del sistema educativo), con el propósito de que docentes en activo prevean su postulación por reunir multifactorialmente el perfil requerido.

Bajo ese bosquejo, se recobraría la confianza de los docentes en activo hacia las evaluaciones docentes, se reconocerían sus derechos adquiridos, se preferiría justificadamente la experiencia docente y el conocimiento pedagógico y, desde luego, se contribuiría a la calidad educativa. Es decir, sería un diseño de evaluación docente donde todos ganen.

IV. LA PROMOCIÓN HORIZONTAL COMO UN DERECHO POLIÉDRICO

La Reforma Educativa llevada a cabo por el gobierno mexicano, durante el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto, priorizó el derecho de los niños y jóvenes a recibir una educación de calidad, olvidando a otro actor del sistema educativo de suma importancia: el docente en activo. El cual no sólo debe ser visto como portador de obligaciones, responsable de la “calidad educativa”, sino también como sujeto de derechos, el cual debe ser respetado y protegido por la autoridad educativa.

Existen tres tipos de promoción en educación básica: 1) la promoción a cargos con funciones de dirección y supervisión (promoción vertical); 2) la promoción en la función (incentivos), y 3) otras promociones en el servicio, donde entran las funciones de asesoría técnica pedagógica y la promoción para la obtención de horas adicionales (promoción horizontal).

Estas evaluaciones tendrían que ir ligadas con la teleología de las reformas educativas de 2013 y 2019 las que —según el discurso político— propician la *calidad educativa* para los estudiantes de educación básica, a través de la asignación de las horas frente a grupo a los mejores perfiles docentes existen-

tes para ocupar plazas u horas vacantes. Haciendo una clara distinción entre docentes en activo y docentes de nuevo ingreso, como resulta propio de la interpretación sistemática y armónica de los diversos artículos que componen la legislación aplicable.

No pasa inadvertido que tanto la Ley General del Sistema para la Promoción Docente (LGSPG) como la actual Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros (LGSCMM), contemplaron como uno de sus fines el revalorizar y reconocer la experiencia y antigüedad de los docentes en activo, a través de una carrera justa y equitativa que permitiera, conjuntamente con la calidad educativa, el desarrollo profesional de las maestras y los maestros que ya pertenecen al sistema educativo. Lo que tiene estrecha relación o interdependencia con *la antigüedad y preferencia* que se consigna en el artículo 123 de la Constitución federal, como un derecho social en materia laboral para buscar la equidad y reciprocidad en las relaciones laborales.

Con lo anterior, se patentiza que la promoción horizontal se instauró precisamente para privilegiar a los docentes que ya cuentan con experiencia y antigüedad, cuyo propósito es mejorar la calidad educativa y también su condición laboral. Lo que, además, atiende al principio de progresividad en materia de interpretación de los derechos humanos.

El optar preferentemente por docentes que ya cuentan con experiencia y antigüedad en el sistema resulta lógico, porque ellos ya están arraigados a las prácticas docentes y a las técnicas aplicadas de enseñanza-aprendizaje que son más afines a los entornos y contextos de donde se desenvuelven profesionalmente. De ahí que no sea correcto considerar a los profesores de nuevo ingreso en igualdad de oportunidades frente a los docentes en activo, pues a estos últimos les asiste su antigüedad en el sistema educativo y a los primeros sólo la eventualidad de un buen resultado en un examen de oposición.

La promoción docente para la obtención de horas adicionales es un derecho “poliédrico”, porque su activación o ejecución repercute en distintas vertientes encaminadas a regular distintos aspectos de los procesos de evaluación docente y el sistema educativo.

Por un lado puede interpretarse como una “regla de trato preferente” hacia los docentes en activo, que deben ser tomados en cuenta antes que los de nuevo ingreso para ocupar horas vacantes de reunir el perfil docente necesario y haber obtenido resultado favorable en su evaluación para horas vacantes en un mismo plantel o lugar cercano y, por otro lado, puede manifestarse como una “pauta para la calidad educativa”, al ayudar a discernir en supuestos espe-

cíficos donde haya dos o más maestros que puedan reunir el perfil requerido, para optar por aquellos con mayor antigüedad y arraigo al sistema educativo.

Aunado a lo anterior, este derecho poliédrico evita la fragmentación de horas y contribuye a la compactación de la carga horaria de los docentes en un solo plantel educativo preferentemente, o en lugares cercanos; lo que desde luego contribuye a un mejor rendimiento de los docentes, a una dedicación exclusiva al sistema educativo, a un mayor arraigo a un plantel educativo y a la comunidad cercana; todo ello propicia una mayor calidad educativa.

Ahora bien, si se realiza un análisis crítico de la jurisprudencia que respecta al servicio profesional docente ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), podemos decir que las evaluaciones docentes han sido —indebidamente— estudiadas sólo como generadoras de obligaciones y consecuencias para el docente. Cuando también es cierto que, de obtener resultados favorables y reunir con el perfil idóneo, deberían de reconocerse derechos oponibles frente las autoridades educativas. En ese sentido, hay un vacío jurisprudencial respecto a derechos adquiridos en esta temática.

Al respecto, el Pleno de la SCJN ha señalado que “la estabilidad en el empleo no es absoluta” y que los docentes pueden ser “suspendidos o cesados por causa justificada” de no aprobar la evaluación a la que son sujetos obligatoriamente.²³ Sin embargo, bajo ese mismo esquema, debió de haberse precisado que aprobar satisfactoriamente —o de forma sobresaliente— esas mismas evaluaciones deben traducirse en derechos a favor de los docentes en activo y, paralelamente, deben traer consigo obligaciones para las autoridades educativas.

En esa misma línea argumentativa, favorable sólo para el Estado, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación además ha sostenido que la reforma al artículo 3o. constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2013, “implementó un nuevo sistema de evaluación obligatoria para el ingreso, promoción y permanencia en el servicio del personal docente, con la finalidad de crear un nuevo modelo educativo que asegure la *calidad en el servicio* y, con ello, tutelar también el *interés superior del menor*” que “justifica plenamente la separación de los docentes de su empleo cuando no acrediten las evaluaciones”.²⁴

²³ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, SCJN, Pleno, tesis P./J. 31/2015 (10a.), constitucional, laboral, septiembre de 2015, I. 22, t. I, p. 8.

²⁴ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, SCJN, Pleno, tesis P./J. 34/2015 (10a.) y P./J. 35/2015 (10a.), constitucional, laboral, septiembre de 2015, I. 22, t. I, pp. 9 y 12.

Pero qué pasa cuando un docente en activo cumple con todas sus obligaciones, obtiene buenos resultados en sus evaluaciones, cuenta con experiencia y antigüedad demostrables pero no obtiene beneficio alguno; no es promovida y por el contrario ve cómo personas de nuevo ingreso logran más y en menos tiempo. ¿Será eso la calidad en el servicio a la que se refiere el máximo tribunal de México? ¿Será propio de un Estado constitucional y social de derecho? La argumentación de la SCJN sólo habla de obligaciones para los docentes, pero no habla de derechos, lo que es lamentable para el reconocimiento y tutela de derechos sociales de este sector laboral tan importante para el desarrollo del Estado.

A partir de estos argumentos, se afirma que la promoción docente para la obtención de horas adicionales o también conocida como *promoción horizontal*, debe ser interpretada como un derecho poliédrico que debe ser respetado, promovido y garantizado por las autoridades educativas. Lo que puede ser posible a través de políticas públicas de educación que reconozcan que los docentes en activo tienen un derecho de preferencia respecto a los docentes de nuevo ingreso.

Ahora bien, la actuación del sindicato en la promoción docente debería ser proactiva, decidida y contundente. Pues los sindicatos fueron concebidos para representar, precisamente, los intereses de sus sindicalizados. En teoría, esta estructura gremial debería ser la trinchera desde donde se reclamara la preferencia para docentes en activo con resultados favorables en evaluaciones y horas vacantes en su propio plantel o lugar cercano, como aun lo señala la legislación aplicable.

Sin embargo, la violación a derechos humanos por los sindicatos a través de una actitud omisa y pasiva durante la vigencia de la Ley General del Servicio Profesional Docente fue muy latente. Pues muy poco (o nada) se exigió ante las autoridades educativas correspondientes. De tal suerte que los concursos de oposición sólo sirvieron para posicionar —bajo el consenso del patrón y el sindicato— en los mejores lugares de la lista de prelación a conocidos y amistades, aun en detrimento de derechos adquiridos de docentes en activo que debieron de haber sido promovidos en forma preferente frente a personas de nuevo ingreso.²⁵

²⁵ En Nayarit, muchas de estas irregularidades fueron denunciadas incluso mediante manifestaciones de docentes (en activo con años de servicio) ante el gobernador del estado, pidiendo la transparencia de los concursos de oposición y la destitución de ciertos funcionarios públicos de Servicios de Educación Pública del Estado de Nayarit (SEPEN) que mostraban un claro interés en las plazas existentes en planteles cercanos a la capital del estado, donde

En otras palabras, aun cuando había posibilidades de promover docentes en activo en casos concretos en Nayarit, que reunían el perfil docente y tenían resultados favorables en sus evaluaciones, se optó por favorecer a personas de nuevo ingreso. Bajo el argumento de que las evaluaciones de oposición no eran para efecto de ser promovidos, pero ¿se lanzaron convocatorias para la promoción horizontal durante la vigencia de la LGSPD? No, ninguna. Y con ello se violentaron sistemáticamente derechos adquiridos y se actuó también en detrimento de la calidad educativa de los educandos. Es decir, los docentes en activo que exigían ser promovidos al estar en dicho supuesto normativo se vieron en total indefensión, al carecer de lineamientos o convocatorias particulares que permitieran hacer operativa su promoción horizontal. Una violación evidente a la ley por parte de las autoridades educativas.

V. MARCO JURÍDICO SOBRE LA PROMOCIÓN HORIZONTAL EN EDUCACIÓN BÁSICA

En el presente apartado, se hablará de la Ley General del Servicio Profesional Docente (abrogada) y de la Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros (vigente), para dar un panorama de ambas legislaciones y la consignación en las mismas de la promoción horizontal que, aun cuando se encuentra prevista en la norma, durante la vigencia de dichas legislaciones no se ha implementado. Es decir, hasta el momento la autoridad educativa en Nayarit no ha lanzado convocatorias, lineamientos o reglamento alguno que le dé operatividad a tal derecho para los docentes en activo durante todo este tiempo.

1. *La Ley General del Servicio Profesional Docente*

Es importante partir de una premisa básica; por disposición expresa, la LGSPD disponía que era la normativa que servía para regir al Servicio Profesional Docente y establecer los criterios y condiciones para el ingreso, la promoción, el reconocimiento y la permanencia en dicho Servicio.²⁶ Teniendo

aun cuando ya se contaba con profesores que reunían el perfil requerido y habían obtenido resultados favorables en la evaluación, no fueron promovidos en los términos de los artículos 23, último párrafo, 42, 52 y 63 de la Ley General del Servicio Profesional Docente (LGSPD).

²⁶ Artículo 1o., primer párrafo, de la Ley General del Servicio Profesional Docente (LGSPD).

por objeto, el regular los *derechos y obligaciones* derivados del Servicio Profesional Docente, así como asegurar la transparencia y rendición de cuentas en el Servicio Profesional Docente.²⁷ Nótese que el Servicio Profesional Docente podría traer como consecuencia derechos de acuerdo con la legislación.

Ahora bien, según lo señalaba su artículo 4o., fracción IV, la autoridad educativa local era entendida como el ejecutivo de cada una de las entidades federativas, es decir, el gobernador del estado quien por obviedad de razones cuenta con facultades para pedirle rendición de cuentas a su vez al secretario de Educación Pública de la entidad que corresponda. El extenso contenido del artículo 4o., entre otras cosas, contemplaba en su fracción XXVII, el tema de la *promoción docente* y ahí indicaba que por ésta debía entenderse el acceso a una categoría o nivel docente superior al que se tenía; lo que, desde luego, en el caso de los docentes que no eran de jornada, debía interpretarse como la posibilidad de obtener más horas en términos de los artículos 23, último párrafo, 42 y 63 de la citada Ley.

Llama mucho la atención los principios éticos contenidos en el artículo 5o. de la LGSPD, que en todo caso debieron de haber sido atendidos en todo momento por las autoridades educativas locales, durante la aplicación y vigencia de la Ley en comento, como la legalidad, la certeza, la imparcialidad, la objetividad y la transparencia.

De acuerdo con el artículo 7o., fracciones VI, XIV y XVI, de la Ley en comento, correspondía al Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (actualmente inexistente), “supervisar los procesos de evaluación y la emisión de los resultados previstos en el Servicio, la administración y asignación de plazas y, en general, el emitir los actos jurídicos que crearan, declararan, modificaran o extinguieran derechos y obligaciones de conformidad a la normativa”.

El artículo 13 de la LGSPD contemplaba como uno de los propósitos del Servicio, el “estimular el reconocimiento de la labor docente mediante opciones de desarrollo profesional y el reconocimiento escolar y social de la dignidad magisterial”. Algo que, desde luego, tiene estrecha relación con la promoción docente, en el sentido de dignificar su labor a través de un reconocimiento preferentemente en el mismo plantel o la compactación de horas, de la que se hablará en líneas posteriores.

Por su parte, el artículo 23 de la LGSPD, al establecer las bases para la asignación de plazas, en su último párrafo contemplaba que, tratándose de horas

²⁷ Artículo. 2o., fracciones III y IV (LGSPD).

y no plazas, las autoridades educativas y los organismos descentralizados no tenían la necesidad de atender las listas de prelación para la asignación de dichas horas, sino en todo caso el contenido del artículo 42 de la misma normativa que contempla lo concerniente a la promoción horizontal de docentes en activo. Es decir, la asignación de horas adicionales para aquellos profesores que cuentan con pocas horas base, para mejorar su condición de trabajo y, desde luego, su ingreso.

La promoción horizontal, uno de los tres tipos de promoción existentes en la legislación en comento, se contemplaba en el artículo 42, donde señalaba que tanto en Educación Básica como en Media Superior para la *asignación de horas adicionales de los docentes que no fueran de jornada*, se debía considerar una promoción, en donde los docentes, para su obtención, debían:

- reunir el perfil requerido para las horas disponibles, y
- *obtener en la evaluación del desempeño un resultado que sea igual o superior al nivel requerido por las autoridades educativas.*²⁸

Este tipo de promoción, por disposición expresa, debía tener lugar en los casos siguientes:

- en el mismo plantel en que el docente prestara total o principalmente sus servicios;
- en el plantel en que el docente no prestara principalmente sus servicios, siempre y cuando hubiera compatibilidad de horarios y distancias con el plantel donde principalmente prestaba sus servicios y, adicionalmente, no tuviera horas asignadas en un tercer plantel, y
- *en un plantel en que el docente no prestara sus servicios, siempre y cuando se tratara de horas fraccionadas, en el número que determine la autoridad educativa o el organismo descentralizado, y en dicho plantel no exista personal que cumpla con lo establecido en las fracciones I y II del artículo en comento.*

Para lo cual las autoridades educativas competentes estaban obligadas a fijar las reglas necesarias para seleccionar al personal docente que recibiera la promoción en comento, cuando hubiera más de uno que cumpliera con los

²⁸ Sobre el particular es conveniente precisar que aun el informe individual de resultados del *concurso de oposición* habla de un desempeño, motivo por el cual para los docentes en activo el resultado de dicha evaluación podía considerarse para efectos de una promoción.

requisitos establecidos. Sin embargo, en la práctica esto nunca se llevó a cabo al menos en Nayarit, pues durante la vigencia de la LGSPD llama la atención por su ausencia cualquier convocatoria o lineamientos al respecto que hicieran posible esta promoción horizontal.

Esta promoción para la obtención de horas adicionales refería la evaluación del desempeño docente, contenida en el artículo 52 de la LGSPD, sin embargo, ¿qué pasó con aquellos maestros que —curiosamente— no eran evaluados para su desempeño y se presentaba el supuesto de haber horas vacantes acordes a su perfil en el plantel donde laboraban? Pasaba que, dichas horas eran ofertadas a concurso de oposición y eventualmente venía un profesor de nuevo ingreso a ocuparlas, en flagrante violación al sentido teleológico del artículo anteriormente referido.

La promoción docente por horas adicionales, evidentemente, perseguía un fin: el reconocer los derechos adquiridos de los docentes en activo, lo que tiene orden preferente. Además, encuentra estrecha relación con derechos como la antigüedad y la preferencia. La anterior aseveración se ve patentada además por el contenido del artículo 63 de la LGSPD, que contempla en cuanto obligación para las autoridades educativas el evitar la asignación fragmentaria de horas y buscar en todo momento la compactación de éstas, lo que no podría ser de otro modo sino respetando la antigüedad y la preferencia.

En otras palabras, preferentemente, por disposición expresa las autoridades educativas, debían observar que los profesores en activo incrementaran horas en su propio plantel educativo o en lugar cercano y, en su caso, fomentar la compactación de horas en un mismo plantel. Lo que adquiere sentido junto con la promoción, para el reconocimiento de derechos preferenciales de los docentes en activo respecto a aquellos docentes de nuevo ingreso. Sería un absurdo pensar en beneficiar a una persona de nuevo ingreso, antes de dignificar y mejorar la situación laboral de quienes ya forman parte del sistema educativo; un absurdo que en la práctica se presentó en más de una ocasión y ello lo demuestra esa ausencia de convocatorias o lineamientos al respecto que hicieran posible la promoción horizontal. Un desinterés de la estructura del Estado a nivel local que, violentó flagrantemente derechos humanos y que vulneró la obligación consignada en el artículo 1o., segundo y tercer párrafo de la Constitución federal, al no respetar, promover y garantizar este derecho poliédrico.

2. *La Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros*

Como resultado de la reforma constitucional del 15 de mayo de 2019, la Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros (LGSCMM) consigna dentro de su objeto el *revalorizar a las maestras y maestros como profesionales de la educación, con pleno respeto a sus derechos*, y el regular los procesos de selección para la admisión, promoción y reconocimiento del personal que ejerza la función docente, directiva o de supervisión. Este análisis sólo se concentrará en lo que respecta a la promoción docente para la obtención de horas adicionales (promoción horizontal).

En el artículo 7o., fracción II, la LGSCMM, reconoce —de nueva cuenta— como autoridad educativa de las entidades federativas al Ejecutivo de cada uno de los estados; quienes de una interpretación sistemática y armónica de los artículos 8o., 10, 14 y 15, tienen la obligación con las maestras y los maestros de hacer asequible el acceso a una carrera justa y equitativa, promoviendo su desarrollo de acuerdo con sus conocimientos, aptitudes y experiencia. Lo que incluso, en caso de irregularidades cometidas por servidores públicos, de conformidad con el artículo 18 de la LGSCMM, da espacio a medidas correctivas.

Esto se trae a cuento debido a que, todo ese marco normativo refleja la intención del legislador de que las autoridades educativas en el ámbito de sus respectivas competencias implementen políticas públicas a efecto de hacer reales no sólo las obligaciones de los docentes en activo sino también sus derechos adquiridos; uno de esos derechos es el derecho a la promoción horizontal.

Bajo esa línea argumentativa, debe destacarse que el diverso artículo 32 de la LGSCMM consigna una obligación (un deber) para el director o la directora de cualquier plantel educativo de educación básica, de notificar al titular de dicho nivel educativo respecto a las horas o plazas vacantes que surjan durante el ciclo escolar. Una porción normativa de la que carecía la legislación previa y que afortunadamente contempla la legislación vigente de la materia.

Adicionalmente, por disposición expresa, se refiere que lo consignado en dicho artículo deberá ser tomado en cuenta en los procesos de promoción. Con lo que, evidentemente, se busca preferir la promoción de los profesores que ya se encuentran en activo y forman parte del sistema educativo, antes que la contratación de personas de nuevo ingreso.

Prioridad que, es lógico pensar, también es observada en los procesos de admisión al considerar preferentemente a los profesionistas con formación

pedagógica, tal como lo consigna el artículo 40, segundo párrafo, de la Ley en comento. Es decir, ahora válidamente, aun en los procesos de admisión como otra especie resulta plenamente justificado el preferir a aquellas personas que cuenten con formación profesional para dar clase, es decir, con conocimientos y experiencia pedagógica. De algún modo, esto ayuda a que la educación en nivel básico y media superior no se “mercantilice” como se estuvo haciendo durante la vigencia de la anterior Ley; producto de una mala interpretación de la norma, al abrir las puertas a diversidad de profesionistas que con buenos resultados en las evaluaciones de oposición (“meras eventualidades”) arrebataron la oportunidad de crecimiento a muchos profesores que ya formaban parte del sistema, aun cuando estos últimos, desde luego, demostraron ser idóneos en las mismas evaluaciones. Profesionistas que, por cierto, fueron formados para atender a las necesidades de las niñas, niños y adolescentes (NNA), y de ahí el privilegiar la *formación pedagógica*, pero que, por azares del destino, no lograron posicionarse en los primeros lugares de esa misma “lista de subasta” para ser preferidos, y así perdieron por ejemplo la consideración a obtener horas vacantes en sus propios planteles educativos.

Finalmente, conviene destacar que en términos muy parecidos a como lo contemplaba la LGSPD, ahora los artículos 55 y 56 de la LGSCMM consignan la promoción docente para la asignación de horas adicionales. Sin embargo, lo que sería loable es que las autoridades educativas locales respeten, y no sólo esté consignada como buenas intenciones que en la práctica resulta ser mera letra muerta.

El artículo 55 de la Ley en cita, refiere que será la Secretaría de Educación Pública la que emita las disposiciones aplicables para la asignación de plazas por horas-semana-mes en la modalidad de promoción. Es decir, de nueva cuenta se contemplan “disposiciones aplicables”, ya sea una convocatoria, lineamientos o manuales de operación para hacer operativa esta promoción docente. Se espera que esta vez sí se elaboren, por el bien de los docentes en activo que tienen el deseo de crecer horizontalmente a través de la obtención de horas adicionales.

Finalmente, es de reconocerle a esta nueva legislación el hecho de que haya contemplado en el último párrafo de su artículo 56, que ante la posibilidad de que haya más de un docente que reúna los requisitos de ley, las autoridades se verán obligadas a seleccionar al docente que cuente con mayor antigüedad, lo que concuerda con la línea argumentativa que aquí se sostiene. Y se trata de una porción normativa que no contemplaba la anterior Ley.

VI. ALGUNAS NOTAS PROCESALES SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LA PROMOCIÓN HORIZONTAL

Si la esencia de los derechos fundamentales, como escribe Diego Valadés, no está en su enunciación sino en su defensa efectiva, no es posible hablar de cuestiones sustanciales sin mostrar el aspecto procesal para conocer la defensa de los derechos fundamentales de los que se hable en particular. En el caso concreto, la *promoción docente* para la asignación de horas adicionales en educación básica requiere al menos una referencia breve de la vía a través de la cual es posible su exigencia.

Por ello, en este apartado se pretende mostrar de forma telegráfica las posibilidades procesales de reclamar la promoción horizontal en la vía laboral; en la vía administrativa y, en su caso, a través del juicio de amparo indirecto. Todo ello para comprender ante qué autoridad competente acudir de encontrarse ante una eventual violación a tal derecho de promoción horizontal entendida como un derecho poliédrico con estrecha relación con la antigüedad y preferencia (en materia laboral) y el interés superior del menor a una educación de calidad.

1. *La vía laboral como solución al problema*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como referente medular en materia laboral, contempla en su artículo 123 la distribución de competencia laboral en dos grandes vertientes, atendiendo a la naturaleza de la relación laboral trabajador-patrón. Por una parte, el artículo 123, apartado A, que a su vez es reglamentado por la Ley Federal del Trabajo, contempla lo concerniente a las relaciones laborales que surgen entre particulares. Lo que de forma general les corresponde a las autoridades de las entidades federativas, es decir, a las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje en sus respectivas jurisdicciones; pero es de la competencia exclusiva de las autoridades federales, es decir, de las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje, tratándose de los asuntos contemplados en la fracción XXXI del artículo 123, apartado A, de la Constitución federal.

Aunque conviene precisar que debido a una reforma constitucional en materia laboral de 2017,²⁹ próximamente se hablará en lugar de juntas (locales y

²⁹ Al respecto véase el decreto de reforma constitucional del 24 de febrero de 2017, por

federales) de *tribunales laborales* de las entidades federativas o del Poder Judicial de la Federación, según corresponda.³⁰ Los que pertenecerán al Poder Judicial local³¹ y federal, y no al Poder Ejecutivo como actualmente están estructurados.

Luego, reguladas en el artículo 123, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos las relaciones laborales que surgen entre los poderes de la Unión y sus trabajadores, es decir, las relaciones burocráticas federales. Lo que, a su vez, con mayor precisión, es reglamentado por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. Los conflictos laborales de esta naturaleza, de acuerdo con la fracción XII del apartado y artículo constitucional en comento, son sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Asimismo, conviene delimitar que los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores son resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal, y los que se suscitan entre la Suprema Corte de Justicia y sus empleados son resueltos por esta última.

Finalmente, por disposición expresa del artículo 116, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tenemos reguladas las relaciones de trabajo entre los estados y sus trabajadores. Disposición que a su vez remite a los postulados contenidos en el diverso artículo 123 y lo que las legislaturas locales consignen en las disposiciones reglamentarias correspondientes. Lo que en el caso concreto de Nayarit, se reglamentaba a través del Estatuto Jurídico de los Trabajadores al Servicio del Estado de Nayarit y que, recientemente, por reforma del 31 de mayo del 2019, fue sustituido por la Ley Laboral Burocrática del Estado de Nayarit,³² en donde, actualmente, es autoridad competente para conocer el Tribunal de Conciliación y Arbitraje en

el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral.

³⁰ Al respecto véase el artículo 123, apartado B, fracción XX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado con fecha 24 de febrero de 2017 (consultado el 7 de noviembre de 2019).

³¹ Sobre la competencia del Poder Judicial Local del Estado de Nayarit, véase el artículo 82, fracción III, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit (consultada el 7 de noviembre de 2019).

³² De esta legislación es destacable su tendencia a no reconocer derechos adquiridos como la *antigüedad* en el empleo, que eventualmente puede tener como resultados la basificación y, desde luego, la seguridad y estabilidad laboral en las relaciones burocráticas; lo que no empata con los Estados sociales y democráticos.

el Estado de Nayarit, pero que próximamente será sustituido por el Instituto de Justicia Laboral Burocrática del Estado de Nayarit.³³

Bajo esa lógica, los docentes en activo que resultan ser trabajadores al servicio del Estado en Nayarit, de sentirse vulnerados con relación a su promoción horizontal, podrían invocar para la exigencia de sus derechos la Ley Laboral Burocrática del Estado de Nayarit y, en todo caso, acudir al Tribunal de Conciliación y Arbitraje en el Estado de Nayarit, en tanto se crea el Instituto de Justicia Laboral Burocrática del Estado de Nayarit; enfocando esa exigencia hacia la antigüedad y preferencia que consigna la legislación laboral. Y del mismo modo estarían en posibilidad de invocar los contenidos normativos de la Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros (LGSCMM), según lo disponen sus artículos 103 y 107. Aunque esto no parece ser lo más idóneo, porque la promoción horizontal debe ser vista como un derecho poliédrico y no exclusivo de la materia laboral.

2. *La vía administrativa*

Conviene precisar que la LGSPD, en sus artículos 80, 81, 82 y demás relativos, contemplaba el recurso de revisión para atacar las resoluciones administrativas que derivaran de *la aplicación correcta del proceso de evaluación*. Mecanismo de defensa que, de una interpretación sistemática de dicho cuerpo normativo, se consideró sólo para los *procesos de evaluación* que expresamente fueron llevados a cabo, con sus respectivas convocatorias y lineamientos correspondientes, a saber: la evaluación de oposición, la evaluación de desempeño (obligatoria, y sin marco normativo para la promoción horizontal) y la evaluación para las funciones directivas. Sin embargo, no se hablaba expresamente del proceso a través del cual era posible llevar a cabo la promoción horizontal, lo que colocó en estado de indefensión a los docentes en activo para exigir dicho derecho, toda vez que se careció de la regulación respectiva.

Y entonces, de accionarse tal mecanismo no era la vía idónea debido a que los docentes en los casos concretos que no fueron promovidos no se dolían del proceso de evaluación en sí, sino de la actitud omisa por parte de las autoridades educativas, que además dieron trato igual a docentes de nuevo ingreso regidos por una lista de prelación (evaluación de oposición) y a docentes en activo a quienes se les debió de emitir una convocatoria de promoción

³³ Al respecto véase el artículo quinto transitorio de la Ley Laboral Burocrática del Estado de Nayarit, del 31 de mayo de 2019, consultada el 7 de noviembre de 2019.

horizontal, y en todo caso debieron de haber sido evaluados en desempeño con ese mismo fin y no sólo para su permanencia. Es decir, no había expresamente un medio de impugnación ante irregularidades u omisiones en la promoción horizontal, porque para tales efectos no había la necesidad de un proceso de evaluación, sino que bastaba con reunir los requisitos de ley.

Ahora bien, por su parte la actual Ley General del Sistema para la Carrera de las Maestras y los Maestros, consigna en sus artículos 103, 104 y siguientes, la posibilidad de interponer *recurso de reconsideración* en contra de las resoluciones administrativas que se pronuncien en los términos de la norma en comento. Precisándose que dicho recurso versará exclusivamente *respecto de la aplicación correcta del proceso de selección*. En donde, de nueva cuenta no hay espacio para la exigencia de un derecho respecto al cual se reclama una conducta omisa y sistemática de la autoridad educativa, es decir, ante la eventual falta de operatividad de la promoción horizontal.

3. *El juicio de amparo indirecto*

Bajo el panorama previamente expuesto, entendiendo a la promoción horizontal como un derecho poliédrico que impacta o influye en el desenvolvimiento de otros derechos y ante una eventual omisión sistematizada de operativizar tal derecho por parte de la autoridad educativa local; al no haber emitido convocatoria o lineamientos al respecto, y dejar en estado de vulnerabilidad a docentes en activo, violando normas de carácter general, el camino más plausible para hacer frente a dicha violación es el juicio de amparo indirecto, a través del cual la autoridad constitucional determine no sólo la existencia de dicha violación sino además los alcances y efectos de ésta.

Es decir, conviene resaltar que la falta de lineamientos o convocatoria sobre dicha promoción,³⁴ muestra una omisión por parte de la autoridad educativa que, aunado al hecho de reunir los requisitos de ley, permiten a un docente en activo el exigir tal derecho en instancias federales, mediante un juicio de amparo indirecto, sin agotar previamente recurso o medio de impugnación ordinario.

³⁴ Conviene precisar que actualmente parece que se están trabajando los correspondientes lineamientos para la promoción horizontal en Nayarit por parte de las autoridades educativas locales a través de un proceso de réplica que viene desde nivel federal y está proyectado para un futuro próximo. Sin embargo, hasta en tanto no suceda eso la problemática subsiste y es una evidente violación a derechos sociales en perjuicio de docentes en activo.

VII. RETOS Y PERSPECTIVAS

Bajo el esquema de un Estado constitucional social y democrático de derecho, las autoridades del Estado mexicano están obligadas a desempeñar un papel más activo frente al reconocimiento, promoción y garantía de derechos humanos. Ya no basta sólo con su no intromisión, sino que ahora se requiere de la implementación constante de políticas públicas para hacer asequibles cierto tipo de derechos sociales.

En el supuesto específico, las autoridades educativas deben de reconocer y promover activamente el desarrollo horizontal de docentes en activo para la obtención de horas adicionales. Ello sería coherente con la antigüedad y la preferencia en materia laboral, así como con el principio de progresividad, al tiempo que contribuiría indirectamente a la calidad educativa.

Tanto la Ley General del Servicio Profesional Docente como la Ley General de la Carrera de Maestros y Maestras, reconocieron tal derecho; sin embargo, no es suficiente con su consignación en la norma si a esa promoción horizontal no se le da operatividad a través de convocatorias y lineamientos claros y precisos, que consignen el proceso, los plazos y formas de hacer asequible tal derecho. Se requiere de un sentido de responsabilidad y disponibilidad al respecto por parte de las autoridades competentes.

Las autoridades educativas, de acuerdo con la legislación citada en el párrafo previo, están obligadas a hacer una clara distinción entre docentes en activo y docentes de nuevo ingreso, porque las circunstancias bajo las cuales son evaluados son totalmente distintas. Para recuperar la credibilidad de las evaluaciones docentes, en sus distintas modalidades, sería conveniente considerar la participación de instituciones externas como Ceneval.

Sería loable que la promoción horizontal sea concebida como un derecho poliédrico por su impacto en distintos ámbitos. Se requiere de una interpretación amplia de dicho derecho por parte de las autoridades educativas, es forzosa su operatividad a través de lineamientos y es imperdonable su falta de respeto y garantía como un derecho social por la estructura del propio Estado.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, M. *et al.* (coords.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indivisible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- GÓMEZ ROMO DE VIVAR, Guillermo Rafael y OLIVOS FUENTES, Monserrat, “La construcción jurisdiccional de los procesos de consulta de las comunidades indígenas y su aproximación al derecho a la información en México”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, enero-abril de 2020.
- GÓMEZ ROMO DE VIVAR, Guillermo Rafael, “Armonía jurídica-institucional: una propuesta para la función gubernamental”, en GÓMEZ ROMO DE VIVAR, Guillermo Rafael *et al.* (coords.), *Democracia, gobierno y participación ciudadana*, México, Tiran lo Blanch, 2019.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2a. ed., trad. de Luis Rutiaga, México, Grupo Editorial Tomo, 2013.
- MARTÍNEZ LOBATO, Lilia *et al.*, *Reforma educativa y profesores. Percepción sobre los procesos de evaluación*, San Luis Potosí, XIV Congreso Nacional de Investigación Educativa, 2017.

- MURILLO TORRECILLA, F. Javier (coord.), *Evaluación del desempeño y carrera profesional docente. Un estudio comparado entre 50 países de América y Europa*, Chile, ONU-UNESCO-Ministerio de Educación y Ciencia en España, 2007.
- PERALTA, Victoria, “El bienestar como fin para la construcción de la calidad en la educación de la primera infancia”, en PERALTA, Victoria y HERNÁNDEZ, Laura (coords.), *Antología de experiencias de la educación inicial iberoamericana*, Madrid, OEI-Unisef-BBVA, 2012.
- SEP-SNTE, Comisión Nacional de Carrera Magisterial, *Lineamientos generales de carrera magisterial*, México, 1998.
- SILVA MEZA, Juan N., “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Konrad Adenauer, año XVIII, 2012.
- VALADÉS, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en VON BOGDANDY, Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. I.
- VERGARA MORENO, Benito José, “Los sindicatos frente a las reformas estructurales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 46, 2018.

EL TELETRABAJO, LA UTILIDAD DIGITAL POR LA PANDEMIA DEL COVID-19*

TELEWORKING, THE DIGITAL UTILITY
DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC

TÉLÉTRAVAIL, L'UTILITAIRE NUMÉRIQUE
DÛ À LA PANDÉMIE COVID-19

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS**

RESUMEN: La utilización de tecnología es ineludible en la organización del trabajo y el soporte técnico. En el actual contexto de la economía, la crisis financiera de las empresas y patrones, así como el grave efecto transversal de la pandemia del COVID-19, sectores e industrias estaban por lograr la modernidad tecnológica; no obstante, la virulencia del COVID-19 obligó a empleadores y empresas a diseñar un entorno laboral diferente. Hacia finales del siglo XX se estaban transformando las relaciones laborales de un mundo cambiante. Con ese panorama, los objetivos de esta colaboración son las de estimar, valorar, suponer y determinar qué actitudes, procedimientos, esquemas y relaciones laborales se adecuarán donde las prioridades tendrán que ser hacia el trabajo digital por el riesgo de quedar desfasadas, poniendo en peligro su existencia, por lo que se puede determinar la siguiente hipótesis: ¿es la contingencia sanitaria del COVID-19, así como los riesgos que implican para la salud personal, lo que adecuará las relaciones laborales y sociales de manera general?, ¿es entonces el escenario transformado de trabajo habitual en trabajo a distancia? Por ello se utilizará la metodología analítica y descriptiva para la integración de la información cualitativa, que describirá el análisis y síntesis de la información recopilada en fuentes fiables de investigación; así,

* Recibido el 15 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Profesor investigador en la Facultad de Contaduría y Administración Campus I de la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Correo electrónico: academico.chiapas15@hotmail.com.



el teletrabajo es la forma emergente que evoluciona y gradualmente aumenta en el mundo entero; en contrapartida, el trabajo presencial conlleva el riesgo generalizado que pone en riesgo la salud de los trabajadores, cambio que da lugar a una forma no común de trabajo en la que han sido factor determinante las tecnologías de la información y la comunicación.

Palabras claves: teletrabajo, pandemia, inserción.

ABSTRACT: The use of technology is inescapable, in the organization of work and in the technical support, in the current context of the economy, the financial crisis of companies and employers, as well as the serious cross-cutting effect of the pandemic of COVID-19, sectors and industries were yet to achieve technological modernity, the virulence of COVID-19, forces employers and companies to design a different working environment, towards the end of the twentieth century industrial relations were being transformed into the environment of a changing world, the objectives of this collaboration are to estimate, value, suppose, determine, that attitudes, procedures, schemes and industrial relations would be adapted where priorities will have to be towards digital work because of the risk of being outdated, endangering their existence, so that the following hypothesis can be determined is the health contingency of COVID-19, as well as the risks involved in personal health, which would suit the, as well as the risks involved in personal health, which would adapt labor and social relations in a general way? is then the transformed scenario of regular work into remote work? Therefore, the analytical and descriptive methodology will be used for the integration of qualitative information, which will describe the analysis and synthesis of information collected in reliable sources of research, teleworking is the emerging form that evolves and gradually increases worldwide, face-to-face work carries the widespread risk that puts workers' health at risk, this change gives rise to an uns common form of work in which it has been a factor determinant of information and communication technologies.

Keywords: Telework, Pandemic, Insertion.

RÉSUMÉ: L'utilisation de la technologie est incontournable, dans l'organisation du travail et du soutien technique, dans le contexte actuel de l'économie, la crise financière des entreprises et des employeurs, ainsi que l'effet transversal grave de la pandémie de

COVID-19, les secteurs et les industries n'étaient pas encore à atteindre la modernité technologique, la virulence de COVID-19, oblige les employeurs et les entreprises à concevoir un environnement de travail différent, vers la fin du XXe siècle, les relations professionnelles se transformaient en un monde en mutation, les objectifs de cette collaboration sont d'estimer, de valoriser, de supposer, de déterminer, que les attitudes, les procédures, les schémas et les relations professionnelles seraient adaptés là où les priorités devront être envers le travail numérique en raison du risque d'être dépassées, mettant en danger leur existence, de sorte que l'hypothèse suivante puisse être déterminée est la contingence sanitaire de COVID-19, ainsi que les risques liés à la santé personnelle, qui adé l'adaptation des relations sociales et de travail d'une manière générale?, est-ce alors le scénario transformé du travail régulier en travail à distance? Par conséquent, la méthodologie analytique et descriptive sera utilisée pour l'intégration de l'information qualitative, qui décrira l'analyse et la synthèse de l'information recueillie dans des sources fiables de recherche, le télétravail est la forme émergente qui évolue et augmente progressivement dans le monde entier, le travail en face-à-face comporte le risque généralisé qui met la santé des travailleurs en danger, ce changement donne lieu à une forme commune de travail non commun dans lequel il a été un facteur déterminant des technologies de l'information et de la communication.

Mots-clés: télétravail, pandémie, insertion.

SUMARIO: I. *Origen, desarrollo, evolución.* II. *Teletrabajo y diversidad digital.* III. *Tecnología y tecnotrabajo.* IV. *Disrupción por teletrabajo.* V. *Marco jurídico en México.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes.*

I. ORIGEN, DESARROLLO, EVOLUCIÓN

La fuerza de trabajo o fuerza laboral es un término acuñado por Karl Marx en la obra *El Capital*, que representa el tratado del trabajo obrero más estudiado por los economistas, ahí se refiere a la capacidad física y mental, inherente a todo ser humano para realizar un trabajo, donde además los conceptos de trabajo y fuerza de trabajo no son sinónimos. Así, el trabajo es

la materialización, la concreción del potencial representado por la segunda; el trabajo es entonces el resultado de emplear la fuerza de trabajo.¹

La palabra fuerza proviene del vocablo latino *fortia*, que es sinónimo de esfuerzo, en tanto que la palabra trabajo tiene su origen etimológico también en latín *tripaliare*, concepto utilizado para definir un yugo con tres palos empleado para amarrar a los esclavos donde se les castigaba con azotes; la noción de fuerza de trabajo o fuerza, por lo tanto, está asociada a la habilidad tanto física como mental, propia de cada individuo, para desarrollar una cierta labor.

Lo que caracteriza la época capitalista es que la fuerza de trabajo asume, para el propio obrero, la forma de una mercancía que le pertenece, y su trabajo, por consiguiente, es la forma de trabajo asalariado, por ello el capitalismo es la forma superior y más compleja de la producción mercantil que se convierte en el modelo universal de producción basado en la división social del trabajo, en la propiedad privada y en la producción de mercancías para el mercado, para así satisfacer las disímiles necesidades del ser humano, sean de carácter material o espiritual.

El concepto de teletrabajo nace en Estados Unidos, en 1973, a partir de un grupo de científicos de la University of Southern California dirigidos por el físico Jack Nilles. Dicho grupo, en el marco de la crisis del petróleo, investigó la aplicación en el trabajo de las (entonces disponibles) tecnologías informáticas para reducir el traslado de trabajadores a las oficinas, remplazándolo por el traslado de la información necesaria para que el trabajador realice sus tareas desde su casa o centro de teletrabajo próximo a su domicilio. La hipótesis era que debía traer, aplicado a escala conveniente, reducciones del tránsito vehicular en horas pico y la consecuente reducción de emisión de gases dañinos para el medio ambiente.²

Como resultado de ese experimento se logró reducir la tasa de rotación de sus empleados y el resultado del programa fue un aumento del 18% de la productividad de esos empleados, con una tasa de rotación reducida a cero y los costos de instalaciones mucho menor, se denominó Trade off Telecommunications Transportation, la cual dio nombre a la modalidad teletrabajo.³

¹ Díaz, Viviana Laura, *Teletrabajo y neurotecnología. Una guía imprescindible para gestionar el trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Granica, 2018, p. 158.

² Rubbini, Nora Inés y Mancuso, G., “¿El teletrabajo necesita de una nueva metáfora?”, VI Jornadas de Sociología de la UNLP, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata, 2010, p. 56.

³ *Ibidem*, p. 57.

Todas las mercancías son producto del trabajo, por lo consiguiente, la base del valor de cambio de las mercancías es el valor determinado por la cantidad de trabajo invertido en la producción de mercancías, donde el empleo de la técnica aplicada, la producción, la organización del trabajo y el expertiz.

Los tipos concretos de trabajo no sólo se caracterizan por la diversidad de los procedimientos, instrumentos y resultados del trabajo, sino generalmente por la diferencia en la preparación necesaria de los trabajadores. Los no calificados pueden ser realizados por todos los miembros de la sociedad aptos para el trabajo que tengan instrucción y el nivel cultural adecuado; otros tipos de trabajo, denominados calificados, necesitan una preparación especial previa.⁴

Son las empresas multinacionales, primero en Estados Unidos y luego en Europa, las que, en el contexto de deterioro del empleo formal, incorporaron el teletrabajo. *A posteriori*, el teletrabajo fue incorporado por los gobiernos como fuente de empleo (aunque precario) para los sectores desocupados.

Es preciso destacar que se tratan de al menos cuatro procesos históricos transformadores de las relaciones laborales. El primero evidenció marcadamente el paso de la producción manual a la mecanizada, entre 1760 y 1830. El segundo, alrededor de 1850, introdujo la electricidad que permitió la manufactura en masa. El tercero, a mediados del siglo XX, protagonizó la llegada de la electrónica y las tecnologías de la información con las telecomunicaciones. Y el último, la llamada cuarta revolución industrial 4.0, trae consigo una tendencia a la automatización total de la manufactura con sistemas cibernéticos, el Internet de las cosas y la ya conocida nube digital.⁵

En el ámbito social, los mecanismos de regulación, control y representación instituyeron un tipo de contrato social de alcance nacional que humanizó las tendencias disolventes del capitalismo de libre competencia en el siglo XIX y que se extendió en el siglo XX. Se instala en Alemania con medidas de seguridad social introducidas por Bismarck a mediados del siglo XIX, después de la primera guerra mundial en Inglaterra con las leyes sociales Lord Beveridge y el New Deal de Roosevelt en Estados Unidos. El Estado benefactor está basado en cuatro principios: 1) derecho al trabajo, 2) lucha contra la pobreza, 3) protección frente a riesgos individuales y colectivos, y 4) promoción de igualdad de oportunidades.

⁴ Díaz, Viviana Laura, *Teletrabajo y neurotecnología*, cit., p. 159.

⁵ López-López, Pedro *et al.*, *Inclusión digital, un nuevo derecho humano*, Madrid, Educación y Biblioteca, 2009, p. 56.

En el siglo XIX, la revolución industrial generó nuevas condiciones, así como diversos problemas que ninguno de los modelos sociales, económicos y políticos existentes podía resolver.⁶ El feudalismo, la monarquía y las religiones tradicionales no estaban preparadas para gestionar las metrópolis industriales, los millones de obreros desarraigados o la naturaleza siempre cambiante de la economía moderna.

II. TELETRABAJO Y DIVERSIDAD DIGITAL

La crisis de COVID-19 ha determinado el experimento más grande a escala mundial para el teletrabajo. La pregunta central de esta colaboración es: ¿la crisis de COVID-19 nos ayudará a extender el teletrabajo como una fórmula normal/deseable para la organización de actividades de servicio y laborales?

En este complejo escenario, el teletrabajo se ha convertido en la dominante solución para mitigar el impacto del coronavirus tanto en el bienestar de la sociedad como en la actividad de los negocios; ha hecho que el teletrabajo pase de ser un privilegio a una necesidad. En consecuencia, muchas empresas han establecido protocolos diversos; algunas a marchas forzadas, acelerada improvisación, limitada conectividad, con la finalidad de que sus empleados puedan transitar de lo cotidiano a la conexión para el trabajo en forma digital.

A medida que se van consolidando los principios de la nueva revolución industrial que estamos viviendo desde finales del siglo XX y hasta nuestros días, empiezan a entrecruzarse las tipologías de las nuevas formas de trabajar que tendrán mayoritariamente las empresas en el futuro y el perfil de trabajador apropiado para cubrir estas necesidades.

El teletrabajo ha planteado, ideológicamente, fuertes debates en torno a su conceptualización y ámbitos de estudio, lo importante es que su tratamiento permite optimizar la productividad del trabajador, gracias al aprovechamiento intensivo de su tiempo de trabajo. La reducción temporal y financiera del traslado de trabajadores implica un mejor aprovechamiento de la jornada de trabajo y una verdadera conciliación entre la vida familiar y laboral.

En 1990, la OIT definió teletrabajo como un trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está

⁶ Yuval, Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI*, México, Editorial Debate, 2018, p. 54.

en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías. Desde, 2005 esta misma organización lo hace de la siguiente manera: “Trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora”.⁷

El término teletrabajo está formado por el prefijo griego tele, que significa distancia o lejanía y que, en este caso, hace referencia a las telecomunicaciones. Y es que no es lo mismo trabajar desde casa que hacer teletrabajo, el prefijo tele ha sido parte de la evolución de las cosas usadas a la distancia como herramienta de utilidad o diversión, como telégrafo, teléfono, televisión, telefax, telescopio, telegrama, entre otros.

El teletrabajo es la forma de trabajo que se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación hacen posible esta separación facilitando la comunicación, lo que lo convierte en una realidad imparable para el escenario laboral que impera y con lo cual la pandemia del COVID-19 se mantendrá.

La telemática, que es una fusión de los términos telecomunicaciones e informática, se enfatiza como la disciplina científica y tecnológica que analiza e implementa servicios u aplicaciones que usan tanto los sistemas informáticos como las telecomunicaciones o cualquier tipo de comunicación por Internet.

El trabajo telemático se circunscribe al conjunto de actividades realizadas con el objetivo de alcanzar una meta, solucionar un problema, así como producir bienes y servicios para atender las necesidades humanas realizados a través de las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Es decir, sin telecomunicaciones e informática no se da esta modalidad laboral, y sin el concepto de distancia tampoco cabe su aplicación.⁸

Por lo cual el teletrabajo es una especie dentro del trabajo a control remoto,⁹ que comparte sus mismas características generales que son:

- a) se trata de una modalidad laboral;
- b) se realiza en forma autónoma y asalariada;
- c) se requiere la intermediación de las TIC, y

⁷ Tesauro OIT, <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/>, consultado el 23 de junio de 2020.

⁸ Castell, M., “Internet, libertad, y sociedad. Una perspectiva analítica”, *Polis*, revista bolivariana, 2003, disponible en: <http://redalyc.org/articulo.oa?>, consultada el 28 de mayo de 2020.

⁹ Herrscher, E., *Negocios, sociedad, trabajo y valores*, Buenos Aires, 2013, p. 202.

d) se ejecuta a distancia, en un lugar diferente del lugar de prestación de la tarea.

Diversidad de criterios reconocen al teletrabajo como un nuevo diseño espacial del proceso de producción, es una especie dentro del género, pero la tipología va más allá, pues se trata de una tarea a distancia, lo cual puede ser realizada en cualquier otro lugar diferente del establecimiento del empleador. Las TIC definen su naturaleza (vía telemática), y la existencia de subordinación lo determina como autónomo o dependiente; no obstante, está en discusión si su calidad de transversalidad le impide conformarse como la parte seccionada de un todo; por ello, el teletrabajo se inserta en la parte de un sector productivo que facilita la inclusión social y laboral de las personas mejorando su empleabilidad.

La OIT define el teletrabajo como una forma de organización del trabajo con las siguientes características:

- El trabajo se realiza en un lugar distinto del establecimiento principal del empleador o de las plantas de producción, de manera que el teletrabajador no mantiene un contacto personal con los demás trabajadores.
- Las nuevas tecnologías hacen posible esta distancia al facilitar la comunicación.
- El teletrabajo puede realizarse en línea, es decir, con una conexión informática, o fuera de línea.
- Puede organizarse de manera individual o colectiva, implicando la totalidad o una parte de las tareas del trabajador.
- Su implementación puede ser autónoma o como asalariado.

Con el teletrabajo en desarrollo que comprende tres generaciones; la primera se ubica en la oficina a domicilio, pues las computadoras y los teléfonos por su tamaño y conectividad permanecerían en la oficinas, lo que no permitiría el trabajo nómada u móvil, pasando por la oficina móvil y llegando a la oficina virtual; la segunda, la oficina móvil, rompió con la doble estructura espacial clásica del trabajo, ya que a partir de ese momento éste se podía hacer cada vez más fuera de los locales del empleador, en el domicilio del empleado pero también en otras localizaciones.¹⁰

¹⁰ Messenger, J. C. y Gschwind, L., “Telework and the Effects on Working”, *Time Life*, Ginebra, OIT, 2015, p. 115.

Con la generalización acelerada del Internet y el acceso a la red mundial surgió la actual generación del teletrabajo conocida como la oficina virtual, en la que se clasifican las tres generaciones del teletrabajo, como lo refiere Jessica Nicklin¹¹ en el marco analítico ideal para definir el teletrabajo basado en:

- 1) La proporción del tiempo de trabajo puede teletrabajarse en parte o en toda la jornada laboral, lo cual determina dos subtipos:
 - a) teletrabajadores a tiempo parcial: desempeñan periódicamente las funciones del puesto fuera del centro principal de operaciones;
 - b) teletrabajadores a tiempo completo: normalmente desempeñan la mayoría o la totalidad de las funciones del puesto fuera del centro principal de operaciones.
- 2) Lugar de ejecución. Relacionado con dónde se cumple o ejecuta la tarea, también en este caso se reconocen dos subtipos:
 - a) fijo: el teletrabajador trabaja principalmente en un emplazamiento externo fijo, por ejemplo, en el domicilio;
 - b) móvil: el teletrabajador puede trabajar o trabaja en distintos lugares fuera del centro principal de operaciones.
- 3) Horario. Lo que en nuestra idiosincrasia sería jornada laboral; se reconocen dos subtipos:
 - a) fijo: los días/horas en que el trabajador desempeña sus funciones fuera del centro de operaciones son siempre los mismos;
 - b) variable: los días/horas en que el teletrabajador desempeñará sus funciones fuera del centro de operaciones varían.
- 4) Colaboración. Se refiere al teletrabajo en relación con el resto de los trabajadores presenciales, también se reconocen dos subtipos:
 - a) baja: cuando es limitada la interacción que los teletrabajadores han de mantener con los restantes trabajadores del centro principal de operaciones;
 - b) alta: cuando es importante la interacción que los teletrabajadores deben mantener con los trabajadores presenciales del centro principal de operaciones.
- 5) Sincronización de tareas. Referida al formato *on-line/off-line*, donde también se reconocen dos subtipos:

¹¹ Nicklin, J. M., *Telecommuting: What? Why? When? and How?*, Singanpur, Springer Science Media, 2016, p. 145.

- a) secuencial: cuando las tareas interdependientes del trabajador se desarrollan consecutivamente (por ejemplo, aplicaciones, correo electrónico);
- b) simultánea: las tareas interdependientes del trabajador se desarrollan de forma simultánea (conferencia telefónica, videoconferencia, videollamada, foro virtual).
- 6) Autonomía. En referencia a poder optar por el teletrabajo, reconociéndose dos subtipos:
 - a) autonomía baja: los trabajadores tienen poco margen para decidir acogerse al teletrabajo;
 - b) autonomía alta: los trabajadores tienen mucho margen para decidirse acogerse al teletrabajo, así como cuándo y cómo lo hacen.¹²

La dificultad estriba en la falta de una definición generalmente aceptada de manera global y uniforme. Por un lado, la palabra es utilizada con significados ligeramente diferentes y, por otro, términos con significados muy similares al de teletrabajo son de uso común. La diversidad de definiciones se refleja que, sobre el tema, sólo de la conceptualización se puede comprobar que, además de teletrabajo, se utilizan habitualmente otros términos como teledesplazamiento (*telecommuting*), trabajo en red (*networking*), trabajo a distancia (*remote working*), trabajo flexible (*flexible working*), trabajo en el domicilio (*homeworking*), trabajo virtual, trabajo remoto, trabajo distribuido, trabajo flexible, trabajo blando, trabajo adaptado, trabajo digital.

Se debe destacar en la ubicación de cada apreciación del concepto de teletrabajo tres criterios principales: el modo de organización, el lugar de ejecución y la tecnología utilizada, lo cual engloba la diversidad de entender cada definición existente hoy día, donde más del 60% se basa en una combinación de dos o más de dichos preceptos. Por ello, debido a la tecnología y el lugar donde se realizan las tareas, producen la creación de la siguiente tipología que complementa el teletrabajo como actividad cotidiana: a) escritorio multiusuario, donde el teletrabajador realiza su tarea en forma mixta: a distancia y en la oficina principal; b) escritorio multiusuario con reserva, con reservación y notificando qué días van a asistir a la oficina principal; c) telecentros que son instalaciones donde se ofrecen estaciones y equipos de trabajo en diversos lugares; d) oficinas colaborativas para entorno de trabajo virtual donde los trabajadores y directivos realizan sus respectivas tareas de colaboración desde

¹² *Ibidem*, p. 148.

distintos lugares;¹³ e) teletrabajo móvil donde la conectividad se da a través durante su desplazamiento con teléfonos inteligentes de última generación; f) teletrabajo complementario, que se realiza en casa de los trabajadores tras la jornada laboral, fines de semana o días festivos, este modalidad de teletrabajo es equivalente a horas extras no remuneradas.

Este nuevo enfoque del trabajo implica, como vemos, una transferencia del control desde la empresa al empleado; en la era del trabajo digital e inteligente, los individuos son los dueños de la gestión de su tiempo y de su productividad.

Esta idea es importante porque el teletrabajo se puede llegar a confundir con otras actividades que se llevan a cabo mediante las nuevas tecnologías como *telemarketing*, teleservicios o televenta, telemedicina, teledocencia, teleducación, realizadas en sedes empresariales e institucionales, y en las que la prestación de servicios se ejecuta a distancia, pero con respecto al cliente y no al empleador. Consiguientemente, el teletrabajo se caracteriza por constituir una forma de organización de la actividad empresarial donde físicamente se distancia al trabajador de la empresa prestando sus servicios desde un lugar distante, con independencia de que se relacione o no directamente con el cliente.

Necesariamente deberán adecuarse las condiciones necesarias incluso de orden ergonómico para que el teletrabajo pueda implementarse y tener éxito en la adaptabilidad laboral.¹⁴

¹³ La pandemia sanitaria del COVID-19 provocó que en el mundo entero las empresas, organizaciones, centros de trabajo que se vieron obligadas a cerrar porque sus actividades productivas no se consideraban esenciales, se habilitaron una diversidad de plataformas o aplicaciones a otras que ya se utilizaban de manera cotidiana como medio de comunicación virtual como, Skipe, Facebook, Whatsap, Facetime, correo electrónico; las universidades públicas y privadas al menos en México migraron la terminación del ciclo lectivo 2020 a la modalidad virtual o en línea, en el sistema básico de educación pública se establecieron en canales de televisión estatales, el auge se generalizó para el teletrabajo en aplicaciones y plataformas como zoom, Meat, Youtube, Webwinar, entre otras que al menos han permitido cumplir parcial o totalmente las tareas respectivas.

¹⁴ Suárez Barrios, Astrid Sofia, *Debates*, UNAD, vol. 7, enero-diciembre de 2016, p. 27.

TABLA 1. Condiciones de éxito del teletrabajo

| <i>Condiciones de éxito</i> | <i>Características</i> |
|--------------------------------------|--|
| Espacio propio | Lugar que proporcione comodidad, luminosidad y privacidad. Por otro lado, la familia del teletrabajador debe entender que éste, aunque se encuentre en el hogar, no está de vacaciones. Por ende, no debe ser interrumpido en cada momento por temas domésticos. |
| Herramientas TIC | Contar con elementos tecnológicos como son un <i>notebook</i> , <i>softwares</i> productivos, correo electrónico, telefonía y conexión a Internet |
| Orientación a metas | Lograr los objetivos definidos debe ser el norte para quien se desempeñe en esta modalidad. Hay que recordar que la evaluación de cada trabajador se hará con base en los resultados que alcance. |
| Sistemático | Ser ordenado y metódico en sus funciones, a lo largo del tiempo. |
| Proactividad | Tener iniciativa propia, ya sea para las tareas que a diario ejecuta como para la toma de decisiones o problemas que deba resolver. |
| Capacidad para administrar su tiempo | Ser capaz de obtener el mayor provecho de su tiempo, en favor de la productividad. Ideal es contar con un horario de trabajo establecido para ello. |
| Automotivación | Tener su motor propio, que le permita superar aquellos momentos difíciles y alcanzar sus metas. |
| Contacto Social | Buscar contactarse con sus compañeros y no perder el vínculo social con el equipo. |

FUENTE: Suárez Barrios (2015) y adaptado por Toselli (2011).

Asimismo, se ha afirmado que el teletrabajo no se perfila por la distancia como en las actividades anteriores descritas, sino que lo realmente importante es que lo que se realiza es trabajo y, por lo tanto, el trabajo se convierte en un producto en sí mismo, que se puede mover, con el que se negocia y se comercia.¹⁵

¹⁵ Sierra Benítez, Esperanza, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, p. 37.

Los seres humanos del siglo XXI son de dos mundos, al menos en contexto de sus relaciones sociales y laborales, el mundo en línea (*on-line*) y el mundo fuera de línea (*off-line*) que insta e incita a construir nuestros modos y medios, valiéndose de estrategias, instrumentos ofrecidos por la tecnología informática.¹⁶

Los tipos de conexión existentes para el teletrabajo pueden ser tres: *off-line*, *one way line* y *on line*, y a través de ellos se transmiten las informaciones relacionadas con el trabajo mediante los medios técnicos, equipos informáticos y de telecomunicaciones que se dispongan. De este modo hacemos referencia al momento cualitativo de la prestación, es decir, al enlace entre el trabajador y la empresa que da lugar a tres posibilidades o tipos de teletrabajo. En segundo lugar, tenemos la conexión *one way line*, que es aquella en la que el teletrabajador desarrolla su actividad mediante una conexión en sentido estricto entre su videoterminal y el ordenador central, sin un control directo sobre la terminal externa, limitándose a enviar directamente los datos, la vinculación es unidireccional o en sentido único, que bien puede partir del empresario, o alternativamente del trabajador.¹⁷

En primer lugar está la conexión *off-line*, en que el teletrabajador desarrolla una actividad informática sin ninguna conexión con el ordenador central situado en la empresa. Este es el motivo por el que algún autor no reconoce como modalidad de teletrabajo aquella que tenga este tipo de conexión, ya que la utilización del correo electrónico no constituye un elemento imprescindible para la realización del trabajo, ni un elemento distintivo con respecto a la realización del trabajo tradicional.

No obstante lo señalado, el trabajador recibe unas instrucciones iniciales y cuenta con un control sucesivo del empresario en relación con los datos enviados que con posterioridad entrega el trabajador, bien por correo, mensajería urgente o personalmente en la empresa. Al no existir conexión directa entre el trabajador y la empresa, el empresario no puede ejercitar continuamente y en tiempo real los poderes de dirección y control.¹⁸

¹⁶ Spitzer, Manfred, *Demencia digital*, México, Penguin Random House, 2018, p. 19.

¹⁷ Escudero Rodríguez, Ricardo, "Teletrabajo", *cit.*, p. 769. En Mella Méndez, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", *cit.*, p. 45, esta modalidad proporciona al trabajador una cierta libertad que permite al trabajador comunicarse con el empresario cuando lo desee. "La respuesta empresarial parece que, en principio, tiene que efectuarse por una vía diferente (por teléfono, personalmente) a la del video terminal", salvo que se permita la interactividad.

¹⁸ Sierra Benítez, Esperanza, *op. cit.*, p. 51.

En segundo lugar tenemos la conexión *one way line*, que es aquella en la que el teletrabajador desarrolla su actividad mediante una conexión en sentido estricto entre su videoterminal y el ordenador central, sin un control directo sobre la terminal externa, limitándose a enviar directamente los datos. La vinculación es unidireccional o en sentido único, que bien puede partir del empresario, o alternativamente, del trabajador.¹⁹

El trabajo en las plataformas suele caracterizarse por remuneraciones inferiores al salario mínimo, flujos impredecibles de ingresos y la ausencia de protecciones laborales que suelen observarse en una relación de trabajo típica.

III. TECNOLOGÍA Y TECNOTRABAJO

El espacio electrónico es fácilmente considerado como un evento puramente tecnológico; y en tal sentido como independiente y neutral, ya que es parte de dinámicas mayores que organizan a la sociedad; ya sea en la geografía de su infraestructura o en la estructura del mismo ciberespacio, el espacio electrónico está inscrito —y de alguna manera moldeado— por el poder, la concentración y la oposición, al igual que por la apertura y la descentralización.²⁰

De este modo, es por ahora bien conocido que las características particulares del Internet o la red son en parte una función de la temprana cultura *hacker* de las computadoras, que diseñaron un *software* que fortaleció la apertura y descentralización de la red y que buscó hacerla universalmente accesible.²¹

El Internet es poder distribuido por la ausencia de jerarquías, sus atributos personales han engendrado además de un poder que cuenta con deslocalización, descentralización, apertura, posibilidad de expandirse en jerarquías, sin centros ni condiciones para el control autoritario o monopólico. Donde además las redes electrónicas están haciendo otras formas de poder, sobre todo enmarcados en temas financieros, como las tres propiedades de las redes electrónicas: velocidad, simultaneidad e interconectividad.

En la incorporación del espacio electrónico y digital para el teletrabajo, se pueden integrar factores como:

¹⁹ *Ibidem*, p. 52.

²⁰ Lessa Kerstenetzy, Celia, *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 63.

²¹ Lozano Cháirez, Miguel, *Sombreros blancos, tres hackers programan un mundo mejor*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2017, p. 39.

1. No hay empresa completamente virtualizada, ni industria totalmente digitalizada, ni trabajo formal hoy que pueda que contener la dualidad de ser virtual y digital, los sectores económicos líderes que están altamente digitalizados requieren de sitios estratégicos con vastas concentraciones de infraestructura, el requisito de fuentes laborales, talento y edificios; esto es totalmente válido para las empresas de finanzas, pero también para las industrias multimediáticas, que usan procesos de producción digital y productos digitalizados.
2. Las crecientes desigualdades en la distribución de la infraestructura para el espacio electrónico, ya sean redes de computadoras privadas o la red global, en las condiciones para el acceso electrónico cuyas condiciones para el acceso a segmentos y características de elevado poder, están todas contribuyendo a nuevas geografías de centralidad tanto territorialmente como en el espacio electrónico.
3. La comercialización de redes públicas y las concentraciones jerárquicas de poder en las redes privadas están produciendo además cibersegmentaciones como manifestaciones de las dinámicas de desigualdad y poder.

Se ha superado la barrera del espacio, no se trata de lo remoto o de la distancia, sino que habrá que referirse a que un nuevo universo laboral es el que implica a todo trabajo realizado desde un lugar no fijo con total independencia del concepto de ajenidad y con la exclusividad puesta en el uso de lo digital.

En la actualidad se pueden identificar tres vertientes de la comprensión del concepto de inclusión digital: acceso, alfabetización digital y apropiación de tecnologías. La primera se basa en la distribución de bienes y servicios que garanticen el acceso a la infraestructura y a las tecnologías de información y comunicación.

La segunda vertiente enfatiza las habilidades básicas en las mismas herramientas que permitan al individuo saber hacer uso de ellas y, en este caso, el acceso a los medios físicos y la alfabetización escolar representan los requisitos necesarios a desarrollar.²²

El trabajo digital es la expectativa de lo que es el trabajo en que la pandemia del COVID-19 establece que se desarrollará en el presente y futuro;

²² Disponible en: <http://www.conectas.org/revista-sur/conectas-e-fundacao-carloschagasdivulgamselecionados-para-o-programa-de-incentivo-a-producao-academica-em-direitoshumanos?pg.=2>, consultado el 3 de junio de 2020.

es labor basada en el talento humano, para que sea cambiante, adaptado a la conectividad, competitivo, digital, inteligente, flexible y medido en resultados. De igual manera, las nuevas tecnologías han afectado el trabajo generando mayor desempleo y exclusión social.

El único hombre educado para el trabajo es aquel que ha aprendido a aprender, el hombre que ha sabido adaptarse a los cambios, que ha llegado a darse cuenta que ningún conocimiento es seguro y comprende que solamente el proceso de saber buscar este conocimiento, le dará seguridad.²³

Un espacio de trabajo digital es un marco de trabajo de tecnología integrado, diseñado para entregar y administrar la entrega de aplicaciones, datos y escritorios. Permite a los empleados acceder a sus aplicaciones y datos en cualquier dispositivo, desde cualquier lugar.²⁴

Las tecnologías de la información y la comunicación tienen las principales características que lo determinan así:

- Son innovadoras y creativas, pues facilitan el acceso a nuevas o novedosas formas de comunicación.
- Tienen más influencia y benefician en mayor proporción al área educativa, haciéndola más accesible y dinámica.
- Afectan a numerosos ámbitos de las ciencias humanas como la sociología, la teoría de las organizaciones, la medicina, el derecho y la biología entre otras.
- Descongestionan los costos económicos de una organización a largo plazo.
- Constituyen medios de comunicación y adquisición de información variada, inclusive científica, a las cuales las personas pueden acceder por sus propios medios; es decir, potencian la educación a distancia.
- Facilitan la creación de nuevos puestos de trabajo, además de reconvertir los ya existentes.

Las diferencias en el acceso y usos de las tecnologías como herramientas para la apropiación del conocimiento generan nuevas problemáticas sociales, que requieren de una seria reflexión acerca de las oportunidades, limitaciones y dificultades que brindan las tecnologías, si bien es cierto que la digitalización

²³ Garza Rosa, Leventhal Susana, *Aprender cómo aprender*, México, Trillas, 1998, p. 11.

²⁴ Disponible en: <https://www.citrix.com/es-mx/glossary/what-is-digitalworkspace.html#:~:text=Un%20espacio%20de%20trabajo%20digital>, consultado el 12 de junio de 2020.

proporciona ilimitadas oportunidades, no se puede soslayar que las emociones que trasmite no son las mismas; al final, el ser humano es un ser de afectos y de relaciones sociales.

La consecuencia para obtener las ventajas o desventajas que implica la inserción al teletrabajo, se diseña con una matriz estructurada.²⁵

TABLA 2. Posibles ventajas e inconvenientes del teletrabajo

| <i>Posibles ventajas e inconvenientes del teletrabajo</i> | | |
|---|---|--|
| | <i>Ventajas</i> | <i>Inconvenientes</i> |
| Para el individuo | Mejor rendimiento y productividad | Menos oportunidad para las relaciones personales |
| | Menos tiempos de desplazamiento al trabajo | Menos estrés relacionado con el hogar |
| | Mayor autonomía | Más aislamiento profesional |
| | Menor estrés laboral | Menos seguridad con empleo |
| | Más tiempo con la familia | |
| | Única posibilidad de ingreso en el mercado laboral (persona con hijos pequeños, discapacidades) | |
| Para la organización | Mayor productividad | Desafío a la posibilidad de control y motivación de los teletrabajadores |
| | Oferta de trabajo más amplia y variada | Empleados menos comprometidos |
| | Ahorro de espacio de oficina | Pérdida de trabajo en el equipo |
| | Menos ausentismo | |
| | Imagen de empresa flexible | |

²⁵ Suárez Barrios, Astrid Sofia, *op. cit.*, p. 28.

| | | |
|------------------|--|---|
| Para la sociedad | Menos desplazamiento | Individuos más aislados de las instituciones sociales |
| | Menos contaminación | Sociedad autista |
| | Menos congestión de tráfico y accidentes | |
| | Menos discriminación laboral | |

FUENTE: Baruch (2001) y ajustada por Suárez-Barros (2015).

Las tecnologías digitales se han convertido en una fuerza poderosa para el desarrollo social y económico. Las características cambiantes de nuestra sociedad, que en gran parte se deben al acceso generalizado a las tecnologías y a la información, se reflejan en cuestiones de cómo, cuándo y dónde enseñar y aprender.²⁶

Las tecnologías de la información y la comunicación, tecnologías del conocimiento, permiten innovar, recrear realidades, acercar mundos y, sobre todo, a las personas. Esta amalgama de saberes y experiencias sin ninguna duda requiere de nuevos aprendizajes que conjuguen no solo aspectos instrumentales de conocimiento de las herramientas, sino de maneras diferentes de observar, de conocer, de relacionarse e interactúa en un mundo en que las TIC mimetizan nuestra vida cotidiana.²⁷

Cada revolución tecnológica conlleva una reorganización del sistema socioeconómico en que la revolución de la información ha sido un factor de suma importancia que ha alterado la manera en cómo las personas adquieren y hacen transferencia del conocimiento. La comunicación y el lenguaje, el uso mismo de las TIC ha afectado a la vida privada, laboral y profesional de las personas en su entorno cotidiano.

Las tecnologías son poderosas herramientas que admiten nuevas formas de comunicación, de aprendizaje de socialización, incluso de divertimento, es decir es un nuevo medio de cultura.²⁸

²⁶ Castell, M., *La era de la información, economía, sociedad, cultura*, Madrid, Alianza, 1999, p. 145.

²⁷ Garzón, Clemente y Gómez, Natalia, *Alfabetización laboral*, México, Plaza y Valdés, 2018, p. 19.

²⁸ Se podrá considerar una nueva generación de la pandemia como del confinamiento o del aprendizaje digital, por ello el complemento será la lectura digital que se realiza a través de la pantalla de un dispositivo tecnológico, como una computadora, teléfono móvil o lectores digitales.

Por ello, el avance de la tecnología ha llegado a alcanzar un escenario de dimensión preocupante e incluso deshumanizadora con dos ópticas; la primera, de estar conectados a la red mediante los dispositivos celulares que permiten estar vinculados en todo momento y en cualquier lugar; lo cual supone establecer una continuidad sobre actuaciones vinculadas en la actividad laboral durante incluso la jornada de trabajo y, la segunda, esa delgada línea que separa la conexión laboral digital, que separa el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.

En plena era de las comunicaciones, en la que el Internet y las redes sociales, en principio, son lugar común de la inmensa mayoría de los ciudadanos de los Estados nacionales, se pudiera pensar que, en todo Estado constitucional, los destinatarios de la norma y la autoridad encargada de ejercerla deberían estar muy familiarizados con su contenido y alcance. Esto, técnicamente facilitaría la consolidación del llamado Estado de derecho, de esta forma, los derechos humanos y las instituciones encargadas de aplicarlos constituirían un lugar común y cotidiano en las democracias constitucionales, lo paradójico resulta cuando contrastamos la realidad sociopolítica con los logros en materia de justicia social y de respeto a la esfera jurídica del gobernado, esto es, de la eficacia de la Constitución.

La vida cotidiana se ha ido simplificando significativamente desde la aplicación de la *tecnología* y lo *digital*, lo analógico se ha quedado de lado de manera que lo más pequeño, lo más cómodo e inclusive lo más práctico es netamente digital. Lo digital con todas sus propias implicaciones es ya un término que define al cualquier maquinaria que sea computarizada, no importa su naturaleza, el hombre se ha dedicado a estructurar un sistema digital para vivir en él, lo básico es digital, lo complejo también lo es.

La tecnología existe desde antes incluso que la escritura; el término se refiere tanto a artefactos materiales como a procesos que resuelven problemas; la sociología de la tecnología pretende comprender el uso y cambio tecnológico desde una perspectiva amplia que recupere visiones de diferentes disciplinas.

Para contrarrestar perspectivas simplistas del desarrollo tecnológico, por ejemplo, el determinismo tecnológico, que asume que los inventos e innovaciones son producto de mentes geniales cuyas ideas crean una discontinuidad respecto al pasado, desde estas posturas, los nuevos inventos son innovadores porque no tienen relación con lo que se ha hecho anteriormente.²⁹

²⁹ Basalla, G., *La evolución de la tecnología*, Barcelona, RBA, 1999, p. 74.

Por otro lado, la sociología de la tecnología parte de la premisa de que la tecnología es una construcción social y, al ser producto del ser humano, debe comprenderse en relación con su contexto e historia. La evolución de la tecnología afirma que es posible comparar la tecnología de la evolución de Darwin con los procesos que han ocurrido en el avance de la tecnología.

Es decir, todos los artefactos actuales provienen de un anterior y la adaptación de éstos puede explicarse por muchos factores. Por decirlo como metáfora; las computadoras actuales remiten a antiguas máquinas de escribir del siglo XIX: ninguna sociedad está aislada o es autosuficiente de forma que nunca haya tomado prestados al menos algunos aspectos de su tecnología de una fuente exterior.³⁰

Los motivos del cambio tecnológico son sociales, económicos, ambientales, psicológicos, culturales y migratorios, pero siempre existe un precedente: para que se dé un cambio evolutivo, la novedad ha de hallar una forma de afirmarse en medio de la continuidad.

La tecnología se construye socialmente en su práctica y avance como parte de la vida social; así, la sociedad no es considerada algo aparte de la naturaleza, sino como sistemas que interactúan y pueden modificarse mutuamente. La tarea de la antropología social del mundo moderno consiste en describir de la misma manera el modo en que se organizan las ramas de nuestro gobierno, inclusive la de la naturaleza, las ciencias exactas, explicando de qué manera y por qué esas ramas se separan, así como los múltiples arreglos que la reúnen para que se dé un cambio evolutivo, la novedad ha de hallar una forma de afirmarse en medio de la continuidad.³¹

La tecnología es un objeto tangible que puede medirse y razonarse, forma parte del sistema cultural, es un signo con significante y significado del cual no es posible extirpar toda la carga subjetiva o simbólica; esto quiere decir que se debe aprender a ver la tecnología como un discurso, como un sistema de signos, sujeto a fuerzas semióticas y que responde a demandas sociales y psicológicas.³²

Las nuevas tendencias para el desarrollo de actividades surgen principalmente en los campos vinculados a la tecnología, la innovación, la robotización, las plataformas digitales, así como de la informática, donde se generan

³⁰ *Ibidem*, p. 88.

³¹ *Idem*.

³² Alexander, J. C., “Sociología cultura, lo sagrado y lo profano en el discurso tecnológico”, *Revista Mexicana de Sociología*, 1991, p. 296.

formas de trabajo no presencial, sin ubicación local, que constituyen una prolongación o diversificación de ciertas funciones empresariales hacia los trabajadores que, incluso, llegan a trascender países.

Las tecnologías de la información y la comunicación también son el conjunto de tecnologías desarrolladas para almacenar, gestionar, recuperar, recibir y enviar información de un sitio a otro, o procesarla para poder calcular resultados y elaborar informes, que comprenden las tradicionales tecnologías de la comunicación, que se integran por la televisión, la radio y la telefonía, y las tecnologías de la información, caracterizadas por la digitalización de los registros de contenidos (informática, de las comunicaciones, telemática y de interfaces).

Lo imperante rompe con el sistema clásico de relaciones laborales y da lugar a cambios trascendentales, estos cambios han dado paso a una descentralización del trabajo generando ahorro de tiempo y recursos, con implícitas transformaciones técnicas, económicas y sociales, dando lugar a la incertidumbre laboral de un conglomerado considerado vulnerable dentro de la propia clase trabajadora.

Lo que caracteriza a la sociedad actual en su desarrollo en lo referente a la información, es la modificación de las características y posibilidad de acceso a la misma en nuevos formatos y facilidad de expansión a través de tecnologías y procesos informáticos de telecomunicaciones y digitalización. Estas posibilidades son la esencia configuradora de la idiosincrasia del momento social, ya que las actividades de reproducción primaria y de transacción, de cualquier tipo, se realizan a partir de información, principalmente digital y procedente de Internet.³³

Sabedor debe estar el imaginario colectivo de que el uso y la aplicación de nuevas tecnologías tiene diversos efectos transversales en todos los ámbitos de nuestra sociedad, que del mismo modo estas facilidades en el acceso se han vuelto los principales obstáculos para establecer la adecuada conciliación entre los límites efectivos en la vida laboral y personal y familiar de la gente que trabaja.

Los procesos de flexibilización permanentes, el desarrollo de las nuevas tecnologías, el riesgo deshumanizante de las relaciones de trabajo, la diversidad en la oferta de la oportunidad de búsqueda de empleo,³⁴ así como di-

³³ Hernández-Serrano, M. J., *Estrategia de búsqueda de información para la generación de conocimiento*, Red de Universidad de Salamanca, 2009, pp. 24 y 25.

³⁴ Se puede entender que el empleo es al menos la búsqueda focalizada en el entorno llamado mercado de acceso a determinada actividad, es la posibilidad de acceder al trabajo for-

versas causas multifactoriales, la interrogante y la expectativa por las secuelas de la pandemia sanitaria del COVID-19, ¿hasta dónde llegará esta realidad imperante? Derivado del nuevo escenario para las relaciones laborales, donde a la sociedad global se le ofrece una nueva regularidad, la pandemia de la afectación de la salud laboral coexistirá con nuevas formas y procedimientos, donde los factores deseados es que equilibren este escenario, donde la regla sea extender, contraer, recortar, pero nunca romperse, ante el desarrollo de la misma sociedad productiva.

Lo que implica reflexionar sobre las ventajas de la digitalización en relación con el derecho de los trabajadores del descanso después de su jornada laboral, es decir, limitar el espectro legal o convencional, para evitar situaciones de exceso de sobrecarga laboral, durante los tiempos de vida privada, donde la desconexión laboral debe imperar, salvo contingencias o imprevistos de manera casual o fortuita. Siempre y cuando no se trate de trabajadores considerados en la modalidad de teletrabajo o con diversas acepciones propias de la naturaleza del trabajo que se presta. Al menos en México esto no está previsto frente al desbordado y avasallante avance de la tecnología y la digitalización social, por ello es imperante considerar el derecho relacionado con la conexión laboral y más aún por las vías digitales.

En el ámbito de los convenios de la OIT, tampoco se tienen previstas esas disposiciones respecto de la regulación del derecho para la conexión y/o desconexión digital, que se pueden dar a través del teléfono, el ordenador o cualquier otro dispositivo electrónico y digital fuera de la jornada ordinaria de trabajo.³⁵

Los principales cambios en las organizaciones derivados de la inseguridad económica, así como de la pobreza centrada en el empleo, se limita a tres

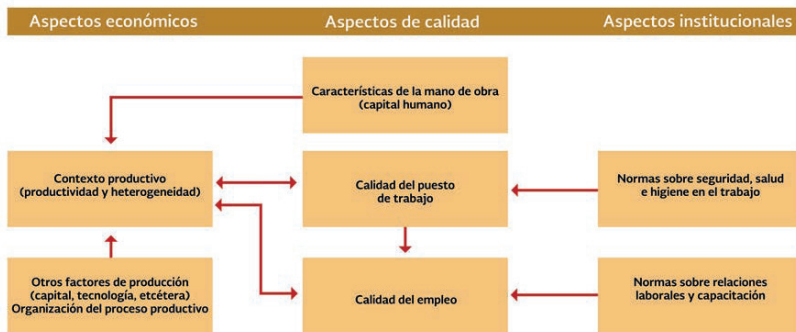
mal que garantice derechos, exija obligaciones y configure responsabilidades de la más amplia protección social.

³⁵ En el “Informe sobre el futuro del trabajo”, Rebeca Grynspan, secretaria general Iberoamericana en febrero de 2019 en Lima, Perú, presentó el informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo de la OIT, que integran 27 países, planteó que “El futuro del trabajo no depende de la tecnología, depende de nosotros”, haciendo alusión en un programa para generar empleo basado en la inversión de las capacidades de los individuos, en las instituciones laborales, en el trabajo decente y sostenible, donde a pesar del catastrofismo de que millones de oficios puedan ser sustituidos, por lo tanto se debe invertir en nuevos derechos, nuevos mercados, nuevas ideas y nuevas personas, con una visión próspera e inclusiva; el futuro del trabajo es una oportunidad no un coste, entendiendo que detrás de toda tecnología hay una mano humana, donde el tripartismo y el diálogo social siguen siendo la forma más eficaz de enfrentar estos cambios.

procesos: 1) la creciente desigualdad en las capacidades de producción de ganancias de diferentes sectores económicos y en las capacidades de obtención de ingresos de los distintos tipos de trabajadores; 2) las tendencias a una polarización incorporada en la organización de las industrias de servicio y en la precarización de la relación del empleo, y 3) la producción de una marginalidad urbana, particularmente como resultado de nuevos procesos estructurales de crecimiento económico.

Desde la perspectiva de la diversidad del empleo, donde la exclusión tiene predominio en el área urbana de las ciudades: 1) el predominio y la transformación de las finanzas, en especial a través de la sectorización, la globalización y el pleno desarrollo de nuevas telecomunicaciones y tecnología de sistemas informáticos; 2) la creciente intensidad de servicios en la organización de la economía, que generalmente ha elevado la demanda de servicios por parte de las empresas y hogares. Por ello la calidad del empleo refiere tres dimensiones: el aspecto económico, el de la calidad y el que abarca los aspectos institucionales.

TABLA 3. Factores determinantes de la calidad en el empleo



FUENTE: Elaboración propia con base en el estudio sobre inclusión laboral, avances y retos, STPS 2015.

Dentro de las cadenas de valor de la integración laboral y la cibersegmentación, se destacan tres nuevas condiciones:

1. La creciente digitalización y globalización de los sectores económicos líderes ha contribuido a la hipercontracción de recursos, infraestructura

- y funciones centrales, donde las ciudades son los sitios estratégicos en la red económica global.
2. La creciente importancia económica del espacio electrónico ha fomentado alianzas globales, concentraciones masivas de capital y de poder corporativo.
 3. Nuevas formas de segmentación en el espacio público y privado.

IV. DISRUPCIÓN POR TELETRABAJO

Sin lugar a dudas, la era de la información ha dado paso a la era del conocimiento y a su vez los desarrollos tecnológicos han producido cambios no sólo en el ámbito del trabajo sino también sobre las pautas que influyen en la forma de vivir de la sociedad productiva, afectada de manera integral por la calamidad sanitaria del COVID-19, de igual manera por la crisis brutal económica de la recesión mundial, el teletrabajo permite conservar los puestos de trabajo y hasta incrementarlos sin optar por la variante histórica del recorte de la mano de obra por despidos.

Lo que ha sucedido en nuestro país es que las reformas han recurrido al esquema de reducir el empleo, el salario y la protección social de sus trabajadores. Mediante la flexibilización de la legislación se ha logrado reducir el costo laboral, lo que no ha cambiado es el entorno del trabajo; aun reduciendo ese costo, los problemas en el mercado del trabajo se han agravado. Si la economía mexicana se encuentra estable en el discurso, pero en grave recesión, por la pérdida de miles de empleos en cifras y resultados, ¿por qué existe entre la población una sensación de malestar económico generalizado de no contar con ingresos suficientes o básicos? o, en el peor de los casos, ¿hacia dónde se está dirigiendo el bienestar que le corresponde a la población por el retroceso económico por mínimo que parezca o resulte?, lo anterior porque la pandemia del coronavirus provocó el cierre total y parcial de actividades productivas, la suspensión de empresas, establecimientos y la parálisis del trabajo .

La revolución tecnológica de la mano de la pandemia de salud que provocó el COVID-19, ha echado del mercado de trabajo a miles de humanos; que los gobiernos que no sepan encarar estos desafíos de la estructura social, seguramente originará revueltas sociales y políticas que ninguna ideología existente sabrá cómo manejar, todos los debates sobre tecnología e ideología pueden parecer abstractos y lejanos, pero la perspectiva del desempleo masivo o desempleo personal por la tecnología y la pandemia no dejará indiferente a nadie.

Los temores de que la automatización podría generar un desempleo masivo se remontan al siglo XIX, hoy por la pandemia del COVID-19 se visualiza una rápida materialización para ello, hay razones para pensar diferente y que la opción de un aprendizaje automático de lo digital conllevará adecuaciones y/o adaptaciones.

La intervención de la fuerza de trabajo es indispensable, puesto que no sólo se trata de un activo más de la empresa que se debe plasmar en una filosofía que valore los recursos humanos. Se debe tener en cuenta también que la motivación de las personas no solamente reside en el dinero, sino también en potenciar las capacidades intelectuales, ambientes de trabajo agradables, promociones dentro de la empresa. De la población económicamente activa entre la población ocupada y desocupada con datos hasta el año 2018 —sin duda el impacto del desempleo y la inserción al teletrabajo se reflejarán conforme a las proyecciones demográficas— la tabla 4 dará un matiz diferente de país durante la pandemia y las secuelas que arrastrará el mercado del empleo y del trabajo del año 2020 en adelante.

TABLA 4. Población según su condición de actividad (personas)

| Indicador | Primer trimestre | | | | |
|---|------------------|-------------|-------------|-------------------|-------------------|
| | 2017 | 2018 | Diferencias | Estructura % 2017 | Estructura % 2018 |
| Población total | 123'057,147 | 124'286,623 | 1'229,476 | | |
| Población de 15 años y más | 90'644,546 | 92'604,805 | 1'960,259 | 100.0 | 100.0 |
| Población Económicamente Activa (PEA) | 53'681,720 | 54,590,773 | 909,053 | 59.2 | 59.0 |
| Ocupada | 51'859,895 | 52'876,916 | 1'017,021 | 96.6 | 96.9 |
| Desocupada | 1'821,825 | 1'713,857 | (-) 107,968 | 3.4 | 3.1 |
| Población No Económicamente Activa (PNEA) | 36'962,826 | 38'014,032 | 1'051,206 | 40.8 | 41.0 |
| Disponibile | 5'738,293 | 5'784,558 | 46,265 | 15.5 | 15.2 |
| No disponible | 31'224,533 | 32'229,474 | 1'004,941 | 84.5 | 84.8 |

FUENTE: INEGI, México.³⁶ Los datos absolutos de las encuestas en hogares se ajustan siempre a proyecciones demográficas que son generadas por el Consejo Nacional de Población.

³⁶ Los datos están ajustados a las proyecciones demográficas del Consejo Nacional de Población, 2010-2050, publicadas el 16 de abril de 2018.

La utilización de tecnología moderna necesaria de implantar en América Latina, conlleva una cultura de productividad disruptiva en materia de prevención, adecuación en los esquemas de salud e higiene para el trabajo propios de los empresarios y también entre los trabajadores. Además de invertirse en la formación integral de los recursos humanos, debe mejorar la organización del teletrabajo dentro de las empresas.³⁷

Todo ello porque se pasa más tiempo en el centro de trabajo que en los propios hogares, en consecuencia, el adelantamiento económico debe ir acompañado también del progreso social para enfrentar los desafíos de la productividad y buscar que los derechos de los trabajadores reinsertados en la modalidad del teletrabajo, no se vean mermados con los cambios en la economía de afectación y estrategias de crecimiento.

Las actividades que pueden difícilmente evidenciar al teletrabajo como la forma más recurrente del cambio en las relaciones laborales se pueden clasificar con base en dos criterios: 1) por un lado, atendiendo a la naturaleza de la actividad realizada, y 2) por otro, atendiendo al grado de desarrollo de la actividad formal, lo que implica que las actividades informales y las empresas informales hacen imposible la identificación de dicho sector aun cuando se establecen obligaciones legales para cumplir.³⁸

Entre las desventajas que se le atribuyen al teletrabajo encontramos las siguientes:

- a) Precarización del empleo.
- b) No realización en ocasiones del trabajo en equipo.
- c) Aislamiento del teletrabajador.
- d) Falta de supervisión directa y presencial de la empresa.
- e) En ocasiones bajo nivel de compromiso empresarial.
- f) Violación de derechos laborales.
- g) Requerimiento de autodisciplina.
- h) Imposibilidad de ascensos en la organización.

³⁷ Tokman, Víctor, "Políticas de empleo en la nueva era económica", *Economía*, Lima, vol. XXIII, núm. 46, 2000, p. 25.

³⁸ En la Ley Federal del Trabajo de México, el artículo 318 anota: "Las condiciones del trabajo se harán constar por escrito. Cada una de las partes conservará un ejemplar y el otro será entregado a la inspección del trabajo. El escrito contendrá: Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, y domicilio del trabajador y del patrón; I. Local donde se ejecutará el trabajo... III. Naturaleza, calidad y cantidad del trabajo; IV. Monto del salario fecha y lugar de pago, y V. Las demás estipulaciones que convengan las partes".

- i) Reticencia a la capacitación por parte del trabajador.
- j) Peligros derivados de la confidencialidad de la información proporcionada.
- k) Problemas de salud por falta de mobiliario ergonómico, entre otras.
- l) Deficiente conectividad de Internet.

V. MARCO JURÍDICO EN MÉXICO

En México, derivado de la reforma laboral de 2012, se ha contemplado que en la actualidad no se trata de una nueva figura de trabajadores sino simplemente de una forma de organización del trabajo y, por lo tanto, la normatividad jurídica aplicable al trabajo a domicilio es, por consiguiente, la relativa al teletrabajo.³⁹

El artículo 311 es el que regula el trabajo a domicilio, el cual es el que habitualmente se presta en el domicilio de cualquiera o en un local libremente elegido, donde sin vigilancia, ni dirección ni subordinación directa o indirecta de quien proporciona el trabajo o alguna actividad a desempeñar. En la inocua y limitada reforma laboral llevada a cabo, se agregó a lo que se considera como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación, de donde se infiere que se trata de teletrabajo, aun cuando carece de una definición propia. Lo cual deja más interrogantes que certeza jurídica laboral para este tipo de trabajo ante la pandemia sanitaria del COVID-19, que se caracteriza como atípico, informal, inseguro e incómodo.

Las diversas modalidades de contratación hacen que el teletrabajo aparezca más bien como una versión moderna del antiguo esquema de trabajo a

³⁹ En México el trabajo legislativo de armonización y actualización de la legislación laboral, incurre en la procrastinación (posponer lo importante) para legislar en materia laboral, donde por ejemplo no se contempla actualmente el concepto de teletrabajo, teletrabajador, así como diversas características que conlleva esta modalidad de trabajo a distancia y basado en tecnologías de información, lo que existe de manera parcial es un dictamen aprobado por la comisión del trabajo del Cámara de Senadores del 11 de abril de 2019, que no ha sido aprobada por el Pleno de la misma cámara legislativa, en el referido dictamen establece la inserción del capítulo XII bis en la Ley Federal del Trabajo vigente, que contempla la adición de los artículos 330 A al 330 E, donde se destaca la conceptualización del teletrabajo y otros aspectos descriptivos irrelevantes jurídicamente; sin embargo, no se consideran las circunstancias que la pandemia del COVID-19 refiere en el tema de salud y seguridad para el trabajo por las condiciones sanitarias.

domicilio, y coincide con éste en que la labor se realiza fuera del espacio físico de la empresa, generalmente en un espacio remoto como Internet y en general con apoyo de sistemas de cómputo/informática, para estar “conectados” y relacionados con la empresa. En estos casos, la manera como se presta el trabajo impide la aplicación de la normatividad laboral en atención a que se aleja de los conceptos que la misma plantea.⁴⁰

Si la adecuación de la normativa laboral precisa objetividad y puntualidades, resulta sin duda indispensable precisar que se garantiza el derecho al trabajo, con promoción y respeto de los propios derechos humanos laborales y de seguridad social, por ello lo que ya de suyo garantiza se deben describir con precisión meridiana en qué consiste el teletrabajo que implique la tele-relación laboral que implica telederechos, teleobligaciones y teleresponsabilidades propias e inherentes con telecontrato; que incluya las condiciones de trabajo como la telejornada, teledescansos, telesalario, telecapacitación, teleaguinaldo, telederechos y la forma que garantice sin duda la resolución de sus propios teleconflictos que derivan en teledemandas, telejuicios, telerecursos y teleamparos. Que de igual manera crea telejuntas de conciliación y arbitraje, telecentros de conciliación y registro laboral, teletribunales,⁴¹ que emitirán teleresoluciones, teleacuerdos, teleconvenios, telelaudos, telesentencias.⁴²

Con lo cual todo se transforma en un telegobierno que no ve más allá de su propio interés de gobernar sin ser un Estado pleno, que garantice la sobrevivencia de millones de trabajadores precarizados, donde la telepandemia sanitaria le obliga adecuar todo el bloque normativo respecto de las relaciones laborales, que hoy en la pandemia del COVID-19 resulta de extrema urgencia

⁴⁰ Reynoso Castillo, Carlos, *Los contratos de trabajo*, México, UAM Azcapotzalco, 2011, p. 69.

⁴¹ En México se encuentra aprobada la reforma constitucional de 2017 que desaparece las juntas de conciliación y arbitraje para la resolución de los conflictos laborales, que hoy dependen del Poder Ejecutivo, se crean para sustituirlos centros de conciliación como etapa prejudicial, de igual manera se crean los tribunales laborales que dependerán del Poder Judicial sea en la competencia federal o en la jurisdicción de las 32 entidades federativas, de igual manera está creado un centro federal para registro de sindicatos y contratos colectivos, la reforma citada se encuentra en implementación programada al mes de octubre del año en curso [2020], pero por la pandemia del COVID-19 aún se encuentran cerrados los existentes para el desahogo de los juicios ya vigentes y los nuevos acumulados que se atenderán por miles derivado del cierre de empresas.

⁴² En diversas juntas de conciliación y arbitraje de las 32 entidades federativas, debido a la exponencial saturación por la suspensión, modificación y terminación de trabajo, se establecen por videollamadas, por correo electrónico o aplicación digital, conciliaciones laborales para resolver juicios en trámite, hacer convenios de condiciones de trabajo, se agendan, se resuelven y en fecha posterior se ratificarán por escrito en las propias juntas de conciliación.

social generalmente para todos aquellos que no cuentan con protección jurídica laboral ni con los beneficios que de ella derivan, por estar enfermos y desempleados como consecuencia del cierre total y parcial de centros de trabajo, no contando además con la seguridad social básica e indispensable, para lo cual por la propia reforma que se necesita, se incluya que habrá que reconocer que la telesubcontratación misma, no se hará con trabajadores bajo el esquema de teleoutsourcing.

Lo grave es que ni siquiera hoy es posible tener focalizados los centros de trabajo para una inspección laboral, función propia de una gestión gubernamental que lejos de tener presencia y eficacia en los centros de trabajo de todo el país, ha sido rebasada, por lo que se ha vuelto inoperante y limitada.⁴³ En la sociedad actual, en la que el crecimiento tecnológico está dirigido a la eficiencia económica y al ahorro de tiempo, distancias, recursos y esfuerzo, han surgido nuevas formas de trabajo determinadas por el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

Los principales retos del derecho laboral globalizado sea el de adaptar y actualizar no sólo la semántica jurídica, sino también los principios rectores integradores como la contratación colectiva internacional, la migración laboral controlada, los cambios en la administración del trabajo, las nuevas formas de contratación laboral y la flexibilización de los derechos laborales entre otros.⁴⁴

VI. CONCLUSIONES

Primera: la incursión de México —o la inclusión en la ley laboral— en el teletrabajo como trabajo formal es todavía es incipiente, limitada e incompleta aun cuando exista sólo considerar al teletrabajo como trabajo a domicilio; el estudio, cualquier análisis se dificulta toda vez que no existen

⁴³ Incluso se reconoce que existe un vacío de información y armonización, el departamento de condiciones de trabajo e igualdad de la OIT, se encuentra desde 2015 en colaboración con Eurofound realizando estudio en 10 países miembros de la Unión Europea, en la que destaca la utilización de nuevas tecnologías para el trabajo efectuado fuera de los locales del empleador y sus repercusiones en el tiempo de trabajo, la conciliación entre la vida laboral, la vida privada, el rendimiento en el trabajo y la salud, así como el bienestar de los trabajadores, donde debido a las variaciones que impliquen resultados verificables provocadas por el tamaño del muestreo, la ubicación, el sector laboral, así como el nivel de análisis con enfoque teórico y metodología que sea fiable.

⁴⁴ Kurczyn Villalobos, Patricia *et al.*, *Derecho laboral globalizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 5.

estadísticas, datos, inspección y hasta una sobrada irresponsabilidad gubernamental y social ya que sin duda algunas empresas, instituciones y patrones han incursionado en dicho rubro de manera desatinada, o apresurada por el entorno mismo por la pandemia sanitaria del COVID-19.

Segunda: tradicionalmente se desarrolló la idea de que las relaciones laborales en México en general se desempeñan de forma personal, el hecho de que los trabajadores tengan la oportunidad de trabajar lejos de los centros de trabajo, utilizando la red de redes, origina un vacío legislativo que norme esa forma novedosa de trabajo digital, el problema que subsiste en concreto es que la ausencia de normas jurídicas aplicables lleva a la arbitrariedad y deja a estos nuevos trabajadores del teletrabajo a tener perjuicios en su economía ya que deja al patrón un margen de discrecionalidad que es utilizado a su beneficio y perjudica al teletrabajador y en consecuencia casi a la sociedad misma.

VII. FUENTES

1. *Bibliográficas*

- ALEXANDER, J. C., “Sociología cultura, lo sagrado y lo profano en el discurso tecnológico”, *Revista Mexicana de Sociología*, 1991.
- BASALLA, G., *La evolución de la tecnología*, Barcelona, RBA, 1999.
- CASTELL, M., *La era de la información, economía, sociedad, cultura*, Madrid, Alianza, 1999.
- CASTELL, M., “Internet, libertad, y sociedad. Una perspectiva analítica”, *Polis*, 2003, disponible en <http://redalib.org/articulo.oa/>
- DÍAZ, Viviana Laura, *Teletrabajo y neurotecnología. Una guía imprescindible para gestionar el trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Granica, 2018.
- GARZA ROSA, Susana, *Aprender cómo aprender*, México, Trillas, 1998.
- GARZÓN, R. y GÓMEZ, N., *Alfabetización laboral*, México, Plaza y Valdés, 2018.
- HERNÁNDEZ-SERRANO, M. J., *Estrategia de búsqueda de información para la generación de conocimiento*, Red de Universidad de Salamanca, 2009.
- HERRSCHER, E., *Negocios, sociedad, trabajo y valores*, Buenos Aires, 2013.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia *et al.*, *Derecho laboral globalizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- LÓPEZ-LÓPEZ, Pedro *et al.*, *Inclusión digital: un nuevo derecho humano*, Madrid, Educación y Biblioteca, 2009.
- LESSA KERSTENETZY, Celia, *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- LOZANO CHAIREZ, Miguel, *Sombreros blancos, tres hackers programan un mundo mejor*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2017.
- MESSENGER, J. C. y GSCHWIND, L., “Telework and the Effects on Working”, *Time Life*, Ginebra, OIT, 2015.
- NICKLIN, J. M., *Telecommuting: ¿What? Whit? When? and How*, Singapur, Springer Science Media, 2016.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.
- SUÁREZ BARRIOS, Astrid Sofía, *Debates*, UNAD, vol. 7, enero-diciembre de 2016.
- SPITZER, Manfred, *Demencia digital*, México, Penguin Random House, 2018.
- REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Los contratos de trabajo*, México, UAM Azcapotzalco, 2011.
- RUBBINI, Nora Inés y MANCUSO, G., *¿El teletrabajo necesita de una nueva metáfora?*, VI Jornadas de Sociología de la UNLP, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2010.
- TOKMAN, Víctor, “Políticas de empleo en la nueva era económica”, *Economía*, vol. XXIII, núm. 46, Lima, 2000.
- YUVAL, Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI*, México, Debate, 2018.

2. Electrónicas

- TESAURO OIT, <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILOthesaurus/spanish/>.
- <http://www.conectas.org/revista-sur/conectasfundacaocarloschagasdivulgamseleccionados-para-o-programa-de--incentivo-a-producao-academica-em-direitoshumanos?pg.=2>.
- <https://www.citrix.com/esmx/glossary/whatdigitalworkspace.html#:~:text=Un%20espacio%20de%20trabajo%20digital>.
- <http://www.conectas.org/revistasur/conectafundacaocarloschagasdivulgamseleccionados-para-o-programa-de--incentivo-a-producao-academica-em-direitoshumanos?pg.=2>.

PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES Y SUS REFORMAS: CHILE, ESPAÑA E ISRAEL*

SOCIAL PARTICIPATION IN PENSION SYSTEMS AND THEIRS
REFORMS: CHILE, SPAIN AND ISRAEL

LA PARTICIPATION DANS LES SYSTEMES DE RETRAITES
ET LES REFORMES: CHILI, ESPAGNE ET ISRAËL

Lilach LURIE**

Eusebi COLAS-NEILA***

Pablo ARELLANO ORTIZ****

RESUMEN: Los países de la OCDE comparten una creciente preocupación tanto por la idoneidad de sus sistemas de pensiones como por su capacidad para proporcionar pensiones decentes a los beneficiarios tras su jubilación. La participación de los futuros beneficiarios en la gestión de los fondos, así como en el proceso de reforma, puede servir para mitigar esas preocupaciones, al tiempo que da legitimidad a los sistemas en cuestión. En el presente estudio se analizan las formas de participación en los sistemas de pensiones y las reformas en Chile, España e Israel. Encontramos que existe la participación en diferentes formas y contextos en los tres países. No obstante, en los tres países es necesario aumentar la participación de los futuros beneficiarios en la gestión de los fondos, así como en las reformas de las pensiones.

Palabras clave: pensión, sindicatos, seguridad social, España, Chile, Israel.

* Recibido el 15 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.

** Lecturer at Tel Aviv University, Department of Labor Studies, The Gershon H. Gordon Faculty of Social Sciences, Israel. Faculty member at the Herczeg Institute on Aging at Tel-Aviv University Visiting Fellow at Cornell University, Department of Labor Relations, Law and History, the ILR School, NY, US. lilachlurie@taunex.tau.ac.il.

*** Temporary Associate Professor and member of the Research Group in Labor and Social Security Law (greDTiSS), at Univ. Pompeu Fabra (Barcelona). eusebi.colas@upf.edu.

**** Labor Law Specialist, Labor Law and Reform Unit, Governance and Tripartism Department, International Labor Office (ILO) Researcher, School of Law, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. arellano@ilo.org.



ABSTRACT: OECD countries share a growing concern regarding both the adequacy of their pension systems and their ability to provide decent pensions to beneficiaries upon retirement. The participation of future beneficiaries in the management of the funds, as well as in the process of reform, may serve to mitigate these concerns, while also providing legitimacy to the systems in question. The current comparative study examines forms of participation in pension systems and reforms in Chile, Spain, and Israel. We find that participation in different forms and contexts is extant in all three countries. Nonetheless, in all three countries, there is a need for increased participation of future beneficiaries in the management of funds, as well as in pension reforms.

Keywords: Pension, Unions, Social Security, Spain, Chile, Israel.

RÉSUMÉ: La pertinence des systèmes de pensions et leur capacité à rémunérer convenablement les bénéficiaires une fois qu'ils ont fait valoir leur droit à la retraite sont des thèmes qui préoccupent de plus en plus les pays de l'OCDE. La participation des futurs pensionnés dans la gestion des fonds, tout comme dans le processus de la réforme, peut être un moyen d'atténuer ces inquiétudes tout en légitimant les systèmes en question. Cette étude analyse les formes de participation dans les systèmes de pensions et dans les réformes au Chili, en Espagne et en Israël et démontre que ladite participation existe bel et bien sous diverses formes et qu'elle s'inscrit dans des contextes propres aux trois pays. Mais il est tout de même nécessaire d'accroître le concours des futurs bénéficiaires en ce qui concerne la gestion des fonds comme dans les réformes des retraites dans ces trois pays.

Mots-clés: pensión, sindicatos, sécurité sociale, Espagne, Chili, Israël.

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Pension Participation*. III. *Three Pension Systems: Spain, Israel, and Chile*. IV. *Three Forms of Pension Participation: Spain, Israel, and Chile*. V. *Comparative Cross Analysis and Conclusions*. VI. *References*.

I. INTRODUCTION

Over the past few decades, European countries have passed major pension reforms. These reforms have included changes in retirement age, changes in contributions to the funds, changes in the sum of benefits, and changes in the combination of the first pillar of pension systems (non-contributory pensions) and the second pillar (contributory pensions).¹ These reforms have dramatically affected the lives of workers and pensioners across all European countries.

These frequent changes in pension schemes have brought about an increased desire for workers and pensioners to regain control of both their lives and their income upon retirement. The participation of workers and pensioners in both the management of pension systems and the process of pension reforms has the potential to meet these desires, leading to more democratic regulations regarding old-age pension protections. Participation will enable regulators to both know and take into account the needs and desires of the savers. Participation may also provide greater social acceptance of certain controversial reforms because of the legitimacy it offers.²

Nonetheless, while participation has many advantages, the question of how best to achieve this is less clear. One main traditional form of participation in both pension reforms and the management of the overall system has been through the involvement of union representatives. However, in light of changes in union density, as well as the privatisation of pension systems, unions' ability to do so is now questionable. Against this background, iden-

¹ OECD, *Pensions at a Glance 2019*, OECD and G20 Indicators, 2019; Bonoli, Giuliano, "Two Worlds of Pension Reform in Western Europe?", *Comparative Politics*, 35 (4), 2003, pp. 399-416.

² Tortuero Plaza, J. L. *et al.*, *La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo*, Premios FIPROS – Fondo para el Fomento de la Investigación de la Protección Social, 2010, available in: http://www.seg-social.es/nps/wcm/connect/nss/2e1fajfe5-00af-4b05-9f05-5e7c15ef5267/PF09_34.pdf?MOD=AJPERES&CVID=.

tifying the best forms of participation today has become an increasingly important issue.

Participation is also considered by the ILO. According to article 72.1 of the ILO Convention 102 on Social Security (Minimum Standards), the protected persons shall participate in the management or have a consultative capacity when the administration is not developed by an institution regulated by public authorities; national laws may also consider the participation of employers' representatives. Despite this, some experiences of pension privatization have demonstrated that participation has not improved but has disappeared.³

This article will study the participation of workers and pensioners in both pension reforms and the management of the pension systems in Spain, Chile, and Israel. We chose to compare Spain, Israel, and Chile because they share similarities, but also differences. Chile is an example of a liberal market economy, while Spain has a coordinated market economy. Israel, meanwhile, was once a coordinated market economy, but is now moving towards a liberal market economy.⁴ In all three countries, life expectancy has risen sharply.⁵ Nonetheless, because of differences in their respective fertility rates, the old-age dependency ratio differs substantially across the three countries (31.7% in Spain, 22.7% in Israel, and 19.4% in Chile).⁶ In all three countries, union density is relatively low and continues to decline (14% in Spain, 27% in Israel, and 16.5% in Chile).⁷ Nonetheless, the coverage offered by the collective bargaining agreements in their respective industrial relations systems differs substantially (77% coverage in Spain, 50% in Israel, and 20% in Chile).⁸ Moreover, as will be detailed below, the pension systems in the three countries also differ substantially.

³ Ortiz, Isabel *et al.*, *Reversing Pension Privatizations. Rebuilding Public Pension Systems in Eastern Europe and Latin America*, Geneva, International Labour Office, 2018.

⁴ Hall, Peter and Soskice, David, *Varieties of Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁵ OECD, *Life Expectancy at Birth*, 2019, available in: <https://data.oecd.org/healthstat/life-expectancy-at-birth.htm>.

⁶ OECD, *Pensions at Glance – Old Age Dependency Ratio*, 2019, available in: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/data/oecd-pensions-statistics/pensions-at-a-glance-2011_data-00625-en?parentId=http%3A%2F%2Finstance.metastore.ingenta.com%2Fcontent%2Fcollection%2Fpension-data-en.

⁷ Dirección del Trabajo, “Compendio Estadístico 2016”, Organizaciones Sindicales, Unidad de Análisis Estadístico, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 2016; OECD, *Trade Unions*, 2019, available in: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD>; Central Bureau of Statistics Data Israel 2016.

⁸ OECD, *Trade Unions*, *supra*; Central Bureau of Statistics Data Israel 2012.

The article proceeds as follows. Part I will discuss the current literature regarding pension participation in terms of management and reforms. Part II describes the pension systems in Spain, Israel, and Chile, while Part III discusses the forms of pension participation in these three countries. Following these national presentations, Part IV compares them in order to analyse possible trends and features that can be used as policy examples.

II. PENSION PARTICIPATION

As noted above, the frequent changes in pension schemes highlight the need for insurers to participate in the reform process, as well as in the management of the funds themselves. Pension participation may take several forms.

One main traditional form of participation in pension reforms and the management of pension systems is through union representatives.⁹ Several scholars have pointed out both the benefits and limitations of unions' involvement in pension system management and reforms.¹⁰ In terms of benefits, unions express the collective voice of the employees in a workplace.¹¹ Bovenberg and Medijdam have previously shown that a union's involvement in pension reforms assists insurers by securing low management fees and high pension coverage.¹² Wiß, meanwhile, claimed that liberal market econo-

⁹ Ebbinghaus, Bernhard, "The Role of Trade Unions in European Pension Reforms: From «Old» to «New» Politics?", *European Journal of Industrial Relations*, 17(4), 2011, pp. 315-331.

¹⁰ Grødem, Anne Skevik, and Jon M. Hippe, "Networking, lobbying and bargaining for pensions: trade union power in the Norwegian pension reform", *Journal of Public Policy*, 39(3), 2019, pp. 465-481; Keune, Maarten, "Opportunity or threat? How trade union power and preferences shape occupational pensions", *Social Policy & Administration*, 52(2), 2018, pp. 463-476; Webber, David, *The Rise of the Working-Class Shareholder: Labor's Last Best Weapon*, Massachusetts, Harvard University Press, 2018; Verma, Anil, and Johanna Weststar, "Token presence or substantive participation? A study of labor trustees on pension boards", *Journal of Labor Research*, 32(1), 2011, pp. 39-60; Beland, Daniel, "Does Labor Matter? Institutions, Labor Unions and Pension Reforms in France and the United States", *Journal of Public Policy*, 21(2), 2001, pp. 153-172.

¹¹ Freeman, Richard B. & James L. Medoff, *What Do Unions Do?*, Basic Books, 1984; Hirschman, Albert O. (1970), *Exit, Voice, and Loyalty*, Harvard University Press, 1970.

¹² Bovenberg, Lans A. & Lex Medijdam, "The Dutch Pension System", in Axel H. Börsch-SupanMeinhard Miegel (eds.), *Pension Reform in Six Countries*, Springer, 2001, pp. 39-67.

mies with weak trade union influence are highly vulnerable to financial market crises.¹³

Nonetheless, the involvement of unions in pension reforms also has several limitations or drawbacks. The participation of unions in the reform process may slow its development, and, in several cases, may even curtail the reform completely. This curtailment effect is especially possible in political systems in which unions have veto power, as well as in cases where pension policies are developed based on a shared policymaking process involving the government and the social partners.¹⁴ Moreover, several scholars claim that unions tend to reflect the preferences of the median worker at the expense of marginalized workers' interests.¹⁵ In several countries, unions have agreed to two-tier collective agreements, which differentiate between groups of workers and provide better pension rights to senior workers.¹⁶

Moreover, following World Bank recommendations, many countries – Chile and Israel among them – have transformed their pension systems into systems with a relatively large second pillar based on mandatory contributions to privately managed funds. These contributory systems, which include privately managed funds, pose new challenges for unions' involvement in both pension reforms and the management of funds.¹⁷

Unions' involvement in pension reforms also faces the challenge of the decline in union density witnessed across most OECD countries, including Chile, Israel, and Spain.¹⁸ In tandem with the decline in union density, many countries face a decentralisation trend in their industrial relations systems.¹⁹

¹³ Wiß, Tobias, "Pension fund Vulnerability to the Financial Market Crisis: The Role of Trade Unions", *European Journal of Industrial Relations* 21(2), 2015, pp. 131-147.

¹⁴ Ebbinghaus, Bernhard, *supra*, p. 319.

¹⁵ Kaufman, Bruce E., "Models of Union Wage Determination: What Have We Learned Since Dunlop and Ross?", *Industrial Relations*, 41, 2002, pp. 110-158; Supiot, Alain, "The Transformation of Work and the Future of Labor Law in Europe: A Multidisciplinary Perspective", *International Labour Review*, 138, 1999, pp. 31-46.

¹⁶ Alon-Shenker, Pnina and Lilach Lurie, "Do Trade Unions Promote Age Diversity and Intergenerational Solidarity in the Workplace? A View from Canada and Israel", *Labor Law Journal*, 70(2), 2019, pp. 3-118.

¹⁷ Keune, Maarten, *supra*.

¹⁸ Dirección del Trabajo, *supra*; OECD, *Trade Unions*, *supra*; Central Bureau of Statistics Data Israel 2016.

¹⁹ Rodríguez, Carlos *et al.*, "Austerity and Collective Bargaining in Spain: The Political and Dysfunctional Nature of Neoliberal Deregulation", *European Journal of Industrial Relations*, 22(3), 2016, pp. 267-280.

This sharp decline in union density, as well as the decentralisation trend, requires policymakers and academics to think of new ways of ensuring insurers' representation in pension systems and reforms. Regulators might think of broadening the range of actors that take part in the reform process to include representatives of several unions, as well as involving NGO representatives. Regulators may also develop new forms of individual representation; for example, through public hearings. This article explores the ways in which Spain, Israel, and Chile are currently dealing with these challenges.

III. THREE PENSION SYSTEMS: SPAIN, ISRAEL, AND CHILE

According to Bonoli, pension systems can be divided into two main groups: social insurance systems and multi-pillar pension systems.²⁰ As will be discussed below, while Spain's pension system is a social insurance system, Chile's and Israel's systems are multi-pillar pension systems.

1. *Spain's Pension System*

Spain's pension system belongs to the social insurance group of countries. This group also includes Italy and Germany, with whom Spain shares both certain similarities and important differences.²¹ Its pension system is comprised of two different public levels of protection: a compulsory social insurance level (on the basis of earnings-related benefits) and a basic social security floor level (including means-tested benefits).

²⁰ Bonoli, Giuliano, *supra*. The ILO multi-pillar model has been recently revised, comprising four different levels of protection: a "0 Pillar" or the Pension floor, recognising an universal pension (old-age social protection floor); the 1st Pillar includes a mandatory social insurance; the 2nd Pillar is related to mandatory/voluntary complementary schemes; and the 3rd Pillar comprises voluntary personal savings. It is based on the following 8 principles: universality; social solidarity and collective financing; adequacy and predictability of benefits; overall and primary responsibility of the State; non-discrimination, gender equality and responsiveness to special needs; financial, fiscal and economic sustainability; transparent and sound financial management and administration; and the last one, having a special importance regarding the issue of this paper, involvement of social partners and consultation with other stakeholders. See ILO, "The ILO Multi-Pillar pension model: Building equitable and sustainable pension systems", *Social Protection for All Issue Brief*, International Labour Office, Social Protection Department, Geneva, 2018, available in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_645751.pdf.

²¹ Bonoli, Giuliano, *supra*.

The contributory scheme is financed by worker and employer contributions through a pay-as-you-go (PAYG) mechanism. Defined benefits are recognised for workers and their relatives, such as retirement, invalidity, and survivor pensions (widower and orphan pensions).

The pension is not conditioned on alternative sources of income, but on the individual's contribution record. Thus, the final pension amount depends on the average amount of contributions over a certain period of time, as well as the applicable rate, depending on various circumstances (such as the number of months for which contributions have been paid, in the case of the retirement pension). The result of this calculation is then determined. In 2020, the maximum amount permitted was €2,683.34 per month (€37,566.76 per year). Minimum annual amounts are also recognised, depending on the kind of pension and individual's household situation (with dependent or non-dependent spouse, or single-person household)²²; the pension is supplemented through complements to the minimum, awarded on a means-tested basis, to achieve these minimum amounts.²³ It is important to note that the controversial unilateral reform that took place in 2013 introduced a sustainability factor linking the initial amount of the pension to life expectancy at 67. This has been viewed as a de facto change to a defined contribution system regarding its future consequences.²⁴

The non-contributory scheme is financed by general revenues from the state tax system. It includes a retirement and invalidity pension for individuals with an insufficient contribution record, using a means-tested base fixed at €5,538.40 per year in 2020, which is also the maximum amount recognised. The pension amount is the differential between the beneficiary's income and the maximum amount. As a result of this two-level system, where each level

²² All the amounts (maximums and minimums) are available at: http://www.seg-social.es/nps/portal/nss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30434?1dmy&urile=ncm%3a%2FPOIN_Contentidos_en%2FInternet%2F4986%2F30430%2F.

²³ Available in: http://www.seg-social.es/nps/portal/nss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30434?1dmy&urile=ncm%3a%2FPOIN_Contentidos_en%2FInternet%2F4986%2F30430%2F30458%2F.

²⁴ Díaz-Giménez, Javier, "Las pensiones europeas y sus reformas recientes", Documento de Trabajo 7, Instituto BBVA de Pensiones, 2014, available in: <https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20131003/posts/2015-7-las-pensiones-europeas-y-sus-reformas-recientes-esp.pdf>; Monereo Pérez, José Luis & Fernández Bernat, Juan Antonio, "El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?", *Revista de Derecho Social*, No. 62, 2013, pp. 209-238. However, it should be noted that the entry into force has been postponed to a date no later than 1 January 2023.

is based on a different logic, certain people may fall out of their scope of protection: for example, those whose contribution records do not allow them to achieve a contributory pension despite having low incomes, because their income is below the minimum legally established as the basic floor.

In contrast to Israel and Chile, which will be described below, supplementary occupational pensions are not mandatory in Spain. Despite their promotion by the state through savings for individuals in the form of personal income tax, their importance is almost negligible.²⁵ Two sets of data exist that exemplify this assertion: on the one hand, in 2017, only 20% of the Spanish population had an account within an occupational or individual pension plan. On the other hand, in the same year, the average equity in individual pension plans represented 65% of retirement public pensions for an entire year.

2. *Israel's Pension System*

Israel has a multi-pillar pension system, which consists of three pillars: a first universal public pillar, a second occupational pension pillar, and a third pillar of private savings.²⁶ In terms of the first pillar, all residents of Israel are entitled to a basic old-age benefit (unrelated to their work status) from the National Insurance Institute once they reach the retirement age (62 for women and 67 for men).²⁷ In addition to old-age benefits, the Israeli National Insurance Institute also provides Israel's residents with several insurance programmes, including survivors' insurance and disability insurance. Employers' contributions, employees' contributions, and income tax are financing old-age benefits (as well as other benefits).

The first pillar in Israel is universal and not subject to means testing. The purpose of the first pillar in Israel is to provide Israel's elderly population with a minimum standard of living.²⁸ All Israeli residents are entitled to the same amount of old-age benefits. The sum of benefits —equivalent to ap-

²⁵ Available in: <http://www.observatorioinverco.com/casi-20-los-espanoles-plan-pensiones/>.

²⁶ Lurie, Lilach, "Pension Privatization – Benefits and Costs", *Industrial Law Journal*, 47(3), 2018, pp. 399-430; Lurie, Lilach, "Pension Privatization in Israel", in Amir Paz-Fuchs, Ronen Mandelkern, Itzhak Galnoor (eds.), *The Privatization of Israel: The Withdrawal of State Responsibility*, New York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 101-121.

²⁷ Retirement Age Law 2004, arts. 3-4; The National Insurance Law (consolidated version) 1995, art. 245.

²⁸ Nonetheless, whether the first pillar indeed provides a minimum standard of living remains a contested issue. HCJ 578/02 Rachel Manor v. Minister of Treasury (2004).

proximately €345 per month— is not related to contributions and is lower than that of OECD countries.²⁹ The following increments are added to the basic old-age benefit: seniority increment, pension deferral increment, and increment for dependents.³⁰ Residents without income (or with a very low income) are entitled to receive an income supplement to the old-age pension, based on means testing. The sum of both the basic old-age benefit and the supplement is about €817 per month.³¹ Since the mid-1990s, housewives have been entitled to old-age benefits without having to contribute to the system.³²

The second pillar, consisting of an occupational pension, plays an important role in providing income security for Israeli retirees. The purpose of the second pillar in Israel is to provide retirees with income after retirement: that is, as close as possible to the income they had before they retired (adequate replacement rate). In the past, Israeli workers could join old pension arrangements, which were defined benefit funds. These arrangements have been closed to new workers, who can only join defined contribution funds.

Since 2008, the second pillar of occupational pensions in Israel has been mandatory.³³ Each employer and each employee in Israel must contribute 18.5% of the employee's salary (6% employee contribution, 12.5% employer contribution) to a privately managed, defined contribution pension fund. As of 2012, 85% of Israeli employees were insured in a pension fund.³⁴ Every Israeli employee has the right to both choose his/her pension fund and move from one pension fund to another. Insurance companies and investment houses manage funds and invest employees' savings in the capital market. When an employee retires from work, his/her insurance company converts his/her pension savings into annuities (according to life expectancy tables). In the Israeli second pillar, an insured employee cannot know until the day of his/her retirement the sum of her pension, which depends on the sum of his/her savings, capital market gains, management fees (which insurance companies deduct from their savers), and the life expectancy tables (updated to the

²⁹ National Insurance Institute of Israel Website, available in: <https://www.btl.gov.il/English/20Homepage/Pages/default.aspx>; OECD, *Reviews of Labour Market and Social Policies in Israel*, Paris, OECD Publishing, 2010, p. 188.

³⁰ National Insurance Institute of Israel Website, *supra*.

³¹ *Idem*.

³² Gal, John, *Social Security in Israel*, Jerusalem, Magnes, 2014 (Hebrew).

³³ Gavius, Ilanit *et al.*, "Pension Reform in Israel under Mandatory Pension Law", *Pensions: An International Journal*, 14(1), 2009, pp. 4-13.

³⁴ Central Bureau of Statistics Data Israel 2012.

day of retirement). The design of the Israeli second pillar—based on private pension funds—was influenced in many ways by the Chilean pension system.

3. *Chile's Pension System*

The Chilean pension system is widely known for its private contributory component regarding pension funds. However, since the 2008 reform, it also has a non-contributory component administered by the state.³⁵ Since its origins in the 1980s, this pension system has excluded beneficiaries and unions from participating in determining its structure. This is part of the anti-representation policy established during the dictatorship in Chile.³⁶

While it features different mechanisms (non-contributory, mandatory contribution, and voluntary contribution), the Chilean pension system is based on an overall logic: the ability to save individually.³⁷ This ability determines which mechanism is applicable to a particular case, such that a person without any ability to save will receive a solidarity pension, a person with weak or medium ability will receive the solidarity-based top-up benefit, and those who have a significant ability to save will make voluntary contributions and enjoy their benefits. The Chilean pension system has two main components: one based on contributions and the other tax-funded.

On the one hand, since the '80s, the structural reform of Chile's private pension regime has been studied and used as an example of policies.³⁸ Chilean individual savings accounts were created based on the idea that a worker must be able to move funds from one entity to another at any time.³⁹ The affiliate can also choose in which type of fund he or she wants to deposit their savings. To prevent fraud, ensure free competition between AFPs, and safe-

³⁵ Arellano Ortiz, Pablo, "Las AFPs no son un producto de exportación verdaderamente chileno", *Revista Laboral Chilena*, 162, 2007, pp. 73-80; *id.*, "The Private Pension System. Critic Study Base on the Chilean Case", *Bulletin of Comparative Labour Relations 65 Global Labour Market: From Globalisation to Flexicurity*, ed. R. Blainpan and M. Tiraboschi, Kluwer, 2008; *id.*, "Universalisme et individualisme dans le régime des retraites, l'exemple du Chili", *Logiques Juridiques*, L'Harmattan, Paris, 2012.

³⁶ Ghilarducci, Teresa, and Ledesma Liébana, Patricia, "Unions' role in Argentine and Chilean pension reform", *World Development*, 28(4), 2000, pp. 753-762.

³⁷ Arellano Ortiz, Pablo, 2012, *supra*.

³⁸ Mesa-Lago, Carmelo, "Les réformes de la sécurité sociale en Amérique latine: observations sur le rapport de 2005 de la Banque Mondiale", *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 58(2-3), 2005, pp. 115-140.

³⁹ Article 32 D.L. 3.500.

guard the rights of future pensioners, D.L. 3500 requires AFPs to maintain a separation between their fund assets and those of their affiliates.⁴⁰ The affiliates must contribute 10% of their monthly income to the mandatory saving.

On the other hand, the solidarity pension scheme was introduced by the reformed, consolidated, harmonised, and improved regime of assistive pensions, as well as the regime of minimum guaranteed pensions, which existed before the full enforceability of Law 20.255. These mechanisms were heavily dependent on the government budget, conditioned on resources, had a large deficit in coverage, and were only designed to grant conditional benefits, not rights. The new non-contributory mechanism provides two types of benefits under a legal rights-based approach: the basic solidarity pension (for those who do not have any contributory capacity at all) and the solidarity-based top-up benefit (for those people with a very limited contributory capacity).⁴¹

There is also the possibility of voluntary savings through individual or collective mechanisms.⁴² Nevertheless, in terms of the overall status of the Chilean pension system, the impact of these savings is very low. This is because a large majority of the Chilean population does not have the economic capacity to save more than the mandatory legal obligation.

IV. THREE FORMS OF PENSION PARTICIPATION: SPAIN, ISRAEL, AND CHILE

Duchheim and Weber have classified pension reforms in Europe regarding the participation of the social partners into four broad groups: unilateral reforms, reforms with a previous unsuccessful consultation period with the social partners, countries with a traditional strong social dialogue in which the social partners had a decisive role in reforms, and reforms based on a previous agreement with trade unions that succeeded in having some of their demands met: for example, by accepting an increase in the statutory age.⁴³ As per Duchheim and Weber's classification, Spain belongs to the last

⁴⁰ Articles 23bis paragraph 4, and 33 D.L. 3.500.

⁴¹ For more details about these two non-contributory mechanisms, see Arellano Ortiz, Pablo, *Lecciones de seguridad social*, 2nd ed., Santiago, Librotecnia, 2017.

⁴² For more details about these two mechanisms, see *idem*.

⁴³ Duchemin, Claire and Weber, Tina, Social partners' involvement in pension reform in the EU, European Observatory of Working Life – Eurofound, 2013, available in: https://www.eurofound.europa.eu/ef/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2013/691/en/1/EF13691EN.pdf.

group, while Chile belongs to the first group. Israel has moved in recent years from the third group to the second group.

1. *Pension Participation in Spain*

As described above, using Ducheim and Weber's classification, Spain belongs to the last group of reforms, which are based on a previous agreement. Indeed, the main feature of pension reforms in Spain has been the achievement of a relatively high level of political and social consensus. The instrument that has allowed this is known as the Toledo Pact (*Pacto de Toledo*).

Nevertheless, if we broaden the temporal scope to consider the entire democratic era in Spain, there have also been examples of unilateral reform. In effect, there have been at least six major reforms of the Spanish pension system since the Constitution was enacted in 1978, alternating between imposed and consensual changes. The unilateral reforms that took place in 1985 and 2013⁴⁴ share some common features: their imposition by a government with absolute majority support in the Parliament, the context of a major economic crisis and pressure from international organisations to introduce changes in pension regulations, and strong social contestation after these unilateral legal measures.⁴⁵

However, there was a long period between these two unilateral reforms, and in this length of time, a complex political and socioeconomic participatory mechanism was developed: the so-called Toledo Pact. In fact, even though the conservative Government failed to comply with this mechanism in 2013, it is still being used today to discuss new recommendations for fu-

⁴⁴ The Socialist Government passed Act 26/1985, of 31 July, on urgent measures to rationalise the structure and protective action of Social Security. Nearly 30 years later, after a long period of agreed reforms, the Popular Party Government passed Act 23/2013, of 23 December, regulating the sustainability factor and revaluation index of Social Security pensions. One of the most salient and regressive outcomes of the last unilateral reform is a reduction in future pension amounts, which will be 35% lower by 2050. See: Zubiri, Ignacio, "Las pensiones en España: situación y alternativas de reforma", *Papeles de Economía Española*, 147, 2016, pp. 167-187.

⁴⁵ The Socialist Government reform of 1985, and the subsequent legal changes in employment regulations, led to the call for four general strikes in the period 1985-1994. The Popular Party Government reform of 2013 was not as strongly contested in the street as the previous employment and labour reform of 2012, although it did generate a grassroots movement of activist pensioners called "Marea Pensionista", which was locally organised and coordinated at a regional and national level and demanded progressive reforms.

ture reform.⁴⁶ Strictly speaking, it is a permanent parliamentary commission in which all the political groups in the Spanish Parliament participate, where pension reform proposals are discussed and, as a result, declarative principles and recommendations are passed by majority vote. Its creation arose from the political will to divorce such a sensitive question for Spanish society from electoral purposes, thereby aiming to achieve as broad a consensus as possible. An interesting point to underline in terms of its operation is the development of public hearings on different subjects involving lawyers, economists, sociologists, trade unions, and other associations. Nonetheless, it indeed represents a tenuous form of participation whose impact is hardly measurable, since, ultimately, it is parliamentary groups that agree on and pass a set of recommendations.

Broadly speaking, the Toledo Pact is a ‘consensual method of reforms’⁴⁷ that also implies social actors. After declarative principles and recommendations are passed within this parliamentary commission, a second approval is required through a plenary session of the Parliament.⁴⁸ This is the starting point for a second stage, in which the government plays a decisive role by opening a bargaining process with the most representative national trade unions and employers’ associations. The resulting social agreement forms the basis of a final stage, in which the government promotes a bill in the Parliament based on the specific contents agreed with the social actors.⁴⁹

⁴⁶ A new set of recommendations was about to be approved by the commission in early 2019. However, the dissolution of parliament by the call for elections impeded it.

⁴⁷ Tortuero Plaza, J. L. *et al.*, *supra*.

⁴⁸ The set of all recommendations passed until now within the Toledo Pact are: 1) Separation and clarification of funding sources; 2) Maintenance of purchasing power and improvement of pensions; 3) Reserve fund; 4) Financing, simplification, and integration of special regimes; 5) Adaptation of contribution bases and periods; 6) Incentives to employment; 7) Modernisation and information to the citizen; 8) System management; 9) Mutual Societies for Occupational Accidents and Professional Illnesses; 10) Fight against fraud; 11) Contributivity; 12) Retirement age; 13) Widow and orphan benefits; 14) Tax treatment of pensions; 15) Solidarity and guarantee of sufficiency; 16) Complementary systems; 17) Women and social protection; 18) Disability; 19) Immigration; 20) Parliamentary control and budgetary treatment of Social Security resources; 21) Monitoring, evaluation and reform of the Toledo Pact. For an in-depth analysis of the contents of the Toledo Pact, see Panizo Robles, José Antonio, “Dos décadas de reformas de la seguridad social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 336, 2011, pp. 5-122.

⁴⁹ The original 15 recommendations of the Toledo Pact (1995) led to two social agreements, each with a subsequent Parliamentary Act: an agreement on the consolidation and rationalisation of the Social Security system, of 9 October, 1996, and subsequent Act 24/1997,

All of these reforms share two common features: on the one hand, the gradual deterioration of traditionally generous pension requirements and amounts achieved in the early 1980s, which converges with legal changes that have been taking place in Western Europe;⁵⁰ and on the other hand, the euphemistic use of language by the legislator, with expressions such as “rationalisation”, “consolidation”, “adaptation”, or “modernisation” to describe actually regressive reforms.

One of the most important strengths of this process is the greater social acceptance of certain controversial reforms due to the legitimacy it offers.⁵¹ Proof of this can be found in the fact that the same measure (an increase in the calculation period for retirement) caused a general strike in the 1985 unilateral reform, but was not controversial in the agreed reform of 1997.

This participatory mechanism of pension reform also contains several weaknesses. First, trade union involvement does not ensure the best results in terms of maximising the effectiveness of social rights. The initial articulation of the Toledo Pact and implementation of its recommendations had a financial rather than a social goal; therefore, the protection delivered by the system has decreased because of the prioritisation of economic aims. In this sense, González Ortega has criticised the introduction of the separation of funding sources (contributory benefits are only funded by contributions made by workers and employers) because of possible future consequences regarding the cyclical problems of economic sustainability that a PAYG system presents.⁵²

of 15 July, on the consolidation and rationalisation of the Social Security system; and an agreement on the improvement and development of the social protection system, of 9 April, 2001, and subsequent Act 35/2002, of 12 July, establishing measures for a gradual, flexible retirement system. The amendment of the Toledo Pact in 2003 added five new recommendations, and this was followed by an agreement on Social Security measures, of 2 June, 2006, and Act 40/2007, of 4 December, on measures within the field of Social Security. After the final documents were passed by the commission, the follow-up to the Toledo Pact (2003-2008) and report of the Toledo Pact (2011), almost in parallel with the social and economic agreement for growth, employment, and pension guarantees, was passed in 2 February, 2011, and a few months later Act 27/2011, of 1 August, on the adaptation and modernisation of the Social Security system.

⁵⁰ Bonoli, Giuliano, *supra*.

⁵¹ Tortuero Plaza, J. L. *et al.*, *supra*.

⁵² González Ortega, Santiago, “La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, No. 12, 1998, pp. 35-53.

Second, both the mechanism's existence and its maintenance depend on political will. There is no legal basis for its enforceability, as shown by the latest unilateral reforms in 2013. The will of the social actors is also important for enhancing social legitimacy and consensus. The first two social agreements were not signed by all the social partners: the first was not signed by employers' associations, while the second was not signed by one of the two most representative national trade unions.

Third, this process takes into account the specific role that the Spanish Constitution assigns to trade unions and employers' organisations in the Preamble in Section 7⁵³ as essential actors of the 'social and democratic State, subject to the rule of law', as recognized in Section 1.1, with political parties mentioned in Section 6.⁵⁴ These are the main mechanisms of individual participation in the political and socioeconomic arenas. It must be noted, however, that union density has traditionally been low in Spain, where union activities are upheld by law. The recognition of a trade union as the most representative allows it to bargain *erga omnes*, or to be the institutional representative of all workers in a specific area (national or autonomous community). Consequently, in the Toledo Pact process, the positions of other trade unions are not considered as the most representative at a national level. This was the case with the general strike called by some important trade unions in certain autonomous communities against the pension reform of 2011, which was agreed by the two most representative trade unions.

2. Pension Participation in Israel

Using Ducheim and Weber's classification of participation in pension reforms, in 2003, Israel moved from a group of countries with a traditional social dialogue, in which the social partners had a deceive role in reforms, through a group of countries where reforms are passed after a previous

⁵³ Section 7: "«Trade unions and employers» associations contribute to the defence and promotion of the economic and social interests which they represent. Their creation and the exercise of their activities shall be free insofar as they respect the Constitution and the law. Their internal structure and their functioning must be democratic".

⁵⁴ Section 6: "Political parties are the expression of political pluralism; they contribute to the formation and expression of the will of the people and are an essential instrument for political participation. Their creation and the exercise of their activities are free insofar as they respect the Constitution and the law. Their internal structure and their functioning must be democratic".

unsuccessful consultation period with the social partners, and towards the group of countries to introduce unilateral reforms.

Israel's social partners —employers' associations and trade unions— have a formal participation role in the management of Israel's first pillar of non-contributory pensions as members of the National Insurance Institute Council.⁵⁵ Nonetheless, this is not the case regarding the second pillar of mandatory occupational pensions. As mentioned above, since 2008, the second pillar in Israel is mandatory and plays an important role in insurers' savings.

Israel's social partners do not participate in any way in the management of the country's second pillar. Until 2003, The *Histadrut*, Israel's major union, owned and managed most Israeli pension funds. Union representatives, who sat on pension fund boards, represented the savers' interests. All union pension funds were non-profit funds, and the *Histadrut* invested pension contributions mainly in conservative investments. It also acted as a pension consultant, deciding in which pension fund each employee would be insured.

Until the mid-1990s, the *Histadrut* was a very powerful union and was highly involved in both pension policy and pension reforms. During the 1980s, eighty percent of Israeli workers were unionised, most of them in the *Histadrut*. Besides its ownership of pension funds, until 1995, the *Histadrut* also owned healthcare services (*Kupat Holim Clalit*).⁵⁶

Bovenberg and Medijdam have previously shown that a union's involvement in pension reforms assists insurers by securing low management fees and high pension coverage.⁵⁷ The *Histadrut's* pension funds indeed provided generous defined benefit pensions to their insurers. The *Histadrut's* pension funds also collected low management fees from the insured, compared to

⁵⁵ The highest authority of the Israeli National Insurance Institute – which manages old-age benefits, as well as other benefits – is its Council (Israeli National Insurance Law [consolidated version] 1995, Article 8). The Council has nineteen members: four union representatives, three employers' representatives, a representative of the self-employed, five experts, two representatives of NGOs, and four government representatives (National Insurance Regulations [the Institute Council] 1958). The council monitors the National Insurance Institute and provides advice to the Minister (Article 12). In addition to the council, a subcommittee for old-age benefits includes union representatives, government representatives, NGOs' representatives, and experts. See: National Insurance Institute of Israel Website, *supra*.

⁵⁶ Haberfeld, Yitchak, "Why do Workers Join Unions? The case of Israel", *ILR Review*, 48(4), 1995, pp. 656-670; Mundlak, Guy, *Fading Corporatism: Israel's Labor Law and Industrial Relations in Transition*, Ithaca, Cornell University Press, 2007.

⁵⁷ Bovenberg, Lans A. & Lex Medijdam, *supra*.

the management fees that are collected today.⁵⁸ Nonetheless, pension funds suffered from heavy actuarial deficits.

In the years 2002-2004 —by which time union density had already dropped and the *Histadrut* had lost much of its power— the state nationalised all pension funds (both defined benefit and defined contribution funds), taking them out of the *Histadrut's* grasp. Since 2004, the state has continued to manage DB funds (which in 1995 were closed to the entry of new members because of an actuary deficit). On the other hand, the state privatised all of the DC funds and sold them to private insurance companies. Since the reform, new employees can only join DC funds, which are managed by private insurance companies. Unions have no voice in the new system.

The 2002-2004 reform was also the first pension reform without union involvement; in fact, it included a severe reduction of union members' rights. While the government consulted with the unions, and even signed collective agreements with them regarding previous reforms, the 2002-2004 reform did not include union consultation or any other form of members' participation. The *Histadrut* did try to object to the reform, such as through demonstrations and by submitting a petition to court, but was ultimately unable to truly influence it.

To understand this change, it is first important to recognise the sharp decline in union power over the years. In the last twenty years, union density has dropped dramatically in Israel.⁵⁹ After losing its control over healthcare in 1995, the *Histadrut* also lost much of its power, including the power to influence pension reforms. Currently, only 27% of the workers in Israel are unionised.⁶⁰

Since 2004, members have been unable to participate in the system through their union representatives. However, in 2005, legislators provided members with a new individual right to participate in deciding on their pension savings track. According to the Provident Fund Law of 2005, 'An employee... has the right to choose any pension fund...'. Moreover, an employee also has both the right to choose his/her own investment track and the right to bargain over the management fees they pay to the fund. Lastly, individuals also

⁵⁸ Lurie, Lilach, "Pension Privatization in Israel", *supra*.

⁵⁹ Cohen, Yinon *et al.*, "Unpacking Union density: Membership and Coverage in the Transformation of the Israeli IR System", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 42(4), 2003, pp. 692-711. Cohen, Yinon *et al.*, "The State of Organized Labor in Israel", *Journal of Labor Research*, 28(2), 2007, pp. 255-273.

⁶⁰ Central Bureau of Statistics Data Israel 2016.

have the right to comment on pension reforms. The Ministry of Treasury publishes drafts of pension reforms on its website, and every individual has the right to leave comments on the draft.

However, new data show that, in fact, individuals do not participate in the design of their pension in any meaningful way. In a Central Bureau of Statistics survey from 2012, most individuals (81%) reported that they had not moved from one pension fund to another,⁶¹ while most individuals (61.7%) reported that they did not know the amount of management fees they were paying to the funds.⁶² The right to comment on pension reforms is exercised mainly by pension funds, and not by individuals. While employees in Israel have lost their collective voice in the pension system, they have also failed to gain an individual voice instead.

3. *Pension Participation in Chile*

In 2008, when the scope of coverage was extended through a non-contributory mechanism, an attempt was also made to raise participation levels through the creation of a series of advisory councils.⁶³ These councils provide advice when the state acts, and not all of them feature participation by, or representation of, workers and unions. Furthermore, in this reform, Chilean legislation incorporated the possibility of pension funds being established at the company level for the first time. However, this measure has had very little success. In general, in this reform, the incorporation of participation in pension fund administrators was expressly excluded.

The Chilean pension fund model has raised many questions concerning the ILO's international social security standards. The Chilean approach to covering the country's population against old-age risk has hit a wall in the shape of the classic social security principles set by ILO standards. With regard to pensions, Chile ratified the Old-Age Insurance (Industry, *etc.*) Con-

⁶¹ Central Bureau of Statistics Data Israel 2012.

⁶² *Idem.*

⁶³ Arellano Ortiz, Pablo, 2012, *supra*.

vention, 1933 (No. 35), in 1935.⁶⁴ In March 2000, the ILO's governing body⁶⁵ made the following recommendations concerning the Chilean situation: (i) that the pension system established in 1980 by Law Decree No. 3.500, as amended, should be administered by non-profit organizations; (ii) that representatives of the insured participate in the administration of the system under conditions determined by national law and practice; and (iii) that employers contribute to the financing of the insurance system. These recommendations are still valid for Chile after the reform in 2008, since the pension fund mechanism has not been reformed,⁶⁶ and these recommendations were repeated in the CEACR reports of 2010⁶⁷ and 2011.

The 2008 reform has added three commissions: the Users' Committee, the Technical Board of Investments, and the Pension Advisory Board.⁶⁸ Even today, however, 10 years after this reform, affiliates, beneficiaries, and users are represented on only one of the three collegiate committees in the system: the Users' Committee. Furthermore, even this participation is very limited, having limited influence on the administration of funds.

Another way to analyse participation in the pension system is by assessing union involvement in these matters. A union representative serves on the Users' Committee, but the impact of this organ is very limited. With regard to general participation through union membership, the union density rate in Chile is currently very low, comprising only 16.5% of the workforce,⁶⁹ including private sector unions and public associations of civil servants. If we consider only private sector unions, the rate drops to approximately 8%. This

⁶⁴ This convention is now considered shelved and no longer open to ratification. Chile is one of ten countries that ratified it. Obviously, the Chilean pension model does not meet these standards, since they are too old. However, this argument should be rejected, since the principles contained in Convention no. 35 are included in all the standards concerning pension protection.

⁶⁵ Governing Body, 277th Session, March 2000 (GB.277/17/5, March 2000).

⁶⁶ These arguments are developed in Arellano Ortiz, Pablo & Cifuentes Lillo, Hugo, "Legislación chilena de pensión e indicaciones de la Comisión de Expertos de la OIT", *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(1), 2010, pp. 123-130.

⁶⁷ See: CEACR: Individual Observation concerning Old-Age Insurance (Industry, etc.) Convention, 1933 (No. 35) Chile (ratification: 1935) Published: 2009 document Ilolex number 062009CHL035.

⁶⁸ For more information regarding the composition of these committees, see: Arellano Ortiz, Pablo 2017, *supra*.

⁶⁹ Dirección del Trabajo, *supra*.

rate has been stable for at least the last 25 years, showing one of the effects of the dictatorship period on the union movement.

Considering this very low union affiliation in Chile, it is perhaps not very surprising that from 2015 onwards, a very strong movement of opposition to the pension funds began in Chile, with several demonstrations taking place in the country's major cities. This led the second Bachelet government to rethink the pension reform. In this process, the incorporation of the insured into pension funds was considered. This was reflected in a bill that was put before the Chilean Congress in 2017, although this legislation ultimately failed to gain approval. President Piñera has also announced a pension reform, the content of which remains unknown.

When we look at the processes experienced in Chile in recent years, a significant lack of participation is evident. This even goes against the indications of the ILO in 2000. Over the past few years, grassroots pressure has been growing in the streets of Chile, but this popular movement has not yet attained the expected outcome.

V. COMPARATIVE CROSS ANALYSIS AND CONCLUSIONS

In Spain, Israel, and Chile, there is growing concern regarding both the adequacy of the pension system and its ability to provide decent pensions to beneficiaries upon their retirement. Participation of future beneficiaries in the management of funds, as well as in the process of reform, may serve to decrease these concerns and provide legitimacy to the systems.⁷⁰

We found that participation in different forms and contexts is present in all three countries. In this sense, all three countries provide examples of ways in which insurers may gain a voice in the administration of their pension systems, and other countries may fruitfully adopt these practices. In Spain, the Toledo Pact is an example of a “consensual method of reform” in the pension system, which includes the participation of the social partners in the

⁷⁰ Despite the importance of participation established in the ILO framework, different experiences of privatization in Central and Eastern Europe and Latin America have shown a low level of participation in reforms, leading to problems of legitimacy, eliminating participation in managing new private systems. See ILO, “Social Protection for Older Persons: Policy Trends and Statistics 2017-19”, *Social Protection Policy Paper*, No. 17, International Labour Office, Social Protection Department, Geneva, 2018, p. 35, available in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_protect/--soc_sec/documents/publication/wcms_645692.pdf.

process of reform, thereby providing legitimacy to the process. Another important practice in Spain is the development of public hearings for different subjects. These hearings involve lawyers, economists, sociologists, trade unions, and other associations. In Spain, meanwhile, public hearings have been used in reforms regarding the first pillar, and other countries could also utilise this approach regarding second-pillar reforms. Moreover, public hearings may also be an alternative form of participation in countries in which union density has dropped dramatically.

In Israel, participation is mostly confined to the first pillar of the pension system, taking the form of union representation in the National Insurance Institute Council. In the second pillar, participation occurs mostly at the individual level, consisting of savers making decisions regarding their individual pensions and providing comments on proposed reforms. This individual form of participation might serve as an alternative to participation through union representation.

In Chile, since 2008, beneficiaries and unions have been represented by the Users' Committee. Chile is a particularly interesting example regarding participation in pension management and reforms, largely due to the fact that Chile passed unilateral pension reform at a very early stage compared to Spain and Israel. The Chilean form of participation serves as an example that could be adopted by countries with a multi-pillar pension system. Moreover, in the absence of strong unions in Chile, workers and pensioners manage to push towards pension reforms through demonstrations – a grassroots form of participation.

As noted above, we found that participation in different forms and contexts is extant in all three countries. Nonetheless, while each country has participation policies, which could be adopted by other countries, a one-size-fits-all solution is very hard to imagine when it comes to old-age protection. Every country has a unique pension and industrial relations system. In Spain, the Toledo Pact must be understood in the context of both an industrial relations system that provides a certain level of power to unions and a 'social insurance' pension system⁷¹ in which the first pillar plays a very important role and is managed by the state. In Israel, the participation of the social partners in the management of the first pillar was established in 1957, at a time when Israel was a coordinated market economy. In Chile, the relatively new

⁷¹ Bonoli, Giuliano, *supra*.

form of participation through representation on the Users' Committee was introduced as part of the 2008 reform.

Moreover, the existing forms of participation in all three countries face major challenges. First, union density is currently in decline in all three countries. The decline in union density poses challenges regarding the continuity of unions' involvement in pension reforms in Spain (through the Toledo Act), in Israel's first pillar (through the National Insurance Institute Council), and in Chile (through the User's Committee). Second, the decentralisation trends of the industrial relations systems in Israel and Spain presents a challenge to their social partners, making it necessary to include representatives of more unions within the participatory process. Third, the examples of Chile and Israel emphasise the problems manifested in multi-pillar pension systems with a large pillar consisting of privately managed occupational pension funds. Lastly, as the examples of Spain and Israel show, alternative forms of individual participation do not achieve the robust participatory level achieved by employee unions. In other words, these alternative forms of participation do not truly replace the strong voice achieved by union representation.

VI. REFERENCES

- ALON-SHENKER, Pnina and LURIE, Lilach, "Do Trade Unions promote Age Diversity and Intergenerational Solidarity in the Workplace? A View from Canada and Israel", *Labor Law Journal*, 70(2), 2019.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Lecciones de seguridad social*, 2nd ed., Santiago, Librotecna, 2017.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo, "Universalisme et individualisme dans le régime des retraites, l'exemple du Chili", *Logiques juridiques*, L'Harmattan, Paris, 2012.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo & Cifuentes Lillo, Hugo, "Legislación chilena de pensión e indicaciones de la Comisión de Expertos de la OIT", *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(1), 2010.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo, "The Private Pension System. Critic Study Base on the Chilean Case", *Bulletin of Comparative Labour Relations 65 Global Labour Market: From Globalisation to Flexicurity*, ed. R. Blainpan and M. Tiraboschi, Kluwer, 2008.

- ARELLANO ORTIZ, Pablo, “Las AFPs no son un producto de exportación verdaderamente chileno”, *Revista Laboral Chilena*, 162, 2007.
- BELAND, Daniel, “Does Labor Matter? Institutions, Labor Unions and Pension Reforms in France and the United States”, *Journal of Public Policy*, 21(2), 2001
- BONOLI, Giuliano, “Two Worlds of Pension Reform in Western Europe”, *Comparative Politics*, 35 (4), 2003.
- BOVENBERG, Lans A. & Lex Medijdam, “The Dutch Pension System”, in Axel H. Börsch-SupanMeinhard Miegel (eds.), *Pension Reform in Six Countries*. Springer, 2001.
- CENTRAL Bureau of Statistics Data Israel 2012.
- CENTRAL Bureau of Statistics Data Israel 2016.
- COHEN, Yinon *et al.*, “The State of Organized Labor in Israel”, *Journal of Labor Research*, 28(2), 2007.
- COHEN, Yinon *et al.*, “Unpacking Union density: Membership and Coverage in the Transformation of the Israeli IR System”, *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 42(4), 2003.
- DÍAZ-GIMÉNEZ, Javier, “Las pensiones europeas y sus reformas recientes”, Documento de Trabajo 7, Instituto BBVA de Pensiones, 2014, available in: <https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20131003/posts/2015-7-las-pensiones-europeas-y-sus-reformas-recientes-esp.pdf>.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, “Compendio Estadístico 2016”, Organizaciones Sindicales, Unidad de Análisis Estadístico, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 2016.
- DUCHEMIN, Claire and Weber, Tina, *Social partners' involvement in pension reform in the EU*, European Observatory of Working Life – Eurofound, 2013, available in: https://www.eurofound.europa.eu/ef/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2013/691/en/1/EF13691EN.pdf.
- EBBINGHAUS, Bernhard, “The role of trade unions in European pension reforms: From «old» to «new» politics?”, *European Journal of Industrial Relations*, 17(4), 2011.
- GAL, John, *Social Security in Israel*, Jerusalem, Magnes, 2014 (Hebrew).
- GAVIOUS, Ilanit *et al.*, “Pension Reform in Israel under Mandatory Pension Law”, *Pensions: An International Journal*, 14(1), 2009.
- GHILARDUCCI, Teresa, and LEDESMA LIÉBANA, Patricia, “Unions’ role in Argentine and Chilean pension reform”, *World Development*, 28(4), 2000.

- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, No. 12, 1998.
- GRØDEM, Anne Skevik, and Jon M. Hippe, “Networking, Lobbying and Bargaining for Pensions: Trade Union Power in the Norwegian Pension Reform”, *Journal of Public Policy*, 39(3), 2019.
- HABERFELD, Yitchak, “Why do Workers Join Unions? The Case of Israel”, *ILR Review*, 48(4), 1995.
- HALL, Peter and SOSKICE, David, *Varieties of Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- HIRSCHMAN, Albert O., *Exit, Voice, and Loyalty*, Harvard University Press, 1970.
- ILO, “Social Protection for Older Persons: Policy Trends and Statistics 2017-19”, *Social Protection Policy Paper*, No. 17, International Labour Office, Social Protection Department, Geneva, 2018, available in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_645692.pdf.
- ILO, “The ILO Multi-Pillar pension model: Building equitable and sustainable pension systems”, Social Protection for All Issue Brief, International Labour Office, Social Protection Department, Geneva, 2018, available in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_645751.pdf
- LURIE, Lilach, “Pension Privatisation – Benefits and Costs”, *Industrial Law Journal*, 47(3), 2018.
- LURIE, Lilach, “Pension Privatization in Israel”, in Amir Paz-Fuchs, Ronen Mandelkern, Itzhak Galnoor eds., *The Privatization of Israel: The Withdrawal of State Responsibility*, New York, Palgrave Macmillan, 2018.
- KAUFMAN, Bruce E, “Models of Union Wage Determination: What Have We Learned Since Dunlop and Ross?”, *Industrial Relations*, 41, 2002.
- KEUNE, Maarten, “Opportunity or Threat? How Trade Union Power and Preferences Shape Occupational Pensions”, *Social Policy & Administration*, 52(2), 2018.
- FREEMAN, Richard B. & Medoff, James L., *What Do Unions Do?* Basic Books, 1984.

- MESA-LAGO, Carmelo, “Les réformes de la sécurité sociale en Amérique latine: observations sur le rapport de 2005 de la Banque Mondiale”, *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 58(2-3), 2005.
- MONEREO PÉREZ, José Luis & FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, No. 62, 2013.
- MUNDLAK, Guy, *Fading Corporatism: Israel's Labor Law and Industrial Relations in Transition*, Ithaca, Cornell University Press, 2007.
- OECD, *Reviews of Labour Market and Social Policies in Israel*, Paris, OECD Publishing, 2010.
- OECD, *Life Expectancy at Birth*, 2019, available in: <https://data.oecd.org/health-stat/life-expectancy-at-birth.htm>.
- OECD, *Trade Unions*, 2019, available in: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD>.
- OECD, *Collective Bargaining Coverage*, available in: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CBC>.
- OECD, *Pensions at Glance – Old Age Dependency Ratio*, 2019, available in: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/data/oecd-pensions-statistics/pensions-at-a-glance-2011_data-00625-en?parentId=http%3A%2F%2Finstance.metastore.ingenta.com%2Fcontent%2Fcollection%2Fpension-data-en.
- OECD, *Pensions at a Glance 2019*, OECD and G20 Indicators, 2019.
- ORTIZ, Isabel *et al.*, *Reversing Pension Privatizations. Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*, Geneva, International Labour Office, 2018.
- PANIZO ROBLES, José Antonio, “Dos décadas de reformas de la seguridad social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 336, 2011.
- RODRIGUEZ, Carlos *et al.*, “Austerity and Collective Bargaining in Spain: The Political and Dysfunctional Nature of Neoliberal Deregulation”, *European Journal of Industrial Relations*, 22(3), 2016.
- SUPIOT, Alain, “The Transformation of Work and the Future of Labor Law in Europe: A Multidisciplinary Perspective”, *International Labour Review*, 138, 1999.
- TORTUERO PLAZA, J. L. *et al.*, “La reforma de la jubilación: Políticas de pensiones y políticas de empleo”, Premios FIPROS – Fondo para el Fomento de la Inves-

tigación de la Protección Social, 2010, available in: http://www.seg-social.es/nps/wcm/connect/nps/2e1faf5e-00af-4b05-9f05-5e7c15ef5267/PF09_34.pdf?MOD=AJPERES&CVID=.

- VERMA, Anil, and WESTSTAR, Johanna, “Token Presence or Substantive Participation? A Study of Labor Trustees on Pension Boards”, *Journal of Labor Research*, 32(1), 2011.
- WEBBER, David, *The Rise of the Working-Class Shareholder: Labor’s Last Best Weapon*, Massachusetts, Harvard University Press, 2018.
- WISS, Tobias, “Pension fund Vulnerability to the Financial Market Crisis: The Role of Trade Unions”, *European Journal of Industrial Relations* 21(2), 2015.
- ZUBIRI, Ignacio, “Las pensiones en España: situación y alternativas de reforma”, *Papeles de Economía Española*, 147, 2016.

COMENTARIOS



COMENTARIO SOBRE LEGISLACIÓN LABORAL ARGENTINA GENERAL, DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 329 DEL AÑO 2020, SOBRE EMERGENCIA LABORAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)*

COMMENT ON GENERAL ARGENTINE LABORAL LEGISLATION,
DECREE OF NECESSITY AND URGENCY 329 OF THE YEAR 2020,
ON LABOR EMERGENCY IN TIMES OF PANDEMIC (COVID-19)

COMMENTAIRE SUR LA LÉGISLATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL
ARGENTINE, DÉCRET DE NÉCESSITÉ ET D'URGENCE
DU TRAVAIL EN PÉRIODE DE PANDÉMIE (COVID-19)

Carlos Manuel PENA**

RESUMEN: La idea central de este trabajo es reflexionar sobre los alcances del Decreto de Necesidad y Urgencia con rango de ley, su aplicación, metodología y constitucionalidad. Para ello en primer lugar ubicaremos al Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) en la pirámide kelseniana, sus efectos y límites, posteriormente veremos su contenido y las razones de su dictado con relación a la realidad epidemiológica que puso a la Argentina y el mundo entero el COVID-19. Por último, analizaremos la viabilidad y eficacia del contenido del DNU 329 dictado por el Poder Ejecutivo de la nación argentina.

Palabras clave: emergencia laboral, Decreto de Necesidad y Urgencia, Argentina, constitucionalidad, COVID-19, pandemia.

* Recibido el 5 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2020.

** Abogado, egresado de la Universidad Católica Santiago del Estero, especializado en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, secretario técnico de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santiago del Estero, abogado de la Secretaría de Ciencia y Técnica (área vinculación con el Conicet) de la Universidad Nacional de Santiago del Estero.



ABSTRACT: The central idea of this work is to reflect on the scope of a Decree of Necessity and Urgency with the rank of law, its application, methodology and constitutionality. For this, we will first locate the Decree of Necessity and Urgency (DNU) in the kelsenian pyramid, its effects and limits, later delving into its content and the reasons for its dictation in relation to the epidemiological reality that put Argentina and the whole world because of the COVID-19. Finally, we will analyze the viability and effectiveness of the content of Decree of Need and Urgency 329 issued by the Executive Power of the Argentine Nation.

Keywords: Labor Emergency, Decree Necessity and Urgency, Argentina, Constitutionality, COVID-19, Pandemic.

RÉSUMÉ: L'idée centrale de ce travail est de réfléchir à la portée d'un décret de nécessité et d'urgence avec le rang de loi, son application, sa méthodologie et sa constitutionnalité. Pour cela, nous allons d'abord localiser le Décret de Nécessité et d'Urgence (DNU) dans la pyramide de kelsenian, ses effets et limites, approfondissant plus tard son contenu et les raisons de sa dictée par rapport à la réalité épidémiologique qui a mis l'Argentine et le monde entier à cause du COVID-19. Enfin, nous analyserons la viabilité et l'efficacité du contenu du Décret de Besoin et D'Urgence 329 publié par le pouvoir exécutif de la nation argentine.

Mots clés: urgence du travail, nécessité et urgence du décret, Argentine, constitutionnalité, COVID-19, pandémie.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reseña histórica de los decretos de Necesidad y Urgencia en la República Argentina.* III. *Objetivos, eficacia jurídica y validez constitucional del Decreto 329.* IV. *La constitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 329.* V. *Comparación entre el DNU 329/2020 con la Ley 25.561.* VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de introducirnos en el tema es preciso ubicar conceptualmente qué es un decreto de necesidad y urgencia en el marco jurídico de la legislación argentina para comprender por qué hablamos de comentario legislativo, cuando en realidad se trata de un decreto del Poder Ejecutivo nacional.

Entonces, ¿qué es un decreto de necesidad y urgencia? Es el que emite el presidente de la nación cuando concurren circunstancias particulares que obstruyen seguir el procedimiento de sanción de las leyes establecido en la Constitución Nacional; su artículo 99 expresa que:

El presidente de la nación tiene las siguientes atribuciones: Inciso 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros... el presidente a través del jefe de gabinete de ministros tendrá un plazo de 10 días para someter a consideración el Decreto, por parte de la Comisión Bicameral creada a tales efectos a partir de la Ley Nacional 26.112, esta Ley tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: *a)* de necesidad y urgencia; *b)* por delegación legislativa; *c)* de promulgación parcial de leyes.

Este acto administrativo tiene el mismo alcance de una ley del Congreso, a pesar de no ser emitido originariamente por éste, si respondemos a un análisis kelseniano se ubican en cuanto al alcance y efectos en el mismo rango que la ley, recordemos que la pirámide kelseniana representa gráficamente la idea de sistema jurídico escalonado. De acuerdo con Kelsen, “el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía”.

En ese contexto podemos avanzar en el sentido que los comentarios versarán sobre un decreto nacional con rango de ley en el marco jurídico dado por la Constitución de la nación argentina.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 329, dictado el 31 de marzo de 2020, tuvo como razón jurídica que por la Ley núm. 27.541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. La crisis económica en que se encontra-

ba el país se vio agravada por el brote del nuevo coronavirus, que diera lugar a la declaración de pandemia por COVID-19, por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Que, en dicho contexto, se dictó el Decreto núm. 260/20 por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada Ley, por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto, con el fin de preservar la salud de la población. Con el objeto de atemperar el efecto devastador de dicha pandemia observado a nivel mundial y con el objeto de salvaguardar el derecho colectivo a la salud pública y los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física, se dictó el Decreto núm. 297/20 por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” de la población. Dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, cuestión que ha sido considerada por este Gobierno conforme lo dispuesto en los decretos dictados en el día de la fecha, en forma concomitante con el presente, como el que dispone la Constitución de un Fondo de Afectación Específica en el marco de la Ley núm. 25.300 y sus modificatorias, Fondo de Garantías Argentino (Fogar), con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios, y el decreto que crea el programa de “Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción” para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica, así como por el Decreto núm. 316/20 que prorroga el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8o. de la Ley 27.541, entre las otras normas ya citadas.

El Decreto 329 dispone que se prohíben los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de 60 días quedando exceptuadas de esta prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

Intenta encriptar la relación laboral, proteger los intereses de los trabajadores en caso de despidos, coaccionando a las empresas a mantener el plantel de trabajadores más allá de cualquier situación fortuita extrema.

II. RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Nos debemos remontar al gobierno constitucional de 1853 como primer antecedente del dictado de un DNU basado en situaciones de índole económica o social, aun sin fundamento constitucional; esta práctica se prolongó en 1983 con la restauración de la democracia durante el gobierno de Raúl Alfonsín, quien dictó diez decretos entre los que se destacan la normalización de las universidades públicas y la instauración del Plan Austral, por el cual se modificó el signo monetario.

A partir de 1989 y durante la presidencia de Carlos Menem, los DNU perdieron su esencia convirtiéndose en un modo normal de gobernar, llegando a dictar 545 decretos basados en la “necesidad y urgencia”.

Con un promedio de 9.3 decretos de necesidad y urgencia por mes, el ex presidente Eduardo Duhalde, durante 2002 y principios de 2003, fue quien los usó con mayor asiduidad en relación con el tiempo que ejerció la Presidencia. Sin embargo, fue Carlos Saúl Menem quien con 545 decretos de Necesidad y Urgencia dictó la mayor cantidad. Desde 1853 hasta 1983 se dictaron 25 reglamentos de necesidad y urgencia; mientras que desde 1983 hasta 2010, la cifra es sensiblemente mayor: 1,085. Tal vez la falencia de nuestros constituyentes fue proponerse legitimar un gen distinto a nuestra raigambre institucional e inicial sistema parlamentario europeo. Sin embargo, la habitualidad con que se recurrió a los decretos de necesidad y urgencia para resolver las crisis económicas, sociales e institucionales hizo necesaria su regulación constitucional, para establecer límites formales y sustanciales no muy precisos pero que tuvieron por finalidad acotar su uso. Su utilización ha sido la regla por los distintos gobiernos de todo el arco político, ya que ha constituido una tentadora herramienta para eludir al Congreso, pues requiere menos esfuerzo que obtener en algunos casos la aprobación de una ley.

III. OBJETIVOS, EFICACIA JURÍDICA Y VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL DECRETO 329

Mediante este decreto de necesidad y urgencia dictado por el Estado Argentino se intenta frenar el avance de despidos sin justa causa, suspensiones por fuerza mayor, o por falta o disminución de trabajo por un periodo de 60 días a partir de su publicación.

La primera cuestión que debemos analizar es el alcance de la norma, la misma comprende a todos los trabajadores con relación a la dependencia del sector privado, comprendidos en la Ley Nacional 20.744, leyes especiales y convenciones colectivas de trabajo, por ejemplo, un trabajador rural por temporada jornalizada está comprendido en su ámbito de aplicación.

Desde la órbita de la obligación impartida en el plexo legal, la norma no establece consecuencias sancionatorias inmediatas a la patronal que incumple; el artículo 4o. dispone que las suspensiones o despidos no producirán efecto alguno, es decir, que el obrero despedido o suspendido tiene derecho a seguir laborando, quitando todo tipo de autoridad y potestad al empleador, distinta sería la consecuencia que en caso de efectivizarse el despido o la suspensión se estableciera una indemnización especial o multa, pero resulta inaudito obligar al mantenimiento de la fuente laboral, menoscabando las facultades y derechos que tiene el empresario o patrón.

En este contexto, el decreto en sí mismo es irrelevante por cuanto carece de eficacia jurídica: obligar al empleador a mantener la fuente de trabajo frente a una pandemia en donde el 80% de la actividad productiva, comercial, industrial, financiera y mercantil de un país se encuentra paralizada desde hace 30 días, es sin duda una situación de fuerza mayor que amerita activar el derecho del empleador a reducir o suspender a su personal, este último por el tiempo que dure la cuarentena obligatoria dictada y que sirve de sustento al acto administrativo en análisis.

De otro modo significa violentar el poder de decisión de la patronal colocándolo en situación de desigualdad en el vínculo laboral, por debajo del empleado, por cuanto éste con esa prerrogativa puede mantener la fuente de trabajo, sin importar la situación de la empresa y si ésta, a pesar de la cuarentena, mantiene su equilibrio económico y financiero capaz de mantener la fuente laboral ociosa o pasiva, en un contexto de pandemia.

Sin duda no es una norma que se encuentre al amparo de la Constitución Nacional, por el contrario, soslaya y menoscaba derechos y garantías de rai-gambre constitucional.

Habrà que aguardar si los empleadores cumplen con este DNU, ya que la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo “De Luca” del 25 de febrero de 1969, criticó la constitucionalidad de las normas que restringen la facultad de despedir. A grandes rasgos, allí se estableció que la imposibilidad de despedir vulnera la garantía constitucional de la propiedad, pues resulta exorbitante y falto de razonabilidad que el despido injustificado de un empleado pueda acarrear para el empleador, que no se

aviene a reincorporarlo, la obligación de continuar pagándole los sueldos. De todas maneras, esta doctrina no es fácilmente trasladable a la situación actual, ya que se trata de un contexto grave y generalizado a nivel mundial.

Sin embargo, cuando la regla señaló su constitucionalidad en su declaración: “Esta crisis especial significa que se deben tomar medidas de la misma naturaleza para garantizar que las emergencias de los trabajadores no provoquen su desempleo, porque” el desempleo lleva a la población “marginación”, agregó el Ejecutivo en el considerando. Luego, la declaración decía: “El artículo 1733 del artículo b733 del Código Nacional Civil y Comercial estipula claramente que la «fuerza mayor» no puede renunciar a las consecuencias, o si la ley así lo estipula, su efecto no puede ser compensado”. Por lo tanto, el informe finalmente enfatizó que, debido a las disposiciones de la Constitución Nacional, en el caso “Aquino”, la Corte Suprema Nacional (“Decisión” 327: 3753) considera a los trabajadores como el objeto de protección prioritaria. Se debe establecer un mecanismo para garantizar la seguridad de los ingresos de los trabajadores, incluso cuando no sea posible proporcionar servicios en persona o en una alternativa previamente acordada.

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA NÚM. 329

Repasemos el cumplimiento de los requisitos formales y sustantivos del artículo 99 incisos 1 y 3 de la carta magna:

1. *Requisitos formales*

Fue emitido en el Acuerdo Ministerial General; aunque las cuestiones legislativas (empleo y emergencias laborales) no abordan cuestiones explícitamente excluidas por la Constitución (delincuencia, impuestos, elecciones o sistemas de partidos políticos), y de acuerdo con las disposiciones de la Ley núm. 26.122, la medida se comunica al comité bicameral permanente

2. *Requisitos sustantivos*

La necesidad (propósito público) apareció en el caso de riesgos sociales graves, lo que marca la naturaleza especial de la delegación legislativa (artículo

76 de la Constitución Nacional); involucra los intereses vitales de la comunidad. En lo que se refiere a la condición de urgencia es imposible seguir el manejo de los procedimientos ordinarios por parte de la Asamblea Nacional. Obviamente, la situación que debe ser resuelta por la legislación es tan urgente que debe corregirse inmediatamente durante un periodo que no corresponde al periodo requerido por el procedimiento normal de aprobación de la ley. Por su parte, la racionalidad va más allá de la conveniencia política y se basa en los principios imperdonables de la justicia social y las estimaciones ponderadas de las condiciones socioeconómicas aplicables a su emergencia real y aparente. La temporalidad es de 60 días, lo que muestra la naturaleza temporal de la prohibición de disolución desde la perspectiva de la legislación. El control judicial posterior: los tribunales laborales del país pueden controlar claramente la legalidad de los dispositivos legales y revisar su legalidad. Y por último lo que concierne a la proporcionalidad: quizás éste es uno de los temas más controvertidos en esta medida. Como requisito para la validez de la DNU, el Tribunal Federal exige que la norma no cambie la esencia de la relación legal de su legislación; es decir, incluso en una emergencia, no se eliminarán los derechos limitados (por ejemplo, la terminación de contratos de trabajo sin motivo, y contratos de trabajo por falta o reducción de trabajo y fuerza mayor). Las disposiciones legales elevarán el estado legal del empleo irrazonable y los motivos de fuerza mayor y falta de trabajo o reducción del trabajo a un acto ilegal; en caso de que ocurra, no tendrá efecto legal (es decir, será inválido, aunque la regla omite, porque tales declaraciones son típicas de actividades en jurisdicciones).

Por lo tanto, se proporciona temporalmente la estabilidad adecuada para las relaciones contractuales que se basan en la ley pública y privada: cambiar el marco legal. Así, la ley de estabilidad relativa proporcionada por la Constitución Nacional para estas conexiones nos hace preguntarnos si las condiciones de validez anteriores se cumplen realmente. Este es el poder que posee el Legislativo (en caso de emergencia, el Poder Ejecutivo pasa al Poder Legislativo). Son las herramientas analíticas para garantizar la prevención del despido arbitrario, y se establece una base legal para regular las relaciones laborales y las consecuencias de la terminación de los contratos laborales.

Las respuestas a las preguntas planteadas (reitero que no es imposible de observar) son una base sólida planteada en la recitación del DNU 329/2020.8. De hecho, el despido irrazonable y el despido por falta o reducción de trabajo y fuerza mayor están prohibidos, lo que garantiza un marco para emergencias públicas en los asuntos económicos, financieros, fiscales, administrativos, de

seguridad social, aranceles, energía, salud y sociales. Está totalmente protegido contra el despido arbitrario (artículo 14 bis de la Constitución Nacional) (Ley núm. 27.541, DNU 260/2020 y DNU 297/2020), ya que se ha demostrado que es una condición necesaria para garantizar la fuente del trabajo. En otras palabras, el DNU 34/2019 sigue aumentando la protección de la remuneración razonable del despido arbitrario, temporalmente incapaz de proteger efectivamente los intereses legales: protegiendo la fuente del trabajo (y la remuneración, intereses sociales y otros intereses de las personas que trabajan en una relación dependiente). En emergencias públicas especiales, los trabajadores deben estar protegidos del daño directo causado generalmente por la desaparición de los lazos laborales (desempleo, falta de ingresos económicos, incapacidad para acceder a servicios médicos privados, etcétera). Después de los asuntos económicos, financieros, administrativos, de pensiones, aranceles, energía, salud y sociales, se deben tomar medidas efectivas y poderosas para protegerlos. Para ser precisos, éste es uno de los criterios para evaluar la necesidad y la urgencia de levantar la prohibición temporal: la falta de otras alternativas adecuadas para lograr el objetivo deseado.

V. COMPARACIÓN ENTRE EL DNU 329/2020 CON LA LEY 25.561

La Ley núm. 25561 (B.O. del 7 de enero de 2002) declaró una emergencia pública en asuntos sociales, económicos, administrativos, financieros y cambiarios. El DNU 329/2020 se emitió bajo el estado de emergencia pública estipulado por la Ley núm. 27.541, que abarca asuntos económicos, financieros, administrativos, de pensiones, aranceles, energía, salud y sociales; el DNU 260 ordenó la extensión del estado de emergencia de salud/2020 y su enmienda DNU 297/2020, que estableció las medidas de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y la extendió hasta el 12 de abril (inclusive). La comparación entre los dos estándares proporciona cuatro diferencias sustanciales:

- a) La Ley núm. 25.561 ha sido suspendida por 180 días, y sólo existe la posibilidad de despido sin causa.
- b) De hecho, no restringe el poder del empleador para despedir, pero su propósito es liberar al empleador de la actitud de abolición debido a los mayores costos de compensación. En otras palabras, la Ley no impide la terminación de la garantía sin razones justificables, sino que impone la obligación de pagar una compensación más alta si el contrato de traba-

jo se rescinde arbitrariamente dentro de un cierto periodo, cuando la protección legal se considera más alta (eventos públicos emergentes y factores de desempleo).

- c) El Decreto 2639/2002 (*BO* del 20 de diciembre de 2002) estipula que las disposiciones de la parte final de las artes se incluirán en la relación dependiente de los nuevos trabajadores a partir del 1o. de enero de 2003, de conformidad con las disposiciones de la Ley núm. 20.744. El artículo 16 de la Ley núm. 25.561 (más tarde ampliado por el Decreto 883/2002) no se aplica a los empleadores, siempre que la incorporación mencionada anteriormente represente el aumento real en la fuerza laboral total que posee el empleador al 31 de diciembre de 2002. El DNU 329/2020 no requiere este requisito.
- d) El Decreto 265/2002 permite que los procedimientos de prevención de crisis de la empresa se inicien de acuerdo con los requisitos de la asignatura autorizada por los artículos 99 de la Ley 24.013 (empleadores, asociaciones profesionales que representan a trabajadores de empresas en crisis) que aprueba el pleno efecto de la Ley 24.013, el artículo 2072/1994 y el artículo 98 de la Ley 328/1988.

VI. CONCLUSIÓN

Entre otras razones, en el memorándum explicativo del decreto mencionado anteriormente, la subsección b) del CCCN 2 de 1733 estipula claramente la posibilidad de que la “fuerza mayor” no pueda renunciar a las consecuencias, o su efecto puede ser compensado si la ley establece tales circunstancias. Dichas excepciones constituyen una orden de DNU 329/2020, que es suficiente para probar su legalidad desde la perspectiva del derecho civil.

Sin embargo, el artículo 17303 del mencionado organismo regulador considera a los eventos accidentales o de fuerza mayor como hechos imprevisibles o inevitables; también estipula que, en este caso, la disposición opuesta puede eximir de responsabilidad. Y esto es precisamente toda la legislación de emergencia: resoluciones 178/2020 y 184/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social —repetidas hoy—; 202/2020, 207/2020, 219/2020 —repetidas hoy— y 279/2020; los DNU 297/2020 y otros. La cláusula es contraria a disposiciones de la cláusula anterior, porque garantiza que todas las personas que trabajan en una relación de dependencia, incluso aquellas que

no han sido remuneradas debido a la suspensión del empleo, pueden disfrutar plenamente de su compensación debido al aislamiento social.

De esta manera, la legislación de emergencia claramente prioriza la protección de la remuneración para hacer efectiva la conexión del contrato laboral, en lugar del derecho a ser despedido en términos artísticos (LCT 247) o en despedido injusto.

Finalmente, los requisitos del artículo C.C.C.N.5 núm. 955 concluyó el argumento presentado por casualidad o fuerza. Las leyes y regulaciones anteriores requieren que, como condición para eximir la responsabilidad de la agencia, la posibilidad de avance sea absoluta y permanente, y esta situación sea de naturaleza temporal y reversible con una emergencia (como una pandemia causada por COVID-19). En resumen, no es necesario liberar el DNU 329/2020, pero es conveniente porque ayuda a mejorar la seguridad jurídica y limita las discusiones legales a su constitucionalidad y alcance bajo cualquier circunstancia.

VII. REFERENCIAS

- ÁRESE, César, “Impactos laborales de la emergencia sanitaria y el aislamiento obligatorio del DNU 297”, RC D 1436/2020.
- ÁVALOS, Eduardo, “Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina, desde 1853 hasta nuestros días”, disponible en: www.revistas.unc.edu.ar.
- “Pirámide de Kelsen, el imperio del derecho”, disponible en: iusuniversalis.blogia.com.
- “Prohíben por DNU los despidos y suspensiones por fuerza mayor durante 60 días”, disponible en: <https://www.errei.us.com/actualidad/2/laboral-y-de-la-seguridad-social/Nota/675/>.
- MACHADO, José Daniel y ÁRESE, César (dirs.), *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Suplemento digital, Dossiers núms. 1 y 2, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, s. f., disponible en: https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier_Laboral_1.pdf.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *Alcances de la reforma constitucional respecto del derecho de acceso a la información en sindicatos*, México, INAI, 2020, 202 pp.*

Cuando se aborda una institución, en este caso, la transparencia sindical, no se puede prescindir del análisis de su evolución, ya que resulta de vital importancia para conocer el pasado, entender el presente y ubicar hacia dónde se dirige. En un tema tan actual y novedoso, esta evolución en el caso mexicano es abordada ampliamente por el autor de la obra.

Sin embargo, comprender el pasado y el presente de la transparencia sindical, no es suficiente si no se ve acompañado de un análisis comparativo que permita mirar, desde distintos ángulos y matices, circunstancias de modelos de transparencia y sus perspectivas a futuro con el objetivo de encontrar soluciones a los retos que se plantean. Además, de que dicho análisis permite un mayor conocimiento del sistema jurídico propio y las posibilidades para su redefinición, como al final de la obra el autor da cuenta.

Estas son algunas ideas de lo doblemente valiosa que resulta la obra del doctor Alfredo Sánchez Castañeda porque se trata de una segunda edición, cuya actualización se realizó en muy poco tiempo, de tal suerte que con estos antecedentes la obra habla por sí misma y es digna de celebrar una nueva edición, cuyo autor se caracteriza por su responsabilidad y dedicación a todas y cada una de sus investigaciones.

La obra desarrolla diversas temáticas en once capítulos, los cuales adquieren gran relevancia porque fueron contrastados, por el doctor Sánchez Castañeda, a la luz del contexto constitucional actual en materia de transparencia sindical y de las reformas del 1o. de mayo de 2019 a la Ley Federal del Trabajo (en lo relativo a la organización y funcionamiento de los sindicatos, principalmente con los artículos agregados 357 bis; 364 bis y 365 bis que aluden a la transparencia en correspondencia hasta este momento con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 78).

* Recibido el 4 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.



Así, en el primer capítulo el autor, al abordar la historia de la transparencia sindical en México en cuatro interesantes apartados, deja ver que el camino para garantizar dicha transparencia en algunas actividades sindicales ya se había trazado aunque implícitamente en diversos antecedentes documentales en donde en forma directa o indirecta se hicieron presentes exigencias en materia de transparencia sindical, a pesar de haber sorteado el sindicalismo mexicano en su desarrollo un control estatal que aseguraba un diálogo y concertación social a modo y, por ende, un sometimiento de las organizaciones sindicales a cambio de beneficios.

El segundo capítulo está centrado en el necesario e indispensable análisis comparativo de la transparencia, para lo cual autor se apoya en las legislaciones de Canadá, Estados Unidos, Francia y Alemania con el objetivo de brindar elementos para conocer el origen y destino de los ingresos recibidos por los sindicatos, principalmente los provenientes de recursos públicos, y así poder clarificar, en su caso, los supuestos de corrupción o de conflicto de interés, derivados de las obligaciones sindicales en materia de transparencia.

El tercer capítulo entra al estudio de la evolución e identificación de las obligaciones de transparencia aplicables a los sindicatos nacionales que reciben o ejercen recursos públicos. En él, el doctor Sánchez Castañeda introduce al lector en la problemática de la frontera entre lo público y lo privado en el manejo de recursos públicos, contrastando la aplicación administrativa y las obligaciones de transparencia de tales recursos. Además, dedica un apartado especial al caso de las cuotas sindicales por constituir uno de los grandes temas sobre la rendición de cuentas con relación al sindicalismo mexicano, los cuales han sido objeto de diversos criterios judiciales con miras hacia una correcta transparencia y lo que ella involucra.

En el capítulo cuarto, el autor describe el marco jurídico en torno al derecho de acceso a la información sindical, para lo cual parte de la reforma constitucional, la promulgación de la Ley General de Transparencia y Acceso a Información Pública y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, por continuar vigentes algunas de sus disposiciones pese a su derogación.

El capítulo quinto se enfoca en el análisis de las diversas obligaciones que, en la materia, las organizaciones tienen cuando reciben o ejercen recursos públicos, a las que denomina, fundamentales, generales, comunes, específicas, donde se destaca la importancia de que el sindicato que recibe recursos públicos es el responsable de la publicación, actualización y accesibilidad de la información vía Internet (contratos y convenios entre sindicatos y autori-

dades, el directorio, padrón de socios, su patrimonio con recursos públicos y uso y destino de los mismos).

En el capítulo sexto y en correspondencia con el capítulo anterior, se abordan en forma profunda las atribuciones de los órganos garantes de la transparencia en el país.

El capítulo séptimo se limita a precisar la competencia en los supuestos de solicitud de información respecto de sindicatos que reciban recursos públicos tanto del gobierno federal como del local, señalando que corresponderá acudir a los dos órganos garantes.

En el capítulo octavo, denominado “Escenario actual del derecho de acceso a la información en los sindicatos”, el autor contrasta el avance normativo en materia de transparencia con el contexto actual, en atención a tres problemáticas: conocimiento de los órganos garantes, la percepción de los gobernados en torno a su gobierno y la percepción de la sociedad con relación a los sindicatos. El contraste apoyado con datos de encuestas da cuenta del poco conocimiento que tienen los ciudadanos sobre los órganos encargados de la transparencia, la percepción negativa que prevalece con relación a los distintos niveles de gobierno y, en especial, la idea de la corrupción en las organizaciones sindicales.

En el capítulo noveno, el doctor Sánchez Castañeda, evidencia y expone las problemáticas que se enfrentan las implantaciones de la reforma constitucional y la legal: *a)* lenta uniformidad en la materia; *b)* necesidad de fomentar la transparencia proactiva, *c)* estudio del alcance de los posibles actos de autoridad de las organizaciones sindicales, el papel de la rendición de cuentas de tres en tres, y *d)* inexistente oposición entre la transparencia sindical con la libertad y autonomía sindicales. Este capítulo se ve apoyado con criterios judiciales y recomendaciones en materia de transparencia; en especial, el de las cuotas sindicales respecto del alcance de la competencia de los órganos garantes, así como considerar las experiencias de la legislación comparada para, en su caso, reformar el modelo mexicano.

El capítulo décimo, podría decirse que es especial porque se dedica al análisis de las dos obligaciones de transparencia y rendición de cuentas de los sindicatos en materia de recursos financieros:

- a) *Naturaleza interna*, que es con sus propios agremiados y cuyo marco es la Ley Federal del Trabajo, en donde cobran importancia los artículos 371 (XI A XIV) relativo a los estatutos sindicales, y el 373 que establece

las obligaciones sindicales en materia de manejo de sus recursos financieros.

- b) *Naturaleza externa*, ante este Instituto como órgano garante del acceso a la información y transparencia, de informar sobre el uso, ejercicio y destino de los recursos públicos.

Aspectos que se han ido consolidando con las reformas laborales de 2012 y 2019, no sin dejar de advertir sobre los factores de riesgos a considerarse, entre ellos, el manejo de datos personales relativos a las finanzas del sindicato.

La obra concluye con un interesante material bibliohemerográfico actual, así como legislación y jurisprudencia para enriquecer el tema objeto de estudio y su referencia en el contexto nacional.

Esta segunda edición confirma que se trata de una obra al día y valiosa, que se apoya en fundamentos constitucionales y legales, así como en criterios judiciales que la respaldan.

Asimismo, la obra proporciona recomendaciones con base en la experiencia de las legislaciones de otros países, en los datos de las encuestas y en lo que hasta el momento es la realidad nacional en materia de transparencia e incidencia en lo laboral.

Como material jurídico el libro se constituye en una consulta obligada para toda la población a fin de contribuir al conocimiento normativo y de los órganos garantes, pero de gran valor y apoyo para las organizaciones sindicales en el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y rendición de cuentas.

Resta felicitar al doctor Alfredo Sánchez Castañeda por abordar un tema de momento, con seriedad y con un desarrollo tal, que invita a la reflexión de todos los tópicos que comprende la obra, pero lo más importante: por enriquecer la escasa bibliografía sobre la “democracia laboral”.

María Ascensión MORALES RAMÍREZ*

** Profesora de Derecho del trabajo y la seguridad social en la Facultad de Derecho de la UNAM.

ERNST, Ekkehardt, MEROLA, Rossana y SAMAAN, Daniel, “Economics of Artificial Intelligence: Implications for the Future of Work”, *IZA Journal of Labor Policy*, Suiza, vol. 9, núm. 4, febrero de 2019.*

El artículo “Economics of Artificial Intelligence: Implications for the Future of Work”, escrito por Ekkehardt Ernst, Rossana Merola y Daniel Samaan, en *IZA Journal of Labor Policy*, aborda los efectos de la inteligencia artificial (IA) en la economía y el futuro del trabajo. Para ello, inicia describiendo las particularidades de la IA y su importancia en las actividades económicas actuales. Los autores mencionan las áreas de aplicación clave hoy en día, como son el reconocimiento de voz e imagen, procesamiento de lenguaje, traducción, generación de texto automático, generación de declaraciones empresariales y atención al cliente a distancia. La amplia aplicación de la IA es posible por cuatro factores señalados por los autores: la caída en los costos de la computación, el uso generalizado del Internet, la comunicación digital, y el descenso de los costos de capital para las tecnologías digitales; permitido por el cambio de modelos de negocios enfocado a pequeñas empresas que crecen rápido y desplazan a las empresas tradicionales.

Según el artículo, los mercados laborales no son afectados aún, sólo permanece la amplia desigualdad de ingresos existente desde los años ochenta. Además, alegan que los beneficios de la IA aún no se han materializado. Para soportar tales enunciados, los autores exponen cifras de un estudio de Oxford que señala que el 35% de los trabajos en el mundo están en riesgo de perderse en los próximos 20 años y 47% de ellos en Estados Unidos de América. Más inquietantes son las cifras de los países en desarrollo, algunos de ellos cuentan con porcentajes muy altos de trabajos en riesgo de desaparecer en las siguientes dos décadas: 69% en India, 72% en Tailandia, 77% en China y 85% en Etiopía. El estudio de Oxford, así como otros estudios en el tema, se enfocan solamente en las potenciales pérdidas y no en las pérdidas actua-

* Recibido el 15 de julio de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.



les: desplazamientos netos y el volumen del mercado de trabajo. El artículo reseñado busca las implicaciones sociales y económicas actuales en relación con la IA como son: cambios en el empleo y ocupación, automatización de las tareas físicas, distinción de la IA de los robots/mecanización, el *offshoring* y su efecto en países en desarrollo. Otros temas abordados por el estudio son el incremento o mantenimiento de los empleos con la IA, la productividad y la desigualdad y la renta tecnológica apropiada por unos pocos. Para estos últimos temas, los autores ofrecen una respuesta optimista afirmando que debe atenderse el cambio de demanda y mantener la competitividad a través de la innovación, se debe tener demanda agregada para apoyar la transformación estructural y para ello son necesarias ciertas políticas públicas.

Los autores, desarrollan después, la perspectiva histórica de la automatización en relación con la productividad. La primera incrementó a la segunda, reemplazando las tareas más arduas, rutinarias y tediosas por las máquinas. El primer sector en experimentar tal cambio fue la agricultura seguido de la manufactura. Lo que incrementó la demanda de mano de obra no calificada. Posteriormente se realizó la división del trabajo, para que las tareas más sencillas y repetitivas pudieran realizarse a alta velocidad; lo que conocemos como “Taylorismo”. Este modo de producción creó mayor enajenación y tuvo como consecuencia los movimientos sociales de los años sesenta que permitieron la creación de una clase media. La cual tuvo la posibilidad de enviar a sus hijos a recibir alta formación en universidades. Se incrementaron los ingresos en relación con alza en la productividad y ello generó la Tercera Revolución Industrial, que tuvo como característica principal a las computadoras. Tal suceso incrementó la demanda de trabajadores mediana y altamente calificados, pero se despedía a trabajadores con baja calificación. También provocó la caída de manufactura en las economías avanzadas por el uso de los robots. Se incrementaron, además, los empleos en los negocios, la distribución y los transportes. Se ofrecían menos empleos de los que se disminuían y tales efectos se vieron resaltados en las economías emergentes.

Los autores describen cómo las estrategias de negocios han cambiado y se ha dado énfasis al *outsourcing* en respuesta a la volatilidad de la demanda, las tasas de cambio y los precios de los insumos. En algunos casos, ciertos países han regresado la inversión extranjera que tenían en otros países de vuelta a casa. Esto sucede debido a que la nube permite el trabajo remoto en países periféricos. Los países beneficiados inicialmente por la relocalización de los negocios serán los más afectados por el desempleo.

Posteriormente, el artículo explica la automatización en relación con las tareas y la organización de la producción. Aclara que a partir de la automatización puede haber una sustitución de trabajos o tareas y/o un incremento complementario. El trabajo lo entienden como un conjunto de tareas; que en caso de que algunas de ellas se automaticen, cambiará el perfil de trabajo, pudiéndose dar una reagrupación de algunas tareas en un trabajo y los trabajadores dependerán de la velocidad con la que puedan adaptarse a los cambios. Lo descrito no depende solamente de la automatización pero, como apunta el estudio, dependen en gran parte de la respuesta institucional. Aunque se eliminen algunas tareas, pueden conservarse empleos de supervisión o corrección, pero es necesario tomar en cuenta el complemento de habilidad-capital, que es sinónimo de desigualdad en ingresos. Se precisa saber a qué extensión las máquinas complementarán los trabajos altamente calificados y si se requerirán trabajadores aún más capacitados para operar las máquinas más completas. Tales cuestionamientos, según los autores, afectan directamente al empleo y la desigualdad.

La IA se caracteriza por ofrecer conocimiento experto a no especialistas, lo que eleva la productividad, especialmente de los trabajadores de baja calificación, recortando la demanda de trabajadores mediana y altamente calificados. En el futuro del trabajo, además, surgirán nuevas tareas y las actuales evolucionarán. El alza en la productividad descrita traerá como consecuencia incremento en ingresos y demanda de tipos de bienes y servicios nuevos. Estos nuevos bienes y servicios determinarán, según los autores, la extensión del desempleo y la medida en que empeorarán las condiciones de trabajo.

El artículo indica que la IA tendrá impacto en los salarios y trabajos a través de la elasticidad del precio de provisión de capital y también de la fuerza de trabajo, pues sólo convendrá automatizar cuando deje de haber mucha fuerza de trabajo poco calificada. Asimismo tendrá impacto en la sustitución de elasticidad entre trabajo y capital, reduciendo el salario.

El artículo continúa la exposición del tema precisando las diferencias entre los robots y la IA. La IA difiere de los robots porque luego del procesamiento de altos volúmenes de información establece parámetros, estándares o indicadores para la toma de decisiones, generalmente para el sector de servicios, el cual representa el 70% del empleo en economías emergentes.

Los autores agrupan las tareas de la IA en tres grupos principales. Primero, el emparejamiento de tareas que responde a la oferta y demanda. Segundo, la clasificación de tareas, que impulsa la democratización del conocimiento de expertos y permite la atención en tareas que la requieren específicamente. Y

tercero, las tareas de manejo de procesos para identificar patrones y juntar proveedores y clientes en la cadena de valor, el manejo de electricidad y de infraestructura y los sistemas expertos en las cadenas de valor (calidad del producto, esquemas de certificación y condiciones de mercado). El estudio, a la vez, enmarca los campos de aplicación de la IA en tres: sustitución de tareas, complementación de tareas y expansión de tareas.

El artículo explica que la IA permite una discriminación entre grupos de clientes más fina, porque luego del procesamiento de información, puede señalar un patrón de conducta “previsible” del consumidor y a partir de ello determinar sus preferencias de consumo e incrementar la posibilidad real de que compre. Esta misma valoración de la información puede aplicarse al manejo de recursos humanos para atraer trabajadores, diferenciando entre categorías de éstos, en condiciones de trabajo, salarios y beneficios diferenciados. Puede procesarse a un número mayor de aplicantes y ello incrementaría la movilidad laboral. Tal explicación apunta a que se incrementará la inestabilidad laboral.

El artículo, después de hacer la descripción de las particularidades de la IA y sus efectos en el mundo actual, detalla las políticas públicas necesarias para compatibilizar el incremento de productividad con el riesgo de incrementar brechas en la desigualdad de ingresos. Los autores abogan por hacer un cambio de enfoque en el sistema educativo que, en vez de elevar las habilidades técnicas de los estudiantes, se impulse el desarrollo de las habilidades sociales y emocionales, ya que siguen influyendo en las horas trabajadas y lo harán de forma cada vez más marcada. Tales habilidades sicosociales son las que toman una importancia creciente porque son las habilidades que son característicamente humanas; necesarias para el uso de las nuevas tecnologías que requiere habilidades interpersonales.

Las habilidades en las que los humanos pueden superar a la IA son aquellas como las ventas, el desarrollo de mercado, la consultoría; en contraste con el desarrollo de las tecnologías que requiere una alta calificación técnica. Los sistemas educativos también deben incluir a más gente sin acceso a capacitación de alto nivel al mercado de trabajo, en especial en los países con bajos ingresos debido a que los usuarios de las tecnologías digitales no requieren un alto grado de conocimiento. El artículo llama la atención sobre la necesidad de la educación a lo largo de toda la vida, como respuesta a la movilidad ocupacional que se va a presentar.

Las políticas públicas, según el artículo, deben estar enfocadas a asegurar un mismo nivel de campo de juego entre los participantes; reducir la brecha de ventaja entre los primeros en entrar al mercado y nuevos jugadores, así

como disminuir los diferenciales de productividad, evitando la concentración de firmas.

Para que la IA beneficie a la economía, el estudio apunta tres principales políticas a tomar. La primera es invertir en infraestructura digital para que todos puedan compartir los beneficios de la IA. La segunda es proveer de herramientas básicas de IA en forma de *open source* (fuente abierta) para que el acceso a la IA se vea fortalecido. Asegurar el acceso a la IA y las tecnologías digitales como un bien público evitaría las concentraciones de demanda, que afectan de forma negativa a la economía. El tercer tipo de política a tomar son aquellas políticas *antitrust*. Tal objetivo debe de ir de acuerdo con las leyes en materia de propiedad intelectual para definir la propiedad de los resultados del trabajo realizado por la IA. La propiedad de los datos es fundamental para la distribución de la renta. Los autores proponen que se proteja al producto en vez de al productor; en este caso las máquinas, restringiendo el uso de los productos generados por la IA, pero no el uso de éstas para generar más resultados por nuevas personas o compañías.

Otro tipo de políticas públicas a tomar son aquellas sobre la protección social y los impuestos en contra de la desigualdad y polarización laboral. Los autores evalúan los sistemas de beneficios fiscales, los que gravan los impuestos a los clientes en vez de a los residentes. También pugnan por impuestos diferenciados en favor de los trabajadores, subsidios a quienes contratan, subir el precio del capital y poner impuestos sobre el uso de recursos. La protección social requiere una fuerte infraestructura digital, para la portabilidad de derechos (geográfica y ocupacionalmente)

Además, los autores tocan el tema del problema de la apropiación de la renta tecnológica. Para ellos, quien provee información (que alimenta a la IA y otras tecnologías digitales para realizar sus funciones) debe participar en las ganancias. Así, habría un incentivo para que las personas compartan su información. Los temas que toman importancia en este caso son la privacidad y el control de datos, y para ello se requieren las políticas necesarias para el uso de datos, pero con fines particulares, establecidas y negociadas caso por caso, restringiendo el uso general de la información personal de la gente.

El artículo concluye mencionando los retos que enfrentarán las economías emergentes en cuanto a la automatización y la relocalización de las tareas existentes, y en ese sentido, la pérdida de su ventaja competitiva basada en bajos costos del trabajo. Los autores describen la posibilidad de enfrentarlos a través de las políticas públicas. Tales políticas deben evitar que haya concentraciones de mercado y permitir que haya un nivel parejo para participar en el

mercado. Además, se detalla la necesidad de proteger los datos de las personas y la posibilidad de participar en las ganancias hechas con los mismos. Debe acompañarse, señalan, de cambios fiscales para gravar internacionalmente la generación de ingresos y establecer políticas para compartir las ganancias que han sido puestas en funcionamiento previamente en algunos países.

Los autores concluyen cuestionando la extensión de las consecuencias de la IA a largo plazo y la posibilidad de los humanos de interactuar con las decisiones que hagan las máquinas. Se cuestionan la metodología seguida para tomar tales decisiones por parte de la IA, la posibilidad de ésta de superar las capacidades de aprendizaje de los humanos y la probabilidad de que la IA tome la batuta de la evolución de la mano de los humanos.

Como se puede observar, el artículo reseñado es una herramienta básica para analizar la IA, diferenciarla de otros tipos de tecnologías y evaluar las oportunidades y riesgos que trae consigo la difusión generalizada de las tecnologías digitales. Los autores aportan una evaluación de las repercusiones actuales de la aplicación de tales tecnologías en el trabajo y, por lo tanto, en la sociedad y la economía. No solamente se limitan a describir la situación, sino que también proponen guías para solucionar los retos que ellos prevén que presentarán las tecnologías digitales como es la desigualdad en ingresos y la propiedad de la renta tecnológica en las manos de unos pocos. Es un material imprescindible para el entendimiento del trabajo de hoy en día y del futuro cercano.

José Pablo HERNÁNDEZ RAMÍREZ*

* Egresado de la Facultad de Derecho y asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambos de la UNAM.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela y ESCALANTE FERRER, Ana Esther, *Formación universitaria, trabajo y género en la cuarta revolución industrial*, México, Porrúa-Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2019, 330 pp.*

El texto intitulado: *Formación universitaria, trabajo y género en la cuarta revolución industrial*, fue publicado en 2019 por la editorial Porrúa y la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, cuenta con prólogo del excelentísimo doctor Alfredo Sánchez Castañeda, y la coautoría de las doctoras Gabriela Mendizábal Bermúdez y Ana Esther Escalante Ferrer, quienes nos presentan el tema propuesto en once capítulos, divididos en dos apartados: un marco teórico y un estudio de caso.

El propósito de la obra es presentar las nuevas necesidades de formación profesional en las universidades en el marco de la cuarta revolución industrial y conocer, entender y aprender cómo deben responder con una perspectiva de género.

Para lograr su objetivo el libro atiende a la división propuesta por las autoras, pues en el primer apartado se establece un marco teórico-conceptual de la perspectiva de género y la cuarta revolución industrial, así como la interrelación de estas con la formación de profesionistas en nivel universitario y los problemas a los que se enfrentarán; mientras que el apartado segundo se presenta el estudio de caso de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

El primer apartado del libro se divide en siete capítulos, en los cuales como se mencionó se establece el marco teórico que inicia con la precisión de lo que debemos entender por Industria 4.0, para ello se nos presenta el panorama de la historia de las revoluciones industriales y cómo es que se gestó la cuarta revolución.

Posterior a ello, las autoras definen la relación entre la educación superior con la revolución 4.0, abordando el tema de la formación profesional y la denominada educación dual: formación teórica en la escuela a la par de la formación práctica en el trabajo.

* Recibido el 13 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2020.



Aunado a ello, el primer capítulo concluye precisando qué es el trabajo 4.0, las competencias que se requieren para ejecutarlo y su relación con la perspectiva de género, incluyendo la distinción entre la igualdad y la equidad de género.

En el segundo capítulo las autoras nos presentan un panorama general y justificación teórica de la necesidad de la inclusión de la perspectiva de género en los programas educativos de tipo superior para la industria 4.0, abordando el tema de la transversalización de los estudios universitarios, el sexismo, la negación de necesidades específicas para hombres y mujeres, además de la necesidad de una formación integral. En este apartado sobresale la propuesta relacionada con el establecimiento de la perspectiva de género en el currículum universitario que, como bien se apunta, en una sociedad como la nuestra representa un reto que no es imposible de lograr, pues las autoras nos presentan una serie de procesos e instrumentos legales (a través de los códigos de ética, los protocolos de atención a la violencia de género o de planes de igualdad) que pueden servir de punto de partida para asumir el reto.

El capítulo tercero se concentra en precisar las competencias laborales emergentes para el trabajo 4.0, para ello se presenta una breve semblanza de la educación por competencias en nuestro país, los cambios que implica la cuarta revolución industrial en relación con la mano de obra, resaltando el uso de las tecnologías digitales, así como las competencias educativas de los actuales programas y planes de estudios de las universidades, además de precisarnos las competencias emergentes, digitales, socioemocionales, de aprendizaje permanente y lingüísticas, así como la necesidad del pensamiento crítico y transdisciplinar en la formación de los estudiantes, todo ello para hacer frente a la cuarta revolución.

Por su parte, el capítulo cuarto nos ofrece los retos que las universidades enfrentan en esta cuarta revolución, las autoras presentan la discusión de los orígenes de la función de la universidad como formadora de recursos humanos para el empleo, y puntualizan cómo la expectativa social de la formación universitaria asociada a un empleo con su correspondiente movilidad social ha dejado de ocurrir. En este apartado se muestran los modelos pedagógicos a seguir por las universidades analizando el sistema de formación dual y el de aula invertida.

El capítulo quinto aborda el tema de la mediación docente, en el cual sobresale el análisis del tipo de docente necesario para hacer frente a la cuarta revolución, sobre todo por la ruptura jerárquica que ha provocado y las necesidades de actualización y capacitación de docentes para el aprendizaje basado en problemas.

El aparatado teórico del libro culmina con los capítulos sexto y séptimo, mismos que se enfocan en la relación existente entre trabajo, seguridad social e industria 4.0, además de precisar la “reformación” para el trabajo y la educación continua con perspectiva de género. En estos capítulos se precisan las realidades de las mujeres en el trabajo, la seguridad social y la educación, además de que se presentan estrategias de aprendizaje y “renovación educativa” de las mujeres en el contexto de la cuarta revolución industrial.

En lo que corresponde al segundo apartado de la obra, se presenta un capítulo introductorio con la metodología del estudio de caso y en el capítulo noveno se analizan desde la perspectiva de género los programas educativos de las distintas licenciaturas ofertadas por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. En estos capítulos es de mencionarse que se presentan una serie de recomendaciones propias para el tipo de programa, pues se reconoce que la realidad de las cuestiones de género adquiere dimensiones distintas en cada uno de los programas educativos.

Este apartado cierra con dos capítulos que abordan el análisis de competencias en cada uno de los programas educativos de la precitada Universidad, así como la propuesta de prácticas docentes con perspectiva de género y su filiación a la industria 4.0.

Por último, es de especial mención que el libro es producto de un trabajo de investigación y por esta razón nos presenta una serie de conclusiones que en su conjunto ofrecen una perspectiva de la necesidad de adecuar los planes de estudios de las universidades a una realidad que parece lejana pero que día con día está materializándose.

Sobre todo, el texto invita a reflexionar sobre la necesidad de generar en nuestros jóvenes la conciencia e importancia de la perspectiva de género, su transversalidad; así como la importancia de conocer sus derechos laborales y de seguridad social, además de revelarnos la necesidad de un giro en los programas educativos de nivel superior para que cumplan con la obligación de inculcar el respeto de los temas relacionados con la perspectiva de género y redoblen sus esfuerzos en compatibilizar la formación teórica con las prácticas profesionales en el mercado de trabajo.

Oscar Javier APÁEZ PINEDA*

* Investigador en la Universidad La Salle México; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel III del Conacyt. Correo electrónico: oscar.apaez@lasalle.mx.