

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 35, julio-diciembre de 2022



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

María Marván Laborde

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.

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

Apoyo editorial: Óscar Martínez González

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); María Aurora Lacavex Berumen (México); José Manuel Lastra y Lastra (México); María Carmen Macías Vázquez (México); Cristina Mangarelli (Uruguay); Gabriela Mendizábal Bermúdez (México); Martha Monsalve Cuéllar (Colombia); María Ascensión Morales (México); Emilio Morgado (Chile); Carlos Reynoso Castillo (México); Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México); Humberto Villasmil Prieto (OIT).

CONSEJO ASESOR

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

MIEMBROS FUNDADORES

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

VOCAL

Miguel Ángel Pastrana González.

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

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

Número de certificado de licitud de título: en trámite

Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

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

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

ASISTENTE DE REVISTA

Kate Aurora Gómez Díaz de León

Teléfono: 56227250 / ext. 85231

Email: rlds.ij@unam.mx

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: 25 de agosto de 2022

2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES 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

- ¿La Corte Constitucional colombiana está dejando de proteger el trabajo de los más pobres? 3
Laura Cecilia PORRAS SANTANILLA
Andrés RODRÍGUEZ MORALES
- La configuración del derecho a la desconexión digital del trabajo en Chile y su vulneración. 27
Rodrigo MONTEIRO PESSOA
- El debate sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile y algunos problemas conexos. 59
Rodrigo PALOMO VÉLEZ
Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ
María Soledad JOFRÉ BUSTOS
Alfredo SIERRA HERRERO
- Ley Agraria a tres décadas de su entrada en vigor. 101
Edwin LÓPEZ HERNÁNDEZ
- Los cuidados de larga duración en la Unión Europea. 127
Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ
- La precarización de la vivienda y su relación con las finanzas públicas municipales en México (caso Culiacán, estado de Sinaloa). 149
Dasaev SOSA ARELLANO



El derecho a la salud en Chile y Colombia. La narrativa judicial respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud, en los ordenamientos constitucionales de ambos países.	175
Rodrigo Andrés POYANCO BUGUEÑO Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS	
Del derecho al trabajo digno al régimen laboral neoliberal: captura estatal y autoritarismo en el Ecuador contemporáneo	211
Adoración GUAMAN HERNÁNDEZ Soledad STOESSEL	
Posibilidades y límites de la reforma laboral en México	239
David FOUST RODRÍGUEZ Luis Ignacio ROMÁN MORALES Miguel Ángel ÁLVAREZ RODRÍGUEZ	
La discriminación en las convocatorias laborales.	271
José María SOBERANES DÍEZ	
Acoso sexual en Chile y tutela judicial efectiva: algunos nudos críticos desde la perspectiva de género.	297
Álvaro DOMÍNGUEZ MONTOYA Ximena GAUCHÉ MARCHETTI Cecilia BUSTOS IBARRA Cecilia PÉREZ DÍAZ	
Hacia un derecho electoral sindical.	333
Carlos REYNOSO CASTILLO	
Aplicaciones informáticas de economía colaborativa y el derecho del trabajo en Colombia	363
Gladys Carolina TORRES BERNAL Yair Leonardo FONSECA ALFONSO	

Sistema de salud: garantía institucional del derecho a la protección de la salud en México.	391
---	-----

María Magaly VARGAS RUIZ

COMENTARIOS

Constitucionalización simbólica y la vida desnuda del trabajador esclavo en Brasil.	425
---	-----

José Lucas SANTOS CARVALHO
Flávia de DAVILA

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Kaplan, David S., “Mercados laborales”, en Heath, Jonathan (coord.), <i>Lecturas en lo que indican los indicadores. Cómo utilizar la información estadística para entender la realidad económica de México</i> , México, Editorial Color-Inegi-Banxico-Mide, vol III, 2021.	451
---	-----

José Pablo HERNÁNDEZ RAMÍREZ

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL

Informe: avances y retrocesos de la seguridad social en México, 2021	457
--	-----

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

ARTÍCULOS



¿LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA ESTÁ DEJANDO DE PROTEGER EL TRABAJO DE LOS MÁS POBRES?*

IS THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT
FAILING TO PROTECT THE WORKING POOR?

LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS LES PLUS PAUVRES
PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE
EST-ELLE EN TRAIN DE DISPARAÎTRE?

Laura Cecilia PORRAS SANTANILLA**
Andrés RODRÍGUEZ MORALES***

RESUMEN: Este artículo estudia los fallos de tutela expedidos por la Corte Constitucional colombiana en casos donde trabajadores pobres que se la “rebuscan” en espacios públicos activan el aparato judicial para impedir que autoridades estatales les impidan (por distintas razones) llevar a cabo sus actividades productivas. Presentamos dos hallazgos. En primer lugar, argumentamos que la acción de tutela ha sido útil para coordinar derechos constitucionales abstractos (como el derecho al trabajo y al mínimo vital), con diferentes regulaciones locales que impactan la vida de los trabajadores más pobres, como las que prohíben que éstos cuiden ca-

* Recibido el 22 de marzo de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

El contenido de este artículo se basa en parte de la tesis de doctorado (sin publicar) de la coautora de este artículo, Laura Cecilia Porras Santanilla.

** Abogada con especialización en gestión pública y maestría en derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Doctora en derecho por la Universidad de Ottawa (Canadá). Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Correo electrónico: laura.porras@uniandes.edu.co. ORCID, disponible en: <http://orcid.org/0000-0001-8146-6934>.

*** Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Estudiante de la maestría en derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Asistente graduado de maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Correo electrónico: a.rodriguez@uniandes.edu.co. ORCID, disponible en: <https://orcid.org/0000-0002-1845-3062>.



rros en la calle. En casos de recicladores, carperos, escribientes, bicitaxistas y trabajadoras sexuales, entre otros, la Corte protege los derechos de los accionantes, pues entiende que, hasta tanto se les ofrezcan alternativas de empleo y/o programas de asistencia social que cubran su mínimo vital, impedir que trabajen en el espacio público es una aspiración puramente simbólica. Sin embargo, argumentamos, en segundo lugar, que en el caso de vendedores ambulantes desalojados por “invadir” el espacio público, la Corte se está alejando del balance constitucional decantado que protegía su derecho al trabajo, utilizando argumentos dudosos de procedibilidad que deberían ser reconsiderados y desechados en futuras decisiones.

Palabras clave: rebusque, vendedores ambulantes, Corte Constitucional colombiana, tutela, Colombia

ABSTRACT: This article studies tutela rulings issued by the Colombian Constitutional Court in cases where *rebuscadores* (as we call poor people that work in public spaces) activate the judicial system to prevent state authorities from evicting them. We present two main findings. In the first place, we argue that the *tutela* has been useful to coordinate abstract constitutional rights (such as the right to work and to a minimum income) with different local regulations that impact the lives of the poor, such as those that prohibit watching out for cars on the street. In cases of waste pickers, bicycle taxi drivers, and sex workers, among others, the Court protects the plaintiffs’ rights understanding that preventing them from working in public space is a purely symbolic aspiration until they are offered employment alternatives and/or social assistance programs that cover their minimum income. However, in the case of street vendors evicted for “invading” the public space, we argue that the Court is moving away from the established constitutional balance that protected their right to work, using, for this purpose, dubious procedural arguments that should be reconsidered in future rulings.

Keywords: Rebusque, street vendors, Colombian Constitutional Court, tutela, Colombia

RÉSUMÉ: Cet article, constitué par l’étude des manquements par la Cour Constitutionnelle colombienne au devoir de protection des travailleurs pauvres (ceux qui ont recours à «la débrouille» dans l’espace public) qui recherchaient un soutien de l’appareil judiciaire pour reprendre leurs activités professionnelles lorsque l’autorité de l’état les en empêchait pour

diverses raisons, nous permet d'affirmer deux choses. Premièrement, il apparaît que la protection de ladite Cour a bien été utile pour coordonner les droits constitutionnels «abstrait» (comme le droit au travail et au minimum vital) avec les différentes réglementations locales qui impactent la vie des travailleurs les plus pauvres comme, par exemple, les règles interdisant à des personnes, contre pourboire, de veiller sur votre voiture. En ce qui concerne, notamment, les ramasseurs de déchets, les loueurs de bâches destinées au commerce informel, les écrivains publics, les vélos-taxis et les travailleurs du sexe, la Cour les protège en général car elle est consciente que tant qu'on ne leur proposera pas un emploi décent et/ou une protection sociale couvrant leurs besoins de base, les empêcher de travailler dans l'espace public relèverait d'une décision symbolique inapplicable. En revanche, et c'est là notre seconde trouvaille, nous démontrons que dans le cas de vendeurs ambulants expulsés de leur lieu de travail habituel parce qu'ils «envahissaient» l'espace public, la Cour s'éloigne de sa mission qui consiste à protéger le travail en utilisant des arguments de procédure douteux qui devraient être réévalués, voire écartés, pour les futures sentences rendues.

Mots-clés: Débrouille, vendeurs ambulants, Cour Constitutionnelle colombienne, protection, Colombie.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El acceso a la justicia constitucional por parte de rebuscadores que no son vendedores ambulantes.* III. *Los cambios en el acceso a la justicia constitucional por parte de un tipo específico de rebuscadores de la calle: los vendedores ambulantes.* IV. *Una Corte dispuesta, con sus tropiezos, a garantizar los derechos de los vendedores ambulantes (1992-2017).* V. *Una Corte oscilante y en ocasiones menos dispuesta a garantizar los derechos de los vendedores ambulantes (2017-2020).* VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Mariana Valverde¹ explica que en sistemas constitucionales como los de Norteamérica y el Reino Unido, los derechos constitucionales no se coordinan con regulaciones de “bajo nivel” que impactan el día a día de los ciudadanos. En materia de espacio público, por ejemplo, las regulacio-

¹ Valverde, Mariana, “Jurisdiction and Scale: Legal «Technicalities» as Resources for Theory”, *Social Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, mayo de 2009, pp. 139-157.

nes que prohíben conductas inofensivas, como que en los parques se beba alcohol, se acampe o se juegue, son producto de falta de coordinación entre reglas de nivel constitucional y local. Valverde sostiene que el “casi medieval micro-manejo” de dicho tipo de conductas constituye un ejemplo de “mal pluralismo legal”, que ocurre cuando los derechos y protecciones ganados a una escala, como los derechos constitucionales de la escala nacional, son invisibilizados en otras escalas a través de regulaciones locales.² El presente artículo busca mostrar que en Colombia la acción de tutela ha sido útil para coordinar derechos constitucionales con regulaciones locales de bajo nivel. Para el efecto, nos centraremos en el análisis de la regulación del espacio público urbano, y más específicamente en cómo la tutela ha logrado evitar que en casos concretos se apliquen regulaciones locales que limitan la posibilidad de que ciudadanos pobres puedan trabajar o “rebuscársela” en la calle.

Para cumplir con el objetivo planteado, este artículo se dividirá en dos partes. En primer lugar, mostraremos cómo ha fallado la Corte Constitucional (en adelante, CC) tutelas interpuestas por rebuscadores para evitar que sus actividades productivas se vean interrumpidas por orden de autoridades estatales de distintos niveles. Por “rebuscadores”³ nos referimos, específicamente, a personas que comparten las siguientes cinco características: 1) se identifican a sí mismos como autoempleados o trabajadores familiares, 2) llevan a cabo su trabajo principalmente en la calle, 3) el trabajo ocupa la mayor parte de su tiempo, 4) están afiliados al sistema subsidiado de salud, y 5) han estudiado máximo hasta el bachillerato (en caso de haber estudiado). Estamos hablando de aproximadamente 689,000 personas en Colombia.⁴ En términos generales, argumentaremos que la Corte ha protegido a los rebuscadores y les ha impedido a las autoridades desalojarlos sin que previamente se logre garantizar su mínimo vital. Sin embargo, en segundo lugar, mostraremos que para el caso específico de los vendedores ambulantes actualmente existe una disputa al interior de la CC que ha minado el nivel de protección que en la práctica se les venía otorgando a través del uso de la tutela. Finalmente, y a manera de conclusión, sugerimos que la Sala Plena de la CC debe expedir una

² *Ibidem*, p. 142.

³ “Rebuscadores” es una categoría etnográfica emergente que surgió de la tesis doctoral de la coautora de este texto. Varios fenómenos relacionados con los rebuscadores han sido abordados en otros trabajos.

⁴ Comunicación suscrita por Antonio José Avendaño Arosemena (director técnico de Metodología y Producción Estadística), 17 de julio de 2020. Los datos fueron obtenidos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH).

sentencia de unificación que elimine las nuevas barreras procedimentales que han disminuido en la práctica las posibilidades de los vendedores ambulantes de acceder a la justicia constitucional y defender sus derechos.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL POR PARTE DE REBUSCADORES QUE NO SON VENEDORES AMBULANTES

La CC revisa menos del 0,03% de las tutelas presentadas en el país. Para el 13 de julio de 2020 se habían revisado 19,565 de las 7.893,499 tutelas que han sido interpuestas en Colombia desde 1992.⁵ Pese al bajo porcentaje de selección, en relación con los rebuscadores, la CC ha revisado más de ochenta tutelas con corte a enero de 2020. La mayoría de éstas fueron interpuestas por vendedores ambulantes que fueron desalojados por “invadir” el espacio público. Sin embargo, encontramos veinticinco tutelas interpuestas por otro tipo de rebuscadores: nueve fueron interpuestas por recicladores, tres por lavadores y cuidadores de vehículos, una por un minero artesanal, cinco por pescadores artesanales y carperos, tres por embellecedores de calzado o escribientes, dos por bicitaxistas o propietarios de vehículos de tracción animal y una por trabajadoras sexuales.

Existen al menos cinco características que hacen que estos casos sean semejantes. En primer lugar, en todos ellos el conflicto constitucional se originó en una decisión de la administración pública que impidió que los rebuscadores continuaran trabajando en la calle. En segundo lugar, la administración pública siempre fundamentó sus decisiones en la protección del “interés general”, que en este caso abarcó desde la protección del derecho colectivo al medio ambiente y el espacio público, hasta fines ilegítimos a la luz de la Constitución, como mostraremos en el caso de las trabajadoras sexuales. En tercer lugar, la Corte estudió la procedibilidad de la acción en once de los veinticinco casos estudiados (menos de la mitad),⁶ y en todos ellos (salvo en dos casos aislados) la Corte declaró que la tutela era procedente.

⁵ Corte Constitucional, “Estadísticas de la CC. Corte Constitucional”, 22 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>.

⁶ Corte Constitucional de Colombia (4 de marzo de 1994), sentencia T-095 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2002), sentencia T-660 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional (15 de mayo de 2012), sentencia T-348 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (25

En cuarto lugar, en la mayoría de los casos (dieciocho de veinticinco) la CC consideró importante que se probara el principio de confianza legítima como condición para poder ordenar la suspensión de los desalojos hasta tanto no se garantizara el mínimo vital y el derecho al trabajo de los accionantes. De acuerdo con dicho principio, “el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulan sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica”.⁷ Sin embargo, en todos los casos donde estudió si dicho principio era relevante, salvo en uno,⁸ no se fijó ningún estándar probatorio en particular. Inclusive, en uno de los casos la Corte protegió los derechos de los ciudadanos pese a que no encontró probada la confianza legítima.⁹ En quinto lugar, en todos los casos, salvo cuando se configuró una carencia actual de objeto, la Corte amparó los derechos de los trabajadores.¹⁰ Para el efecto, la Corte estableció distintas órdenes, entre las que se encuentran ordenar la reubicación y/o diseñar una política pública que garantice la reinserción laboral de los rebuscadores afectados. La CC ordenó la reubicación inclusive en casos en que los rebuscadores no cumplían con los requisitos específicos ordenados por las administraciones locales, tales como estar en un censo o llevar un determinado tiempo trabajando.

Luego de exponer algunas características comunes de los casos estudiados, dedicaremos los siguientes párrafos a mostrar algunos matices en las órdenes proferidas por la CC para garantizar la protección de distintos tipos de rebus-

de mayo de 2012), sentencia T-387 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (18 de mayo de 2012), sentencia T-376 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (2 de noviembre de 2012), sentencia T-904 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (13 de julio de 2013), sentencia T-442 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (12 de noviembre de 2013), sentencia T-820 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2015), sentencia T-606 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; Corte Constitucional (1o. de diciembre de 2015), sentencia T-740 de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Corte Constitucional (31 de octubre de 2016), sentencia T-594 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Corte Constitucional (26 de octubre de 2004), sentencia C-1049 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Corte Constitucional (21 de septiembre de 2002), sentencia T-660 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Corte Constitucional (2 de noviembre de 2012), sentencia T-904 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Corte Constitucional (20 de agosto de 2003), sentencia T-724 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

cadore. Empezaremos por los recicladores. La CC ha revisado nueve casos en total.¹¹ En tres de dichos casos,¹² los recicladores fueron desalojados, pues su actividad se llevaba a cabo en el espacio público. En el primer caso, la Corte¹³ negó la tutela, puesto que la administración tenía un plan para reubicar a los recicladores, lo que a su juicio minimizaba los efectos del desalojo. En los dos casos siguientes, la Corte tuteló el derecho al trabajo de los accionantes porque no existían planes de reubicación previos y se les estaba vulnerando el principio de confianza legítima.¹⁴ En los seis casos restantes, distintos grupos de recicladores interpusieron tutelas con la esperanza de que los jueces ordenaran que fueran incluidos en procesos de privatización del manejo de basuras en diferentes ciudades.¹⁵ La CC reconoció que los recicladores hacen parte de un grupo vulnerable, marginalizado y discriminado, que las autoridades no pueden agravar su situación, y que en su lugar deberían buscar formas para mejorar sus condiciones laborales. En consecuencia, ordenó que los recicladores no fueran excluidos de los procesos de licitación a través de cláusulas que en la práctica los excluían, e inclusive ordenó, en uno de sus

¹¹ Corte Constitucional (14 de diciembre de 1992), sentencia T-610 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional (17 de octubre de 1996), sentencia T-548 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional (20 de agosto de 2003), sentencia T-724 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (23 de abril de 2009), sentencia T-291 de 2009, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez; Corte Constitucional (23 de junio de 2009), sentencia T-411 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional (27 de noviembre de 2009), sentencia T-872 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo; Corte Constitucional (25 de mayo de 2012), sentencia T-387 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (1 de diciembre de 2015), sentencia T-740 de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹² Corte Constitucional (14 de diciembre de 1992), sentencia T-610 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional (13 de diciembre de 1995), sentencia T-617 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (17 de octubre de 1996), sentencia T-548 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ Corte Constitucional (14 de diciembre de 1992), sentencia T-610 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Corte Constitucional (13 de diciembre de 1995), sentencia T-617 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (17 de octubre de 1996), sentencia T-548 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Corte Constitucional (20 de agosto de 2003), sentencia T-724 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (23 de junio de 2009), sentencia T-411 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional (27 de noviembre de 2009), sentencia T-872 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo; Corte Constitucional (25 de mayo de 2012), sentencia T-387 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (1o. de diciembre de 2015), sentencia T-740 de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

fallos,¹⁶ suspender el proceso de licitación hasta que se incluyeran acciones afirmativas en su nombre.

En el caso de lavadores y cuidadores de carros, se han interpuesto tres tutelas, que fueron revisadas por la CC.¹⁷ Los dos primeros casos¹⁸ tuvieron lugar en Montería y Cartagena. En ambas ciudades los accionantes utilizaban fuentes hídricas para lavar carros, y fueron desalojados por los impactos ambientales de su actividad. La CC reconoció la importancia de proteger el ambiente, pero aclaró que no se podía vulnerar el derecho al mínimo vital de los desalojados.¹⁹ En el primer caso, los lavadores de carros pudieron probar su confianza legítima, y, en consecuencia, la CC ordenó a las autoridades locales que los reubicara en un área en la que pudieran continuar su trabajo sin contaminar el río.²⁰ En el segundo caso, la confianza legítima no se pudo probar porque los rebuscadores estaban trabajando en un área en la que estacionar carros estaba claramente prohibido por señales de tránsito.²¹ Sin embargo, la CC argumentó que ninguna actuación que busque la recuperación del espacio público podía vulnerar los derechos fundamentales de personas vulnerables, aun cuando dichas personas no estuvieran cubiertas por el principio de confianza legítima, y les ordenó a las autoridades adoptar medidas de compensación dependiendo de la naturaleza y el grado de perjuicio causado a los accionantes.²²

La CC también revisó el caso de un minero que fue desplazado por la violencia y que había dedicado diez años de su vida a practicar una forma de

¹⁶ Corte Constitucional (23 de abril de 2009), sentencia T-291 de 2009, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

¹⁷ Corte Constitucional (31 de mayo de 2011), sentencia T-458 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (2 de noviembre de 2012), sentencia T-904 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (12 de noviembre de 2013), sentencia T-820 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*; Corte Constitucional (2 de noviembre de 2012), sentencia T-904 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ *Idem*. En otro caso donde una mujer que trabajaba cuidando carros frente a un edificio en Cali pudo probar el principio de confianza legítima, la CC tuteló sus derechos y ordenó que se le brindaran facilidades para encontrar una nueva alternativa laboral. Véase Corte Constitucional (12 de noviembre de 2013), sentencia T-820 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ Corte Constitucional (2 de noviembre de 2012), sentencia T-904 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² *Idem*.

minería artesanal en una zona ambientalmente protegida a las afueras de Mitú.²³ Las autoridades municipales le advirtieron que no podía continuar con su actividad. De nuevo, la CC²⁴ reconoció la importancia de proteger el ambiente y enfatizó en la necesidad de cumplir con los requerimientos establecidos en la ley para desempeñar la actividad minera. Sin embargo, consideró que ordenar el cierre de la actividad minera violaba el derecho de esta persona al mínimo vital de acuerdo con los principios de buena fe y confianza legítima. De tal manera, la CC les ordenó a las autoridades municipales tomar medidas para minimizar el impacto de la prohibición de la actividad minera, ordenando planes de formación y de reubicación laboral.

Los pescadores artesanales y carperos también hacen parte del grupo de rebuscadores que han interpuesto tutelas para evitar ser desalojados. Hasta el momento, la CC ha revisado cinco tutelas donde los accionantes fueron desalojados por diferentes razones, incluyendo la violación de concesiones de playas y los impactos ambientales que generaban sus actividades.²⁵ En los dos primeros casos, la Corte declaró improcedente la acción,²⁶ al considerar que los “intereses económicos” de los accionantes sobre el espacio público debían ser conocidos por otras jurisdicciones.²⁷ Afortunadamente, en los tres casos subsiguientes, la Corte argumentó que todas las comunidades afectadas (no sólo las afro, indígenas o ROM) debían ser consultadas antes de que se hicieran concesiones sobre las playas, y que las decisiones deberían incluir medidas para prevenir que se vieran afectados sus derechos fundamentales.²⁸ Además, la CC les ordenó a las autoridades, diseñar planes razonables de reu-

²³ Corte Constitucional (1o. de abril de 2014), sentencia T-204 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Corte Constitucional (4 de marzo de 1994), sentencia T-095 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (16 de octubre de 1997), sentencia T-530 de 1997, M. P. Fabio Marón Díaz; Corte Constitucional (15 de mayo de 2012), sentencia T-348 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (18 de mayo de 2012), sentencia T-376 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2015), sentencia T-606 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶ Cuando una tutela se declara improcedente, no se evalúa el caso, sino que se considera que el conflicto no pertenece a la jurisdicción constitucional. Por ello, es importante que se interprete dicho principio con mucha cautela.

²⁷ Corte Constitucional (16 de octubre de 1997), sentencia T-530 de 1997, M. P. Fabio Marón Díaz.

²⁸ Corte Constitucional (15 de mayo de 2012), sentencia T-348 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

bicación, con acceso a programas de capacitación, créditos blandos e insumos productivos para garantizar soporte alimenticio y económico transitorio para los afectados.

Emboladores y escribientes también interpusieron tutelas. Dos emboladores interpusieron una tutela luego de ser desalojados de la plaza principal de Ibagué. Las autoridades municipales habían otorgado un número limitado de módulos para embolar, y los dos accionantes no clasificaron.²⁹ La Corte decidió que aunque ambos ciudadanos fueron excluidos porque no cumplían todos los requisitos establecidos por las autoridades, la confianza legítima aplicaba en ambos casos y, por lo tanto, ordenó que se les otorgara un módulo. Otra tutela interesante fue interpuesta por un escribiente que fue desalojado después de trabajar quince años en una de las principales plazas de Cali.³⁰ La tutela fue negada porque el accionante no probó que realmente trabajara en la plaza: no era parte de las asociaciones del área, no aparecía en ningún censo, y existían testimonios en los que se constataba que la persona no trabajaba allí.

Bicitaxistas y “zorreros” (propietarios de vehículos de tracción animal) también recurrieron a la acción de tutela para proteger su derecho al trabajo. Un grupo de los más de 8,000 bicitaxistas, por ejemplo, interpuso una acción de tutela porque la policía les estaba imponiendo multas por realizar su trabajo. La CC consideró que en ese caso aplicaba el principio de confianza legítima (los accionantes creían que estaban actuando con el permiso de la administración), y les advirtió a las autoridades que el bicitaxismo no se puede eliminar antes de implementar un plan que les permita a los ciudadanos afectados dedicarse a otra actividad. Sin embargo, la Corte también afirmó que la tutela no era el medio judicial adecuado para solicitar que se suspendieran las multas de tránsito que les habían impuesto a los accionantes.³¹ La CC también revisó un caso de ciudadanos que venían trabajando como “zorreros” hacía más de veinte años, y a quienes se les prohibió continuar con su actividad luego de que la ciudad lanzara un plan para reemplazar los vehículos de tracción animal

²⁹ Corte Constitucional (22 de enero de 2008), sentencia T-021 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (2 de diciembre de 2008), sentencia T-1179 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁰ Corte Constitucional (21 de septiembre de 2002), sentencia T-660 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

³¹ Corte Constitucional (13 de julio de 2013), sentencia T-442 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

con un vehículo motorizado u oportunidades de capital semilla.³² Los rebuscadores que interpusieron la tutela no cumplían con todos los requerimientos necesarios para ser beneficiarios del plan conforme a la normatividad local. Sin embargo, la Corte concluyó que sus derechos estaban siendo vulnerados, que no importaba si no habían cumplido todos los requisitos, y ordenó a las autoridades municipales que los incluyera como beneficiarios del plan.³³

Finalmente, un grupo de trabajadoras sexuales fueron desalojadas de la calle “con el objetivo de recuperar el espacio público”,³⁴ y detenidas transitoriamente por la policía. La policía las discriminó y les dio a entender que su actividad estaba prohibida. La Corte³⁵ afirmó que el trabajo sexual es lícito, que las mujeres no estaban violando ninguna norma, y le advirtió a la policía que era inconstitucional realizar “perfilamientos” de trabajadoras sexuales.³⁶ Finalmente, le ordenó a la policía que no utilizara la política de recuperación del espacio público como excusa para violar el derecho a la locomoción de las trabajadoras, y le ordenó al distrito crear una política pública para crear oportunidades para trabajadoras sexuales.

Como pudo verse a lo largo de esta sección, pese a algunas diferencias en las órdenes proferidas, la mayoría de ellas razonables, debido a las necesidades de los distintos tipos de rebuscadores, los jueces garantizaron la justicia material, al proteger los derechos al mínimo vital y al trabajo, sin desconocer la importancia de derechos como la protección del medio ambiente o del espacio público. Como pudimos mostrar en los párrafos anteriores, el compromiso con la garantía del cumplimiento de la justicia material fue inclusive más importante que el cumplimiento formal del principio de confianza legítima, pues en varias ocasiones la CC protegió los derechos de los accionantes, inclusive cuando no lograron probar el principio de confianza legítima. En la práctica, la CC estaba logrando coordinar una Constitución política garantista y preocupada por el bienestar de los más pobres y unas regulaciones locales que protegían fines constitucionales también importantes como el respeto por el espacio público y el medio ambiente. Sin embargo, como explicaremos más adelante, eso estaba por ponerse en duda.

³² Corte Constitucional (16 de julio de 2014), sentencia T-514 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

³³ *Idem*.

³⁴ Corte Constitucional (31 de octubre de 2016), sentencia T-594 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

III. LOS CAMBIOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL POR PARTE DE UN TIPO ESPECÍFICO DE REBUSCADORES DE LA CALLE: LOS VENDEDORES AMBULANTES

La mayoría de las tutelas revisadas por la CC relacionadas con el espacio urbano y con rebuscadores fueron interpuestas por vendedores ambulantes que fueron desalojados siguiendo regulaciones locales.³⁷ Hasta marzo de

³⁷ Corte Constitucional (17 de junio de 1992), sentencia T-225 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffestein; Corte Constitucional (3 de septiembre de 1993), sentencia T-372 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional (3 de marzo de 1994), sentencia T-091 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional (14 de diciembre de 1994), sentencia T-578 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (16 de marzo de 1995), sentencia T-115 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (24 de marzo de 1995), sentencia T-133 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional (29 de abril de 1996), sentencia T-160 de 1996, M. P. Fabio Marón Díaz; Corte Constitucional (17 de septiembre de 1996), sentencia T-438 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (25 de agosto de 1997), sentencia T-398 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (2 de octubre de 1998), sentencia T-550 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional (11 de diciembre de 1998), sentencia T-778 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional (19 de mayo de 1999), sentencia SU-360 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (20 de mayo de 1999), sentencia T-364 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (12 de julio de 1999), sentencia T-499 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (12 de mayo de 1999), sentencia SU-601A de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional (21 de septiembre de 1999), sentencia T-706 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (11 de octubre de 1999), sentencia T-754 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (19 de noviembre de 1999), sentencia T-940 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional (30 de marzo de 2000), sentencia T-372 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional (1 de agosto de 2000), sentencia T-983 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2000), sentencia T-1263 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2002), sentencia T-660 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional (17 de octubre de 2002), sentencia T-660 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional (20 de agosto de 2003), sentencia T-726 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional (4 de septiembre de 2003), sentencia T-772 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional (19 de febrero de 2004), sentencia T-146 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (20 de mayo de 2004), sentencia T-521 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (9 de junio de 2006), sentencia T-465 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (24 de agosto de 2006), sentencia T-722 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (25 de agosto de 2006), sentencia T-729 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (25 de septiembre de 2007), sentencia T-773 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional (22 de enero de 2008), sentencia T-021 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional

2020, la CC había revisado 61 tutelas, por lo que podemos asumir que los casos litigados ante jueces de instancias inferiores se pueden calcular en miles. En términos generales, la CC interpretó el desalojo de vendedores ambulantes como un conflicto entre el derecho al trabajo y el derecho colectivo a mantener la integridad del espacio público. En una primera etapa, entre 1992 y 2017, la CC estuvo dispuesta a garantizar, con sus tropiezos, los derechos de los accionantes. Eso, a pesar de que entre 1998 y 2003 diferentes alcaldes implementaron la que es quizá la campaña más agresiva de recuperación del espacio público en el sur global.³⁸ Sin embargo, desde 2017 esa protección

(2 de diciembre de 2008), sentencia T-1179 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional (24 de enero de 2008), sentencia T-053 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; Corte Constitucional (24 de abril de 2008), sentencia T-394 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional (29 de mayo de 2008), sentencia T-566 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (26 de junio de 2008), sentencia T-630 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional (6 de noviembre de 2008), sentencia T-1098 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional (29 de octubre de 2009), sentencia T-775 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; Corte Constitucional (24 de febrero de 2010), sentencia T-135 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional (12 de noviembre de 2010), sentencia T-908 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional (17 de noviembre de 2010), sentencia T-926 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (17 de marzo de 2011), sentencia T-192 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional (26 de marzo de 2012), sentencia T-244 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (26 de mayo de 2011), sentencia T-454 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional (14 de diciembre de 2011), sentencia T-940 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional (16 de diciembre de 2011), sentencia T-970 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional (12 de junio de 2012), sentencia T-437 de 2012, M. P. Adriana María Guillén Arango; Corte Constitucional (4 de septiembre de 2012), sentencia T-703 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional (28 de junio de 2013), sentencia T-386 de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional (12 de septiembre de 2013), sentencia T-631 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional (9 de abril de 2014), sentencia T-231 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional (9 de julio de 2014), sentencia T-481 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2015), sentencia T-606 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; Corte Constitucional (12 de diciembre de 2016), sentencia T-692 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional (3 de febrero de 2017), sentencia T-067 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez; Corte Constitucional (4 de julio de 2017), sentencia T-424 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo; Corte Constitucional (14 de julio de 2017), sentencia T-450 de 2017, M. P. Carlos Bernal Pulido; Corte Constitucional (28 de noviembre de 2017), sentencia T-701 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos; Corte Constitucional (31 de mayo de 2019), sentencia T-243 de 2019, M. P. Alberto Rojas Ríos; Corte Constitucional (22 de octubre de 2019), sentencia T-499 de 2019, M. P. Carlos Bernal Pulido; Corte Constitucional (2 de marzo de 2020), sentencia T-090 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁸ Donovan, Michael, "Informal cities and the contestation of public space: The case of Bogota's street vendors, 1988–2003", *Urban Studies*, vol. 45, núm 1, enero de 2008, pp. 29-51.

está en riesgo. A continuación, desarrollaremos con más detenimiento cada uno de los dos periodos mencionados.

IV. UNA CORTE DISPUESTA, CON SUS TROPIEZOS, A GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS VENDEDORES AMBULANTES (1992-2017)

De 1992 a 1996, la CC ordenó la protección de los vendedores ambulantes en seis de los casos revisados, salvo en los que se configuró carencia actual de objeto.³⁹ En cinco de los seis casos, los vendedores contaban con una licencia para ocupar el espacio público. En el sexto caso, la Corte ordenó la reubicación porque encontró probada la confianza legítima (la administración había prometido reubicarlos y no había cumplido) a pesar de que los vendedores no contaban con licencia. Desde mediados de 1996 hasta 1998, la CC revisó los primeros cuatro casos de vendedores sin licencia. En un primer momento, la CC negó el amparo o declaró improcedente la acción argumentando que los vendedores no estaban amparados por el principio de confianza legítima.⁴⁰ Desafortunadamente, un principio que había resultado útil para proteger el derecho al trabajo y al mínimo vital en los inicios de la jurisprudencia constitucional, ahora se convertía en un obstáculo. La Sala Plena matizó los fallos anteriores en la sentencia de unificación SU-360/99,⁴¹ que ampliaba los mecanismos disponibles para probar la confianza legítima. De ahí en adelante, se pudo probar con acuerdos previos entre la administración y los vendedores, la existencia de censos, el pago por el derecho al uso del espacio público o simplemente la omisión general de la administración de

³⁹ Corte Constitucional (17 de junio de 1992), sentencia T-225 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffestein; Corte Constitucional (3 de septiembre de 1993), sentencia T-372 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional (3 de marzo de 1994), sentencia T-091 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional (14 de diciembre de 1994), sentencia T-578 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (16 de marzo de 1995), sentencia T-115 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (17 de septiembre de 1996), sentencia T-438 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ Corte Constitucional (24 de marzo de 1995), sentencia T-133 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional (29 de abril de 1996), sentencia T-160 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional (2 de octubre de 1998), sentencia T-550 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional (11 de diciembre de 1998), sentencia T-778 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴¹ Corte Constitucional (19 de mayo de 1999), sentencia SU-360 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

actuar frente a la presencia de los vendedores. Todavía, sin embargo, la CC no consideraba que el testimonio del vendedor fuera prueba suficiente.

Las subreglas de la sentencia SU-360/99 fueron reiteradas en once oportunidades,⁴² hasta 2003, cuando la CC expidió una decisión mucho más inclinada a garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.⁴³ En la sentencia T-772/03,⁴⁴ la CC sostuvo que cualquier proceso de desalojo debía estar precedido de una cuidadosa e individualizada evaluación de los efectos socioeconómicos de la población afectada. Así, si la subsistencia de ciudadanos vulnerables estaba en riesgo, los desalojos no podían ser llevados a cabo, pues cualquier política que empobrezca a los ciudadanos es regresiva y viola tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos que Colombia ha ratificado como el texto de la Constitución misma. En ese orden de ideas, la CC introdujo cuatro subreglas adicionales. En primer lugar, la Corte sostuvo que en adelante el testimonio de los vendedores era suficiente para probar la confianza legítima. En segundo lugar, estableció que los vendedores “móviles” que carguen en sus cuerpos los bienes que venden no pueden ser acusados de ocupar el espacio público. En tercer lugar, afirmó que la policía no puede confiscar los bienes que los vendedores llevan, a menos que exista un procedimiento legal llevado a cabo previamente por la autoridad competente basado en motivos suficientes. En cuarto lugar, estimó que la policía no puede vulnerar el derecho a la libertad personal de ninguna persona por el solo hecho de vender en la calle. De manera elocuente, la sala concluyó que, en un Estado social de derecho, los ciudadanos no pueden ser forzados a con-

⁴² Corte Constitucional (20 de mayo de 1999), sentencia T-364 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (12 de julio de 1999), sentencia T-499 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (12 de mayo de 1999), sentencia SU-601A de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional (21 de septiembre de 1999), sentencia T-706 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (11 de octubre de 1999), sentencia T-754 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional (19 de noviembre de 1999), sentencia T-940 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional (30 de marzo de 2000), sentencia T-372 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional (1o. de agosto de 2000), sentencia T-983 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2000), sentencia T-1263 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional (21 de septiembre de 2002), sentencia T-660 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional (20 de agosto de 2003), sentencia T-726 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴³ Corte Constitucional (4 de septiembre de 2003), sentencia T-772 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁴ *Idem.*

vertirse en “mártires” en el nombre de la estética urbana o de ideas abstractas de bienestar.

Las subreglas establecidas en la sentencia T-772/03 fueron reiteradas en trece oportunidades por la CC.⁴⁵ Se trató de un fallo importante, que obligó a alcaldes de varias ciudades, incluida Bogotá, a limitar el tipo de campañas de recuperación del espacio público que habían llevado a cabo desde 1998.⁴⁶ Al fallo de la CC se sumó que las reubicaciones de los vendedores estaban fallando. Como ha sido ampliamente documentado, el dinero que ganaban los vendedores reubicados con su trabajo era mucho menor y no lograba cubrir sus necesidades básicas.⁴⁷ Sin embargo, los logros alcanzados por los vendedores ambulantes no estaban asegurados. Los niveles de protección que habían logrado a través de la acción de tutela estaban viéndose afectados por decisiones tomadas por jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa que fallaban acciones populares interpuestas con el fin de “proteger” el espacio público.⁴⁸ De hecho, la coexistencia de acciones populares y de tutelas incrementaron la tensión entre el derecho fundamental al trabajo

⁴⁵ Corte Constitucional (19 de febrero de 2004), sentencia T-146 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (20 de mayo de 2004), sentencia T-521 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (9 de junio de 2006), sentencia T-465 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (24 de agosto de 2006), sentencia T-722 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (25 de agosto de 2006), sentencia T-729 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (25 de septiembre de 2007), sentencia T-773 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional (22 de enero de 2008), sentencia T-021 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (2 de diciembre de 2008), sentencia T-1179 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional (24 de enero de 2008), sentencia T-053 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; Corte Constitucional (29 de mayo de 2008), sentencia T-566 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional (26 de junio de 2008), sentencia T-630 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional (6 de noviembre de 2008), sentencia T-1098 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional (29 de octubre de 2009), sentencia T-775 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁶ Donovan, Michael, “Informal cities and ...”, *cit.*, p. 46.

⁴⁷ Cross, John, *Informal Politics: Street Vendors and the State in Mexico City*, Stanford, Stanford University Press, 1998; Cutsinger, Loran, “Tips of the Trade: Street Vendors and the State in Barbados”, *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 45, núm 3, abril de 2000, pp. 29-51; Hansen, Karen, “Who Rules the streets? The Politics of Vending space in Lusaka”, en Hansen, Karen y Voo, Mariken (eds.), *Reconsidering Informality: Perspectives from Urban Africa*, México, Uppsala, Instituto de Nordic Africa Institute, 2004, pp. 62-80.

⁴⁸ La Ley 472 de 1998 introdujo incentivos monetarios para los accionantes de acciones populares, lo que incentivó el litigio para proteger intereses colectivos, como el goce del “espacio público”.

(de carácter individual y protegido por tutelas) y el derecho colectivo a mantener la integridad del espacio público y su destinación al uso común (protegido por las acciones populares). Hasta inicios de 2000, por ejemplo, era común que los alcaldes locales se quejaran de tener que elegir entre cumplir las órdenes emitidas por acciones populares (que ordenaban realizar campañas de recuperación del espacio público) y las tutelas (que ordenaban detener los desalojos).⁴⁹

A lo anterior se sumaba que las fricciones entre el Consejo de Estado (suprema autoridad de lo contencioso-administrativo, encargada de revisar o fallar acciones populares) y la CC, eran y siguen siendo comunes, porque en el diseño constitucional ambos son órganos de cierre de su jurisdicción y normativamente tienen el mismo poder. En el caso de los vendedores ambulantes, el choque entre ambas cortes se hizo evidente, pero disminuyó cuando el Consejo de Estado armonizó sus fallos con los de la CC ordenando que los desalojos se podían llevar a cabo sólo después que los vendedores amparados por la confianza legítima fueran reubicados o se les garantizara un mínimo vital para poder sobrevivir. La fricción con los jueces de lo contencioso-administrativo, sin embargo, no sería el único obstáculo que los vendedores debieron afrontar en aquel tiempo. La CC expidió dos fallos en 2010, donde disminuyó el estándar de protección otorgado previamente a los vendedores.⁵⁰ En ambos fallos la CC negó la petición de los accionantes basándose en regulaciones locales y barreras burocráticas. En la sentencia T-135/10,⁵¹ por ejemplo, la Corte retomó parcialmente los requisitos de 1996 y sostuvo que el testimonio del vendedor no era suficiente para probar la confianza legítima. Afortunadamente, ambos fallos fueron aislados, y sus subreglas no están vigentes. Esta clase de fallos son posibles porque la Corte está compuesta por nueve magistrados que deciden tutelas en salas de tres (salvo en los casos de unificación, en los que falla la Sala plena). En algunas ocasiones, una de las salas se separa del precedente de las demás sin ni siquiera saberlo, o, en cir-

⁴⁹ Algunos desalojos de vendedores fueron llevados a cabo por autoridades municipales en cumplimiento de sentencias de acción popular y, tras la reubicación, los vendedores interpusieron tutela. A manera de ejemplo, véase Corte Constitucional (25 de agosto de 2006), sentencia T-729 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁰ Corte Constitucional (24 de febrero de 2010), sentencia T-135 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional (17 de noviembre de 2010), sentencia T-926 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵¹ Corte Constitucional (24 de febrero de 2010), sentencia T-135 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

cunstances menos afortunadas, respondiendo a intereses políticos de algunos magistrados.⁵²

En 2016 sucedió algo muy importante. El Congreso de la República expidió un nuevo Código de Policía (Ley 1801, de 2016). El artículo 140.4 de este nuevo Código estableció que ocupar el espacio público constituía un comportamiento susceptible de multa, y, de suceder dos veces, conllevaría a la destrucción de los bienes de los ocupantes. La norma fue demandada porque en criterio de los demandantes vulneraba el derecho fundamental al debido proceso y el principio de confianza legítima de los vendedores ambulantes.⁵³ Para hacer compatible el Código con el principio de confianza legítima, la CC declaró la exequibilidad condicionada de la norma, y ordenó que en caso de tratarse de personas en situación de debilidad manifiesta o pertenecientes a grupos de especial protección protegidas por el principio de confianza legítima, la medida no era aplicable hasta tanto las autoridades competentes ofrecieran alternativas para garantizar su mínimo vital.⁵⁴

Con esa decisión, la Corte volvió a darle mucha importancia al principio de confianza legítima, lo cual es desafortunado, pues este principio ha contribuido a hacer más profundas las divisiones entre las personas de bajos recursos: quienes cuentan con mejor defensa técnica usualmente logran probar la confianza legítima, y los otros no. El principio también ha contribuido a que las autoridades se sientan legitimadas para crear más requisitos burocráticos para que los vendedores eviten ser desalojados. En Bogotá, por ejemplo, se ordenó que los vendedores que estuvieran ubicados en áreas donde el espacio público hubiera sido previamente “recuperado” no podrían acceder a alternativas económicas, porque no los cubría el principio de confianza legítima. Ser pobre y vulnerable, aparentemente no era suficiente.

Con el propósito de superar estos problemas, el magistrado Aquiles Arrieta escribió tal vez la sentencia más garantista que se ha expedido hasta ahora (T-067/17),⁵⁵ donde afirmó que el principio de confianza legítima es sólo uno

⁵² Hirschl, Ran, “The Judicialization of Mega-Politics and The Rise of Political Courts”, *Annual Reviews of Political Science*, vol. 11, mayo de 2008, pp. 93-118.

⁵³ Corte Constitucional (28 de noviembre de 2017), sentencia C-211 de 2017, M. P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Corte Constitucional (3 de febrero de 2017), sentencia T-067 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez. En esta ocasión, la Corte realmente se interesó en diseñar subreglas que respondieran a las lógicas productivas de los vendedores. Para el efecto, se basó en estudios cuantitativos y cualitativos como, por ejemplo, la tesis de doctorado de una de las coautoras de este texto.

de los ejes principales del concepto más amplio e integral del debido proceso. Según la CC, para no violar el derecho al debido proceso se debe llevar a cabo el siguiente procedimiento en un caso de desalojo: 1) suscribir un acuerdo previo con los vendedores donde se establezcan obligaciones específicas para que la administración garantice un ingreso mínimo para los desalojados. No es suficiente con incorporar a los vendedores ambulantes en una base de datos, en un registro o en una lista de espera. Los funcionarios públicos implicados son responsables disciplinariamente por el incumplimiento del plan. 2) Certificado de disponibilidad presupuestal obtenido por la administración antes del desalojo, mediante el cual se pruebe que la administración cuenta con recursos económicos suficientes para garantizar el ingreso mínimo de los vendedores. 3) Los desalojos deben ser llevados a cabo con todas las garantías para la integridad personal de la población afectada. La mercancía de los vendedores no puede ser incautada. 4) Después de que el desalojo se lleve a cabo, todos los vendedores deben estar en capacidad de obtener un ingreso mínimo por otros medios. Si ese no es el caso, el vendedor puede interponer una tutela, pues se estaría violando su derecho fundamental al debido proceso. Esta sentencia es clave, pues cambió el precedente al establecer que aun si los vendedores ambulantes no pueden probar que están amparados por la confianza legítima, el Estado siempre está obligado a cumplir el derecho al debido proceso. Desafortunadamente, las cosas estaban por cambiar.

V. UNA CORTE OSCILANTE Y EN OCASIONES MENOS DISPUESTA A GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS VENDEDORES AMBULANTES (2017-2020)

La victoria para los vendedores fue efímera. La CC se apartó del precedente de la sentencia T-067/17 en dos fallos posteriores.⁵⁶ En el primer fallo, la CC denegó las pretensiones del accionante, por considerar que no se probó la confianza legítima.⁵⁷ El fallo es desafortunado, pues la Corte volvió a darle fuerza al principio sin siquiera identificar el precedente de la T-067. El segundo fallo es aún más preocupante. Un nuevo juez, el magistrado Bernal,⁵⁸

⁵⁶ Corte Constitucional (3 de febrero de 2017), sentencia T-067 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez.

⁵⁷ Corte Constitucional (4 de julio de 2017), sentencia T-424 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁵⁸ Lewin, Juan, "De la Biblia para la Corte Constitucional", *La Silla Vacía*, 30 de octubre de 2019, disponible en: <https://lasillavacia.com/biblia-corte-constitucional-74322>.

declaró que los casos de vendedores ambulantes desalojados no deben ser conocidos por la jurisdicción constitucional, pues no cumplen con el principio de subsidiariedad.⁵⁹ Según el principio, la tutela sólo procede cuando no existe otro mecanismo judicial que permita salvaguardar un derecho o, cuando existiendo, éste no es idóneo para protegerlo en la práctica. Según Bernal, el proceso contencioso-administrativo es idóneo para resolver la disputa entre los vendedores ambulantes y la administración, pues a través de dicho procedimiento se puede demandar un acto administrativo ficto (el desalojo) y solicitar una medida cautelar. También consideró que en el caso en concreto no se presentaba un perjuicio irremediable, pues el accionante “no aportó medios de prueba que permitan concluir que se encuentra en un supuesto de perjuicio irremediable o ante alguna situación que amerite la intervención excepcional del juez de tutela”.⁶⁰

El fallo de Bernal es reprochable al menos por dos razones. En primer lugar, el argumento de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa es insuficiente. Se requiere contratar a un abogado para acudir al juez administrativo, y un vendedor desalojado no cuenta con ingresos ni conocimiento suficiente para buscar y contratar un abogado que pueda interponer la acción. Adicionalmente, los procesos en la jurisdicción contencioso-administrativa se demoran mucho más en ser fallados que una tutela. En segundo lugar, es evidente que existe un perjuicio irremediable. Si el vendedor perdió su mercancía y fue desalojado de su lugar de venta, no podrá obtener el ingreso diario necesario para sobrevivir y, por lo tanto, su mínimo vital y su derecho al trabajo se verán afectados. Afortunadamente, otra Sala conformada por otros magistrados falló un caso de desalojo siguiendo lo establecido en la T-067/17.⁶¹ En esa oportunidad, la sala de revisión, presidida por el magistrado Alberto Rojas, concedió el amparo a una vendedora, argumentando que otros mecanismos judiciales (como acudir al juez administrativo) no resultan idóneos ni eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales de poblaciones sujetas de especial protección constitucional.⁶² El magistrado Bernal salvó el voto.

⁵⁹ Corte Constitucional (28 de noviembre de 2017), sentencia T-701 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Corte Constitucional (3 de febrero de 2017), sentencia T-067 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez.

Los choques entre distintas salas continuaron. De nuevo, una Sala presidida por el magistrado Alberto Rojas decidió amparar, siguiendo las consideraciones de la T-067/17, los derechos de un vendedor ambulante desalojado,⁶³ mientras que una Sala presidida por Bernal decidió declarar improcedente la acción presentada por una mujer que vendía sus productos en frente de una clínica.⁶⁴ Afortunadamente, la última decisión de la Corte,⁶⁵ expedida por una Sala presidida por el magistrado José Fernando Reyes, enfatiza el hecho de que un desalojo implica una violación del derecho al debido proceso y hace énfasis en lo establecido en la sentencia T-067/17. Bernal volvió a salvar el voto.⁶⁶ En este momento,⁶⁷ lo preocupante es que no existe un balance constitucional claro, pues la jurisprudencia oscila entre la declaración de improcedencia de la tutela y la solución integral promovida por la sentencia T-067/17. Finalmente, en un caso más cercano al derecho al debido proceso, la Corte tuteló los derechos de una vendedora de tinto (café) que fue expulsada por sostener una relación sentimental con un comerciante de una plaza de mercado.⁶⁸ Pese a los choques entre las salas de revisión, la Sala plena no ha expedido un fallo de unificación.

VI. CONCLUSIÓN

Antes de que la tutela fuera incluida en la Constitución de 1991, no había ningún mecanismo legal disponible para que los ciudadanos más vulnerables pudieran exigir judicialmente la coordinación de regulaciones locales con el catálogo de derechos fundamentales. Durante estos treinta años, la tutela ha sido usada como un escudo en contra de regulaciones de bajo nivel usadas

⁶³ Corte Constitucional (31 de mayo de 2019), sentencia T-243 de 2019, M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁶⁴ Corte Constitucional (22 de octubre de 2019), sentencia T-499 de 2019, M. P. Carlos Bernal Pulido.

⁶⁵ Corte Constitucional (2 de marzo de 2020), sentencia T-090 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ La sentencia T-269/20 negó el amparo de un ciudadano que deseaba utilizar el espacio público para la venta de comida rápida, pese a que tenía un local comercial y estaba registrado como comerciante. En sentido estricto, esa sentencia no entra en este estudio, pues el accionante no era un rebuscador. Véase Corte Constitucional (30 de julio de 2020), sentencia T-269 de 2020, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁶⁸ Corte Constitucional (3 de agosto de 2020), sentencia T-283 de 2020, M. P. Diana Fajardo Rivera.

por la policía y otros funcionarios públicos que adelantan desalojos sin garantizar que los vendedores puedan obtener un ingreso mínimo alternativo que les permita sobrevivir. Sin embargo, como lo mostramos en este artículo, actualmente el patrón decisional en el caso de vendedores ambulantes que son desalojados por invadir el espacio público no es claro. Algunos magistrados han hecho esfuerzos (con frutos) para que los rebuscadores de la calle, y particularmente los vendedores ambulantes, no accedan a la justicia constitucional. Si esa postura (por ahora, afortunadamente en debate) logra convertirse en la subregla dominante, el derecho constitucional dejará de servir como un escudo para los vendedores ambulantes.

Trabajar en la calle está lejos de ser fácil o de constituirse en un trabajo ideal. Esta clase de estrategias productivas requieren largas jornadas de trabajo, y someten a quienes las adoptan a las inclemencias del clima y de la contaminación. Trabajar en la calle, generalmente, es una forma de huir del hambre. Son condiciones estructurales (y no una decisión libre) las que arrojan a las personas a trabajar rebuscándose.⁶⁹ En estos momentos, es aún más difícil. Las ventas ambulantes dependen de que la gente salga a la calle a comprar, y como salir es un factor de riesgo para el Covid-19, los compradores han disminuido. En ese orden de ideas, ahora es más importante que nunca que la Sala Plena de la CC expida un fallo de unificación en el que: i) recalque que la tutela es procedente para resolver conflictos en los que vendedores ambulantes son desalojados, y ii) retome las subreglas de la sentencia T-067/17, haciendo énfasis en que para llevar a cabo un desalojo las autoridades deben respetar el debido proceso, inclusive cuando no se prueba la existencia de confianza legítima. Lo más importante, en cualquier caso, es que por ninguna razón la CC retome el argumento de que la tutela es improcedente.

La esperanza está en que la CC emita una sentencia de unificación, porque el rol del Legislativo y el Ejecutivo respecto de los rebuscadores ha sido muy marginal. El Legislativo expidió la Ley 1988 de 2019, que establece los lineamientos para una política pública de vendedores ambulantes. El proyecto de ley original consagraba un artículo que prohibía expresamente el desalojo de vendedores sin un debido proceso, ordenando la evaluación detallada de sus condiciones socioeconómicas tal como lo estableció la sentencia T-067/17. Sin embargo, dicho artículo fue eliminado en el trámite legislativo por solicitud de la bancada de gobierno, lo cual nos dejó con una Ley inocua y

⁶⁹ García, Gustavo y Badillo, Érika, “Rationing of Formal Sector Jobs and Informality: The Colombian Case”, *Journal of International Development*, vol. 30, núm. 5, julio de 2018, pp. 760-789.

menos garantista que la sentencia T-067/17. El Ejecutivo también ha desempeñado hasta ahora un papel muy pobre en la protección de los rebuscadores. En agosto de 2020, el gobierno expidió la política pública de vendedores ambulantes ordenada en la Ley 1988 de 2019;⁷⁰ pero la política del nivel nacional es limitada, pues los desalojos son ordenados por las entidades territoriales. Es hora, por lo tanto, de que la Sala Plena de la CC expida una sentencia de unificación, y con ella le haga honor a la frase de Ciro Angarita Barón: “no basta el éxito profesional y que él es menos gratificante cuando florece en un medio de desigualdad y dolor, en el cual se vulnera a diario la dignidad del prójimo”.

VII. REFERENCIAS

- CORTE CONSTITUCIONAL, “Estadísticas de la CC. Corte Constitucional”, 22 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/la-corte/estadisticas.php>.
- CROSS, John, *Informal Politics: Street Vendors and the State in Mexico City*, Stanford, Stanford University Press, 1998.
- CUTSINGER, Loran, “Tips of the Trade: Street Vendors and the State in Barbados”, *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 45, núm. 3, abril de 2000.
- DONOVAN, Michael, “Informal Cities and the Contestation of Public Space: The Case of Bogotá’s Street Vendors, 1988-2003”, *Urban Studies*, vol. 45, núm. 1, enero de 2008.
- GARCÍA, Gustavo y BADILLO, Érika, “Rationing of Formal Sector Jobs and Informality: The Colombian case”, *Journal of International Development*, vol. 30, núm. 5, julio de 2018.
- HANSEN, Karen, “Who Rules the Streets? The Politics of Vending Space in Lusaka”, en HANSEN, Karen y VOO, Mariken (eds.), *Reconsidering Informality: Perspectives from Urban Africa*, México, Uppsala, Instituto de Nordic Africa Institute, 2004.
- HIRSCHL, Ran, “The Judicialization of Mega-Politics and The Rise of Political Courts”, *Annual Reviews of Political Science*, vol. 11, mayo de 2008.

⁷⁰ MinTrabajo y MinInterior, “Política pública de vendedores informales”, Gobierno de Colombia, Bogotá, 2020, disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/politica_publica_de_vendedores_informales.pdf.

LEWIN, Juan, “De la Biblia para la Corte Constitucional”, *La Silla Vacía*, 30 de octubre de 2019, disponible en: <https://lasillavacia.com/biblia-corte-constitucional-74322>.

MINTRABAJO y MININTERIOR, “Política pública de vendedores informales”, Bogotá, Gobierno de Colombia, 2020, disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/politica_publica_de_vendedores_informales.pdf.

VALVERDE, Mariana, “Jurisdiction and Scale: Legal «Technicalities» as Resources for Theory”, *Social Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, mayo de 2009.

LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DEL TRABAJO EN CHILE Y SU VULNERACIÓN*

THE CONFIGURATION OF THE RIGHT TO THE DIGITAL DISCONNECTION FROM WORK IN CHILE AND ITS VULNERATION

L'IMPRÉCISION DU DROIT À LA DÉCONNEXION NUMÉRIQUE PROFESSIONNELLE AU CHILI ET SA MISE À MAL

Rodrigo MONTEIRO PESSOA**

RESUMEN: El derecho a la desconexión del trabajo, que surgió como un nuevo derecho laboral para hacer frente a los cambios en la sociedad del trabajo, tan afectada por la tecnología de la información, y que trae consecuencias nefastas para la vida y la salud de los trabajadores, fue positivado en Chile por la ley 21.220 de 2020. No obstante, dejó muchas lagunas sobre su configuración y sobre la forma como se puede vulnerar este derecho laboral. Este trabajo pretende argumentar sobre estas líneas jurídicas, de forma de ofrecer contribuciones a la aplicación práctica del derecho a la desconexión digital del trabajo en las empresas y por la jurisprudencia, para los casos de conflictos entre las partes de la relación laboral.

Palabras clave: desconexión del trabajo, tecnología, configuración, vulneración.

* Recibido el 22 de septiembre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

Artículo financiado por el proyecto FONDECYT INI 11200968 y DIUFRO EP DI20-0071.

** Académico de la Universidad de la Frontera. Licenciado en administración en la UFPB–Brasil; licenciado en ciencias jurídicas en el UNIESP–Brasil; postítulo en derecho de la seguridad social por UNIDERP–Brasil; postítulo en derecho y *Compliance* Laboral–IEPREV; Magíster Académico en Derecho Económico por la UFPB–Brasil; doctor en derecho por la Universidad de Chile; postdoctoral (c) en derecho por la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo (FDRP-USP), Brasil.



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. 35, pp. 27-58

ABSTRACT: The right to disconnection from work, which emerged as a new labor law that aims to face changes in the labor society, so affected by information technology, and that it has dire consequences for the life and health of workers is consecrated in Chile, Law No. 21,220 of 2020. However, it has left many gaps on its configuration and on how this labor right can be violated. This work aims to argue about these legal lines, in order to offer contributions to the practical application of the Right to Digital Disconnection from Work in companies and by jurisprudence, for cases of conflicts between the parties to the employment relationship.

Keywords: right to disconnection from work, technology, configuration, infringement.

RÉSUMÉ: Le droit à la déconnexion au travail, nouveau droit professionnel répondant aux modifications de la société du travail si bouleversée par les technologies de l'information néfastes pour la vie et la santé des salariés, a fait l'objet, en 2020, d'une loi au Chili, celle qui porte le numéro 21.220. Mais son imprécision même met à jour de nombreuses lacunes juridiques et permet la mise à mal de ce droit professionnel. Le présent travail examine le texte de cette loi afin de contribuer à l'application pratique du droit à la déconnexion numérique au travail dans les entreprises et entend également faire évoluer la jurisprudence dans le cas de conflits entre employeurs et employés.

Mots-clés: déconnexion au travail, technologie, imprécision, mise à mal.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la desconexión del trabajo: surgimiento y configuración en Chile.* III. *Las consecuencias por la vulneración del derecho a la desconexión del trabajo en el contexto chileno y el daño existencial.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la discusión sobre el derecho a la desconexión digital del trabajo viene ganando cada vez más espacio en el campo jurídico. Esto porque la revolución digital y la automatización abren espacio para la conexión permanente a diversos dispositivos que nos acompañan día a día. Los *smartphones*, *tablets* y *smartwatches* (para citar algunos *geeks*) ofrecen

un abanico de posibilidades de acceso a todo tipo de información, nubes y aplicaciones móviles con servicios esenciales y de ocio. Además, los temas de privacidad son ampliamente cuestionados por nuestra huella digital y la posibilidad de ser rastreados a todo momento por medio de la geolocalización. La vida privada, la intimidad, la autodeterminación informativa, la libertad de expresión, de información, comunicación y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamentos que dieron espacio a la positivación de leyes de protección de datos personales en diversos países del mundo, incluyendo Chile, con la ley 19.628 de 1999. De ahí la importancia de discutir y legislar sobre la tecnología y sus impactos en la vida de las personas.

Este escenario de preocupación con los datos personales y la afectación de diversos derechos, incluso derechos de la personalidad, refuerza la necesidad de los cambios legislativos en favor de reabrir viejas discusiones para readaptarlas a las nuevas realidades. Varios autores ya han dedicado diversas líneas para argumentar sobre la real necesidad de un nuevo derecho laboral, en el sentido de proteger específicamente la desconexión digital del trabajo,¹ por lo que no vamos a tratar esta pugna. Nuestra opinión sobre la trascendencia de ir adaptando las leyes a las modificaciones sociales sigue vigente, e, incluso, pudimos hacer alusión a esta posición en otro artículo publicado antes de la positivación del derecho a la desconexión del trabajo en el ordenamiento jurídico chileno.²

Empero, queremos aprovechar el espacio para incrementar nuestra posición, haciendo referencia al trabajo del profesor Luciano Martínez, de la Universidad Federal da Bahía, en Brasil, que hizo una brillante analogía sobre la tosca adaptación que muchas veces queremos hacer a las leyes laborales, imaginando que todo ya está en los códigos laborales, que en realidad fueron pensados para otra lógica —la de centralización productiva y del empleo análogo—, y que con la simple interpretación evolutiva de viejos preceptos

¹ Pérez Campos, Ana Isabel, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* (LII), 2019, pp. 108 y ss.; Torres García, Bárbara, “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 2020, p. 255; Taléns Visconti, Eduardo Enrique. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* (17), 2019, pp. 150 y ss.; Toscani Giménez, Daniel y Trujillo Pons, Francisco (dir.), *La desconexión digital en el trabajo*, 2020, Valencia, Arazandi-Thomson-Reuters.

² Monteiro Pessoa, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología —una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, 28(2), 2019b, pp. 19 y ss.

tendremos la solución para todos los problemas modernos de conflicto en las relaciones de trabajo. Permítanme contarles la historia de Procusto y la forma como el profesor Martínez vincula la mitología griega a las adaptaciones laborales poco eficientes.

Procusto, en la mitología griega, era un bandido de Ática que tenía una posada en medio del camino de Atenas y Eleusis. El personaje de la mitología ofrecía alojamiento a los viajeros que, durante la noche, cruzaban el camino y estaban lo demasiado cansados para poder seguir viaje. Ofreciendo una cena y un lecho para descansar, Procusto quería que los viajeros encajaran perfectamente en su lecho. Por ende, en la noche, durante el sueño de sus invitados, verificaba si ellos estaban completamente encajados en el lecho ofrecido. Si el invitado dormido fuera de un tamaño más pequeño que su lecho, Procusto ataba sus manos y pies con cuerdas en las puntas del lecho, y con un martillo, rompía sus huesos para facilitar estirarlos hasta que quedaran con el tamaño exacto del lecho. Por otro lado, si el viajero fuera más grande que el lecho, Procusto utilizaba un hacha para poder cortar las extremidades del huésped, incluso su cabeza, para que quedara perfectamente encajado en su lecho. El bandido de Ática tuvo su final en manos de Teseo, y algunas versiones del cuento dicen que él tenía dos lechos con tamaños diferentes, que se ofrecía según el tamaño del viajero, para que nunca cupiera exactamente en su lecho.³

El profesor Martínez comenta que muchas veces cuando utilizamos viejas normas laborales pensadas para otras situaciones sociales, para otra lógica del trabajo, intentando adaptarlas para que sirvan para un contexto completamente diverso al que es parte de los cimientos de las leyes del trabajo vigentes, hacemos lo mismo que Procusto con los viajeros. Deformamos las leyes, buscando respuestas para las cuales no fueron hechas, hasta el punto de hacer de la legislación laboral algo irreconocible.⁴

Por esta razón, somos favorables a que el derecho a la desconexión sea positivado, ya que es una situación que va más allá del mero derecho al descanso, y se configura de una forma que pasa a tutelar el derecho del trabajador de “existir” mucho más que “descansar”. El derecho de existir significa que el trabajador debe poder concentrarse en otras actividades familiares y privadas que son importantes para su existencia como ser humano, dotado de dignidad y derechos. Luego, la desconexión del trabajo y otras políticas conexas

³ Taleb, Nassim Nicholas, *El lecho de procusto: aforismos filosóficos y prácticos*, Barcelona, Paidós, 2019, pp. 11 y 12.

⁴ Martínez, Luciano, *Curso de direito do trabalho* (11a. edição), São Paulo, Saraiva, 2020, p. 69.

representan respuestas a las nuevas realidades del mundo del trabajo.⁵ Esta es la razón por la cual se debe hablar y desarrollar las aristas de este nuevo derecho laboral.

La propuesta de esta investigación reposa en establecer la configuración del derecho a la desconexión digital del trabajo en el ámbito del ordenamiento jurídico chileno, apoyándose también con la sistematización de esta configuración en Francia y España, sin el afán de utilizarse el método comparativo. Además, el trabajo busca determinar cuáles son los efectos jurídicos del incumplimiento del derecho a la desconexión digital del trabajo en el ordenamiento jurídico-laboral chileno. Para ello, utilizaremos el método exploratorio y descriptivo, apoyado en la dialéctica deductiva sustentada en la doctrina especializada, dialéctica en el sentido de analizar fenómenos de la sociedad y el pensamiento para descubrir las fuerzas motrices que desarrollaron una realidad. Es deductivo, porque vamos a contextualizar un fenómeno general para resaltar las verdades particulares contenidas explícitamente en la situación general estudiada.

II. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DEL TRABAJO: SURGIMIENTO Y CONFIGURACIÓN EN CHILE

Como he comentado, los cambios en las relaciones laborales permiten, hoy día, que se permanezca conectado al trabajo incluso fuera de las dependencias físicas de las empresas. Esta situación genera problemas de diversa índole al trabajador moderno, ya que las complicaciones por poder seguir realizando actividades laborales por medio de dispositivos de tecnología de la información son nefastas. El empleado que jamás se desconecta del trabajo tiende a no descansar completamente y pierde la oportunidad de existir —disfrutando de actividades sociales y familiares y de sus momentos de ocio—, desnaturalizando los objetivos de las primeras leyes laborales que determinaron intervalos entre jornadas, además de encontrar barreras para la conciliación de la vida laboral con la vida social y familiar —por ende, distanciándose del concepto de trabajo decente—,⁶ lo que genera mayor estrés en su vida.

⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, 2018, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).

⁶ Somavia, Juan, *Trabajo decente*, 1999, disponible en: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).

La Oficina Alemana para la Seguridad y Salud en el Trabajo (BAuA-Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin) publicó un interesante informe sobre el estrés y el trabajo, y la recomendación 5 del informe “La salud mental en el lugar de trabajo-posicionamiento científico” (*Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt-Wissenschaftliche Standortbestimmung*) reconoce que una característica central de la recuperación es desconectarse del trabajo después de la jornada. Las interrupciones o reducciones del reposo durante un periodo más largo generan déficits de recuperación negativos para la salud, además de acarrear consecuencias desfavorables para la adecuación entre el trabajo y la vida privada.⁷

La importancia del estudio está en constatar que el simple hecho de recibir una comunicación (mensaje, llamada telefónica, chat por el WhatsApp, etcétera) ya es suficiente para reactivar la mente del trabajador para sus quehaceres, quebrando la desconexión mental con consecuencias para su salud. Este trabajador puede estar lejos físicamente del establecimiento donde presta sus servicios subordinados al empleador, incluso en su casa, echado en el sofá y tomando un jugo relajante; sin embargo, el quiebre de la desconexión, es decir, la interrupción del espacio de tiempo sin que este trabajador piense en su trabajo o en soluciones para los problemas de sus labores, es lo que le perjudica. No es el descanso físico en sí, que ya estaba tutelado por el derecho al descanso en las leyes laborales, es tener un periodo en que su mente no se activará para temas de trabajo, y que podrá concentrarse en otras actividades sociales y familiares, permitiendo al trabajador existir como persona.

El que constantemente está pensando en trabajo tiene un aumento del agotamiento emocional, cinismo y enojo, resultando en un aumento del estrés. Más allá, el aumento del estrés contribuye significativamente para la depresión,⁸ lo que demuestra la importancia de las preocupaciones relacionadas con el tema de la desconexión del empleado de sus actividades que podrían perfectamente seguir fuera de la jornada normal por el uso de herramientas de tecnología de la información.

Si bien es cierto que el trabajador podría incluso no contestar las llamadas, los pedidos de realización de tareas o responder a un correo electrónico, el

⁷ BAuA-Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, *Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt: Wissenschaftliche Standortbestimmung*, 2017, disponible en: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/PsychischeGesundheit.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (fecha de consulta: 5 de octubre de 2020).

⁸ Greenglass, Esther *et al.*, “Reactions to Increased Workload: Effects on Professional Efficacy of Nurses”, *Applied Psychology*, 52, 2003, disponible en: <https://doi.org/10.1111/1464-0597.00152>.

hecho de recibir estas comunicaciones telemáticas ya es suficiente para el quiebre de su desconexión.⁹ Más allá, según Robert McChesney, una encuesta de 2012 concluye que las tecnologías digitales, lejos de aliviar las cargas de trabajo, han hecho posible que el trabajador típico estadounidense proporcione hasta un mes y medio de horas extras no pagadas anualmente, simplemente usando sus teléfonos inteligentes y computadoras para trabajar a cualquier hora fuera del lugar de trabajo, donde casi la mitad siente que no tienen otra opción.¹⁰ Es exactamente esto, ya que muchos sienten que no tienen opción. La cultura organizacional muchas veces apunta a que si no estás disponible todo el tiempo para la empresa, entonces no tienes compromiso con la organización, o eso significa que no eres organizado, confiable, trabajador.¹¹

En Chile, el 87,4% de la población tiene acceso a Internet. El 28,9% de los hogares cuenta con acceso solamente a Internet fija, el 29,6% cuenta solamente con Internet móvil, y el 27,2% de los hogares cuenta con Internet fija y móvil.¹² A nivel nacional, 43,4% de los usuarios de Internet apuntan como una razón para tener Internet en su hogar es por temas laborales, un 23,8% afirma que los negocios conforman uno de los principales motivos, y un 78,1% afirma que la razón de mantener una conexión en su hogar es por razones de comunicación.¹³ Estos datos demuestran que los chilenos utilizan —principalmente— la Internet para el trabajo, lo que incluye las comunicaciones por correo electrónico y redes sociales, y esto representa un nuevo paradigma en materia laboral, porque la facilidad de acceso a los dispositivos móviles y computadoras portátiles posibilita que se lleve el trabajo —obviamente, dependiendo del tipo de trabajo— a todos los lugares, independientemente de que se esté físicamente o no en las dependencias de la empresa.

Complementando el argumento anterior, sabemos que se hace necesario que en el trabajo, donde pasamos gran parte de nuestra vida, es adonde debe comenzar la generación de una cultura de desconexión digital, como medida

⁹ BAuA-Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, *op. cit.*, nota 8.

¹⁰ McChesney, Robert Waterman, *Digital Disconnect: how Capitalism is Turning the Internet Against Democracy*, Nueva York, New Press, 2013, p. 218.

¹¹ Grant, Adam, “No responder correos electrónicos no habla bien de ti ni de tu productividad”, *New York Times*, 19 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2019/02/19/espanol/opinion/como-contestar-correo.html> (fecha de consulta: 10 de junio de 2020).

¹² Gobierno de Chile-Subsecretaría de Telecomunicaciones, “IX Encuesta de Acceso y Usos de Internet”, División de Política Regulatoria y Estudios, Subsecretaría de Telecomunicaciones, 2017, disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe_Final_IX_Encuesta_Acceso_y_Usos_Internet_2017.pdf (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021), p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

de protección de la salud y de la integridad física y psíquica de los trabajadores. La doctrina especializada cita los problemas de la dependencia y otras complicaciones psicológicas asociadas al uso abusivo de la conexión digital.¹⁴ Incluso, surgen nuevas enfermedades asociadas al uso desmedido de tecnologías de la información y comunicación (TIC), como el síndrome del túnel carpiano quienes digitan mucho tiempo en el celular, daños a la visión por la exposición a pantallas retroiluminadas, problemas de ansiedad y aislamiento social, sedentarismo, daños al sistema nervioso, como la fatiga, vértigo o insomnio, y la nomofobia, que es el sentimiento de ansiedad, inseguridad y angustia cuando alguien se queda sin su celular, por haberlo olvidado en algún sitio específico o por quedarse sin batería.¹⁵

Entonces, no se trata solamente de no contestar o no realizar tareas a distancia con el uso de tecnologías de la información y comunicación (TIC); se trata de no tener que estar atento a estas formas de comunicación ni de recibirlas efectivamente para que no se genere el quiebre de la desconexión. Se trata también de generar una cultura de desconexión digital en el trabajo para evitar los efectos anteriormente citados. Se trata, además, de posibilitar que el trabajador pueda existir como persona y no sufrir las consecuencias de la privación de su vida social y familiar.

Esta nueva preocupación en las relaciones laborales llevó al surgimiento del llamado “derecho a la desconexión”,¹⁶ tutelado como consecuencia de una práctica llevada a cabo principalmente por empresas europeas. La empresa Volkswagen desde 2011 adopta una política de desconexión de sus servidores de correo electrónico después de la jornada de trabajo de sus empleados. Los servidores dejan de funcionar treinta minutos después de la jornada laboral y vuelven a funcionar treinta minutos antes de comenzar la nueva jornada diaria.¹⁷ La fábrica de vehículos Daimler avisa a los remitentes de correos electrónicos cuando el destinatario está de vacaciones, comunicando

¹⁴ Nicolaci-da-Costa, Ana Maria, “Internet: a negatividade do discurso da mídia versus a positividade da experiência pessoal. À qual dar crédito?”, *Estudos de Psicologia* (Natal), 7(1), 2002, pp. 25 y 26.

¹⁵ Spear King, Anna Lucia *et al.*, *Nomofobia-Dependência do computador, internet, redes sociais? Dependência do telefone celular? O impacto das novas tecnologias no cotidiano dos indivíduos*, São Paulo, Editora Atheneu, 2017.

¹⁶ Término utilizado por primera vez por la Ley francesa 2016/1088, del 8 de agosto de 2016, más conocida como *Loi Travail*, que agregó el inciso 7o. al artículo L2242-8, estableciendo el derecho a la desconexión (*droit à la déconnexion*).

¹⁷ “Volkswagen Turns off Blackberry email after Work Hours”, *BBC News*, 2012, disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-16314901> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2020).

que deben redireccionar su correo a otras personas para evitar que éste sea borrado. Es una medida para garantizar el derecho a la desconexión del empleado en su periodo de descanso anual.¹⁸ En la misma línea, el fabricante de neumáticos Michelin estableció un control de conexiones a distancia, para el personal directivo, de forma a limitar su trabajo fuera de la jornada y en fines de semana.¹⁹ Existen otros ejemplos de transposición al ámbito de la empresa citados por la doctrina, como el caso de BMW, donde los trabajadores pueden flexibilizar su horario de trabajo indicando los periodos en que no estarán disponibles para la empresa.²⁰ Está igualmente el caso de Gie Reúnica, en que un trabajador está prohibido de enviar correos electrónicos durante los periodos de suspensión de su contrato o descanso, ni deberá responder a los correos que se le envíen en esos periodos.²¹ O el de Syntec y Cinov, que establece el deber empresarial de respetar la desconexión de los trabajadores, “siendo responsabilidad del empresario asegurar las disposiciones necesarias a fin de que el trabajador se desconecte de los dispositivos de comunicación a distancia que tiene a su disposición”.²²

Las empresas han despertado la preocupación con la desconexión digital porque toca sus intereses.²³ Los trabajadores constantemente pendientes del trabajo no descansan y caen en productividad, y la exagerada utilización de mano de obra como factor de producción lleva al decrecimiento del rendimiento empresarial (ley de rendimientos decrecientes),²⁴ mayor incidencia de errores, desgaste físico y mental de los trabajadores, siniestralidad laboral

¹⁸ “Should holiday email be deleted?”, *BBC News*, 2014, disponible en: <https://www.bbc.com/news/magazine-28786117> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2020).

¹⁹ “Francia y el derecho a desconectarse”, *El Espectador*, 2017, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/elmundo/francia-y-el-derecho-desconectarse-articulo-672948> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2020).

²⁰ Vallecillo Gámez, María Rosa, “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 2020, p. 224.

²¹ *Idem*, p. 224.

²² *Ibidem*, p. 225.

²³ Pérez Campos, Ana Isabel, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (LII), 2019, pp. 106 y ss.

²⁴ La ley de rendimientos decrecientes es una teoría económica que afirma que puede existir la disminución del incremento de la producción a medida que se aumenta un factor productivo (por ejemplo, trabajo o maquinaria), manteniendo los demás constantes. Luego, es necesario observar el número de horas dedicadas al trabajo como factor productivo para que esto no resulte en la disminución de la propia producción (Samuelson & Nordhaus, 2001, p. 110).

con consecuencias económicas para el empleador,²⁵ y otras consecuencias del estrés laboral.²⁶ Frente a este escenario, podemos argumentar junto a Pérez Campo, que

desde una perspectiva general, la regulación del derecho a la desconexión digital en el entorno laboral interesaría desde un triple punto de vista: social, por cuanto protege la tutela física y moral del trabajador, jurídico al imponer límites a la duración del trabajo, pero, también, desde un punto de vista económico, en cuanto la duración del trabajo excesivo puede repercutir sobre los costos de producción y beneficios de la empresa.²⁷

Pensando en esto, y como forma de positivar el derecho a la desconexión, Francia fue pionera en la modificación del Código del Trabajo, incorporando en el artículo L.2242-8, el inciso 7o. que trata de la negociación anual:²⁸

los términos del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y de la aplicación por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de herramientas digitales, con el fin de garantizar el cumplimiento de los períodos de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador deberá elaborar una política, después de consultar el comité de empresa o, en su defecto, los delegados de personal. Esta política definirá los procedimientos para el ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, las acciones de capacitación y campañas de sensibilización para los empleados, personal de mando intermedio y dirección, para un uso razonable de herramientas digitales.²⁹

²⁵ En Chile, por ejemplo, el Decreto 67, de 1999, estableció una cotización adicional diferenciada en función de la actividad y riesgo de la empresa, que no puede exceder de 3,4% de las remuneraciones imponibles al seguro de accidentes del trabajo de la ley 16.744 de 1968. Por ende, si hay mayor siniestralidad, habrá mayor costo social para el trabajo a cargo del empleador.

²⁶ Serrano Argüeso, Mariola, “«Always on». Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 2019, p. 173.

²⁷ Pérez Campos, Ana Isabel, *op. cit.*, nota 24, p. 109.

²⁸ En Francia es obligatorio negociar anualmente —para las empresas que cuenten con representación sindical— sobre retribuciones, tiempo de trabajo, reparto del valor añadido en la empresa, calidad del trabajo e igualdad profesional entre hombre y mujeres (artículo L.2242-1 del Código del Trabajo francés).

²⁹ Légifrance, *Code du travail*, Version consolidée au 12 mai 2020, artículo L.2242-8, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jessionid=B695D764944DF1BCF0306B>

Aquí hay un reconocimiento legal del derecho a la desconexión de los trabajadores, cuyo origen apunta a la construcción jurisprudencial y convencional con posterior incorporación al ordenamiento jurídico gradualmente.³⁰ Tal como está establecido en el citado artículo del Code du travail, las modalidades del derecho a la desconexión del trabajo serán establecidas en la negociación colectiva de la empresa en el marco de la obligación anual de negociar. En caso de no existir un acuerdo, el empresario deberá elaborar de forma unilateral una carta.³¹ Por esto, se apunta como principal dificultad de la regulación el bajo alcance de las negociaciones colectivas en las Pymes, lo que podría dejar al libre albedrío del empleador la determinación unilateral del contenido, excluyendo a muchos trabajadores de la efectividad del derecho a la desconexión laboral.³² Otras críticas a la forma como Francia ha positivado este nuevo derecho laboral consideran la ausencia de las características del derecho —que parece una simple posibilidad de negarse a contestar demandas del empleador fuera del horario de trabajo—³³ y la forma abierta establecida en el Code du Travail, además de la ausencia de sanciones por incumplimiento.³⁴

De cualquier forma, la conformación del derecho a la desconexión en Francia, sea por negociación colectiva o de forma unilateral por parte del empleador, deberá contener la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones; la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar, y el establecimiento de acciones de capacitación y campañas de sensibilización para los empleados, personal de mando intermedio y dirección, para un uso razonable de herramientas digitales.

Cada vez más países se suman a esta tendencia, como es el caso de España, con la iniciativa a través de la coalición electoral formada por la sección de Podemos en Cataluña, Iniciativa per-Catalunya Verds, Esquerra Unida i Alternativa, Equo y Barcelona en Comú, llamada En Comú Podem, que lleva la firma de la diputada de ICV, Aína Vidal, como forma de presionar el Con-

BAEE50DD52.tpl?fr42s_2?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20200528 (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).

³⁰ Pérez Amorós, Francisco, “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday*”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 14(4), 2020, p. 271.

³¹ Cialti, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, 137, 2017, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6552301.pdf> (fecha de consulta: 6 de junio de 2020), p. 174.

³² *Ibidem*, p. 175.

³³ Taléns Visconti, Eduardo Enrique, *op. cit.*, nota 2, p. 155.

³⁴ Cialti, Pierre-Henri, *op. cit.*, nota 32, p. 177.

greso español para regular el derecho a apagar el móvil al salir del trabajo.³⁵ El derecho a la desconexión en España es apuntado como una construcción jurisprudencial y dogmática anterior a la positivación en su ordenamiento jurídico.³⁶ El resultado de varios movimientos en España llevó a la positivación del derecho a la desconexión del trabajo en la Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD) de 2018. Afirma el artículo 88 de la citada ley:

Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Con respecto a la forma como está positivado el derecho a la desconexión del trabajo en España, se ha argumentado sobre las dudas de su determinación como derecho del trabajador de no ser molestado con mensajes y

³⁵ “En Comú abre el debate en el Congreso para regular el derecho a apagar el móvil al salir del trabajo”, *Europa Press*, 2017, disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-comu-abre-debate-congreso-regular-derecho-apagar-movil-salir-trabajo-20170307112941.html> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2019).

³⁶ Taléns Visconti, Eduardo Enrique, “La desconexión digital en las relaciones laborales: un deber empresarial todavía por construir en España”, *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, 4(1), 2018, disponible en: <http://publicacoes.ufjf.edu.br/index.php/mestraddireito/issue/view/8/22> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021), pp. 89 y ss.

requisiciones fuera de la jornada de trabajo, con el uso de las TIC, o el deber del empleador en no enviar comunicaciones de esta naturaleza para los trabajadores.³⁷ Y, por otro lado, hay investigadores que establecen que tal como está diseñado en la LOPDGDD, este nuevo derecho

...viene a conjugar tres aspectos fundamentales de la vida de todo trabajador: 1) su derecho a la conciliación familiar y laboral, cuando se refiere a intimidad personal y familiar; 2) el tiempo de trabajo, cuando alude a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones; y 3) la prevención de riesgos laborales, cuando cita el riesgo de fatiga informática.³⁸

De cualquier forma, la conformación del derecho a la desconexión en Francia, sea por negociación colectiva o por medio de la política interna de la empresa, deberá establecer la garantía del descanso fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecidos; disponer sobre el respeto a la intimidad personal y familiar; permitir la conciliación entre la vida laboral y la vida personal y familiar; determinar las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Los principales problemas apuntados por la doctrina con respecto al derecho a la desconexión digital del trabajo en España comprenden la ausencia de contornos legales al derecho a la desconexión digital del trabajo en la LOPDGDD, sus límites y garantías. Por ende, “sin un desarrollo legal que lo dote de sentido y significado práctico, y sin garantía alguna que lo proteja frente a cualquier posible vulneración, remitiéndose, en cuanto a ello, a la negociación colectiva, lo convierte en un derecho ineficaz y poco respetado”.³⁹ Luego, el legislador se limita a reconocer el derecho, sin concretarlo ni imponer sanciones por su incumplimiento. La concreción de este derecho estará en manos de la política interna empresarial y por la negociación colectiva.⁴⁰

En Chile, el artículo 152 quáter J, inciso VI, del Código del Trabajo, incluido por la ley 21.220, del 26 de marzo de 2020, que positivó el capítulo IX sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo, reconoció el derecho a la desconexión del trabajo en el país con bastante polémica. Las disposiciones del Código del Trabajo que hacen referencia a este nuevo derecho laboral son:

³⁷ Taléns Visconti, Eduardo Enrique, *op. cit.*, nota 37, p. 102.

³⁸ Torres García, Bárbara, *op. cit.*, nota 2, p. 246.

³⁹ *Ibidem*, p. 259.

⁴⁰ Pérez Amorós, Francisco, *op. cit.*, nota 31, p. 274.

Art. 152 quáter J, inciso VI: tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.

Art. 152 quáter K, caput y n° 6: además de las estipulaciones previstas en el artículo 10, el contrato de trabajo de los trabajadores regidos por este Capítulo deberá contener lo siguiente: el tiempo de desconexión.

De esta forma, el país consagró el derecho a la desconexión del trabajo en su ordenamiento jurídico, con algunas características distintas. El historial de la ley 21.220 de 2020 demuestra que la modificación legislativa sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo, contexto en que está inserto el derecho a la desconexión, tiene como finalidad alcanzar i) la conciliación entre vida laboral, personal y familiar; ii) proporcionar la inclusión laboral (personas con discapacidad, personas que viven alejadas de centros urbanos, etcétera); iii) potenciar el cambio cultural en el sentido de estimular la corresponsabilidad parental, y iv) fomentar el empleo sustentable (disminuir el tráfico y la congestión de las ciudades, o bien para tener un medio ambiente limpio de contaminación, etcétera).⁴¹

De ser así, la conformación del derecho a la desconexión en Chile deberá contener la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones; la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar, y el establecimiento del tiempo de desconexión del trabajo en el contrato de trabajo, como cláusula esencial. Analizaremos más detenidamente estos contornos, pero antes, vamos a sintetizar los datos sobre el derecho a la desconexión digital del trabajo en Francia, España y Chile, en la tabla de abajo, que nos permitirá visualizar las principales similitudes y diferencias entre los tres modelos presentados, sin el afán de hacer una comparación de acuerdo con la metodología propia para este tipo de análisis. Se trata de una sistematización del contenido legislativo que pueda ofrecer luces sobre la completa

⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley No. 21.220, 2020, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7735/HLD_7735_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).

configuración del derecho a la desconexión del trabajo en Chile, a partir de dos experiencias extranjeras y vanguardistas.

	<i>España</i>	<i>Francia</i>	<i>Chile</i>
<i>Positivación</i>	Artículo 88 de la Ley de Protección de Datos Personales	Artículo L2242-8 del Código del Trabajo	Artículo 152 quáter J, inciso VI y artículo 152, quáter K, núm. 6, ambos del Código del Trabajo
<i>Características</i>	<ul style="list-style-type: none"> — Debe establecer la garantía del descanso fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecidos. — Debe establecer el respeto a la intimidad personal y familiar. — Debe permitir la conciliación entre la vida laboral y la vida personal y familiar. — Debe establecer las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática 	<ul style="list-style-type: none"> — Debe haber la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones. — Debe haber la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar. — Debe haber el establecimiento de acciones de capacitación y campañas de sensibilización para los empleados, personal de mando intermedio y dirección, para un uso razonable de herramientas digitales 	<ul style="list-style-type: none"> — Deberá contener la garantía del cumplimiento de los tiempos de descanso y de vacaciones. — Debe haber la garantía del cumplimiento de goce de la vida personal y familiar. — Debe establecer el tiempo de desconexión del trabajo en el contrato de trabajo, como cláusula esencial

	<i>España</i>	<i>Francia</i>	<i>Chile</i>
<i>Desarrollo del contenido</i>	Su contenido debe ser desarrollado en la negociación colectiva	Su contenido debe ser desarrollado en la negociación colectiva.	Su contenido debe constar en el propio contrato de trabajo por fuerza del artículo 152 quáter K, caput y núm. 6, pero tiene rasgos claro-preestablecidos por el legislador laboral
<i>Trabajadores protegidos</i>	Todos los trabajadores	Todos los trabajadores	Aunque la ley hable de tutela solamente para los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario de trabajo y para los teletrabajadores sin control de horario, entendemos que es un derecho de todos los trabajadores, y así argumentaremos en esta investigación

De los lineamientos anteriormente sistematizados es posible reconocer que el derecho a la desconexión del trabajo recibe fuerza y complemento mucho más dogmático que legislativo, extrayendo sus contornos a partir de construcciones teóricas y jurisprudenciales, y no simplemente de lo que la propia ley previamente determina.⁴²

Esta abertura de contenido posibilita también adaptaciones a la realidad de cada ordenamiento jurídico, permitiendo la construcción del núcleo esencial de protección del derecho a la desconexión con el ejercicio dogmático y jurisprudencial, como es común de los sistemas romano-germánicos.

⁴² Rosenbaum Carli, Federico, “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho & Sociedad*, (53), 2020, pp. 111-122, disponible en: <http://on.ly/ikQ550IitK2> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2022).

Por esta razón, para comenzar a estudiar este nuevo derecho en el ordenamiento jurídico laboral chileno debemos asimilar algunos puntos fundamentales con respecto a los dos artículos del Código laboral citados anteriormente, de forma de permitir la construcción de su contenido y comprender las implicaciones de su vulneración en las relaciones laborales.

Primero, tal cual está escrito en la letra de la ley, pareciera que el derecho a la desconexión digital del trabajo sería una mala analogía del propio derecho al descanso, que es de doce horas por construcción dogmática y jurisprudencial (diez horas máximas de trabajo diario + dos horas máximas de jornada extraordinaria = doce horas total de jornada diaria. Como el día tiene veinticuatro horas, doce horas de trabajo total diario + doce horas de descanso = veinticuatro horas).⁴³ Ergo, cuando el artículo 152 quáter J, inciso VI, del Código laboral, estipula que “tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión”, a primera vista podría parecer que lo que se consagra es el derecho al descanso para los trabajadores a distancia que distribuyen libremente su horario y para los teletrabajadores sin control de horario.⁴⁴ Sin embargo, no podemos tomarlo así. Si se tratara del mero derecho al descanso, sería letra muerta, ya que el legislador habría optado por configurar algo que ya estaba configurado en el Código del Trabajo para todas las categorías de trabajadores, y que es perfectamente aplicable a los trabajadores a distancia y a los teletrabajadores. Los trabajadores a distancia y teletrabajadores ya gozan del derecho al descanso como todos los demás.

⁴³ Monteiro Pessoa, Rodrigo, *Derecho del trabajo sistematizado*, Temuco, UFRO University Press, 2019a, pp. 305 y 306.

⁴⁴ Esta pareciera ser la comprensión de algunos académicos como Camós y Sierra, que al escribir sobre la desconexión del trabajo cuando había solamente una propuesta legislativa, comentaron que “como se puede apreciar, la propuesta legislativa apunta a proteger el derecho de los trabajadores a distintos tipos de descansos, estos son, diarios, semanales, y anuales”, en Camós, Ignacio y Sierra, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación”, *Izquierdas*, núm. 49, julio de 2020, p. 1067, disponible en: <http://on.ly/1Wno50IirTN> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2022). Lo mismo en Pérez Campos, Ana Isabel, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII, 2019, 101-124. Y también Azócar Simonet, Rodrigo, “El derecho a desconectarse del trabajo y el derecho a la desconexión digital, tecnológica o electrónica. Análisis teórico y desde la perspectiva chilena”, *Revista del II Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas*, 2017, disponible en: <http://on.ly/ZO6k50Iiswv> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2022). Divergimos de esta posición que reduce el derecho a la desconexión al mero derecho al descanso, como se demostrará más adelante.

El derecho a la desconexión digital del trabajo, en el contexto chileno, sería, entonces, un nuevo derecho compatible con lo expresado en la exposición de motivos del legislador, que debe, además de respetar el derecho al descanso, respetar la vida privada, posibilitar la conciliación vida laboral/vida familiar y asegurar la salud psicosocial de los trabajadores. De ser así, podríamos argumentar que el derecho a la desconexión en el contexto chileno comprende el derecho a no ser vigilado ya sea por videovigilancia o geolocalización fuera del horario de trabajo (desconectarse de los medios de control laboral por fuerza de la tutela de la vida privada); el derecho a no contestar mensajes de texto, de audio, de vídeo, correos electrónicos y llamadas telefónicas o de videoconferencia fuera del horario de trabajo (por fuerza de la tutela del tiempo de desconexión), y el deber del empleador de no enviar comunicaciones por cualquier medio digital a sus trabajadores fuera del horario de trabajo en días de descanso o en sus vacaciones (como deber correlativo en su obligación de proteger la vida y la salud física y psíquica de los trabajadores).

Segundo, a diferencia de España y Francia, nuestro derecho a la desconexión no se limitó a establecer un derecho de no contestar mensajes, o de no responder a demandas hechas por el empleador por medio de plataformas de comunicación telemáticas. Especificó el deber correlativo de que en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores y en el tiempo de desconexión, que no podrá ser inferior a doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Esta posición es fundamental, ya que no basta con el derecho de no responder a mensajes u otros requerimientos. Al recibir cualquier tipo de comunicación y volver a pensar en el trabajo, ya fue suficiente para quebrar la desconexión y, consecuentemente, el descanso mental del trabajador, como vimos anteriormente con el informe de la Oficina Alemana para la Seguridad y Salud en el Trabajo.⁴⁵

El hecho de que el tecnoestrés, la infoxicación y el síndrome de Burnout surgieron como amenazas a la salud de los trabajadores en todo el mundo, no es por coincidencia. La constante conexión digital merma la salud psicosocial de los trabajadores. En nuestra realidad práctica chilena, las principales enfermedades que dan origen a una licencia médica, hoy día, son de origen psicosocial.⁴⁶

⁴⁵ BAuA-Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, *op. cit.*, nota 8.

⁴⁶ Gobierno de Chile-Superintendencia de Seguridad Social, *Estadísticas Nacionales de LM y SIL 2018-Cuadros núm. 4: Licencias médicas tramitadas y días otorgados por principales grupos diagnósticos (CIE-10)*, 2019, disponible en: https://www.suseso.cl/608/articles-580746_archivo_01.xlsx (fecha de consulta: 5 de junio de 2020).

El derecho a la desconexión digital del trabajo encuentra soporte en el deber por parte del empleador de velar por la salud, higiene y seguridad física y psíquica de los trabajadores (artículo 184 del Código del Trabajo).⁴⁷ Por ende, generar riesgos psicosociales en el trabajo por el envío de comunicaciones o exigencias fuera del horario de trabajo va de encuentro a este deber de cuidado impuesto por el Código del Trabajo, que es compatible con la protección a la salud, derecho fundamental constante en la carta política chilena en su artículo 19, núm. 9.

Como se puede apreciar en el artículo 184 del Código laboral, el deber de higiene y seguridad se traduce en dos subdeberes: proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores y proveer los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Esto incluye la salud psíquica y las enfermedades mentales.

Consecuentemente, “en el ejercicio de su poder de dirección el empresario debe de ser capaz de asegurar la efectividad de la desconexión, tratándose, por tanto, de una obligación de resultados, similar a la existente en materia de seguridad y salud”.⁴⁸ El empleador no debe simplemente utilizar algunos medios para hacer efectivo este derecho, sino que deberá cumplir con el mandamiento legal frente a las graves consecuencias para la vida de los trabajadores. Su propio derecho de existir. Para lograrlo, la empresa deberá hacer uso de diversas herramientas, establecer una política preventiva y correctiva, como parte de generar una cultura de desconexión digital del trabajo en su medio ambiente laboral. Algunas herramientas posibles son:

...la prohibición de las comunicaciones fuera del horario, el redireccionamiento de correos electrónicos, la desconexión de servidores para controlar que los trabajadores que teletrabajan respeten su horario y no se pueda contactar con ellos fuera del mismo y un sistema de alertas para el envío de avisos a los trabajadores que realicen un número de conexiones, fuera de su tiempo de trabajo, superior al establecido, con advertencia de la necesidad de desconexión.⁴⁹

⁴⁷ Artículo 184 del Código del Trabajo: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”.

⁴⁸ Vallecillo Gámez, María Rosa, *op. cit.*, nota 21, p. 218.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 228.

Tercero, la obligación de establecer el tiempo de desconexión en el contrato de trabajo por el dirigismo contractual establecido en el artículo 152 quáter K, núm. 6, del Código laboral no representa la única obligación del empleador en la formación de una política interna de garantía del derecho a la desconexión del trabajo. Sabemos que nuestro ordenamiento jurídico laboral establece la obligatoriedad de toda empresa, de redactar un reglamento interno. Cuando la empresa tiene más de diez trabajadores, deberá cumplir con la confección del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad previsto en el artículo 153 del Código del Trabajo. Por otro lado, todas las empresas, independientemente del número de trabajadores, deben tener un reglamento interno de higiene y seguridad, previsto en el artículo 67 de la ley 16.744 de 1968. Es decir, independientemente del número de trabajadores, las empresas deben tener este reglamento. Este documento es el instrumento por medio del cual el empleador establecerá los requisitos, obligaciones, prohibiciones y sanciones que todos los trabajadores están sujetos en la relación de trabajo. Entre varias disposiciones que este documento debe tener, están las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deben cumplirse en la empresa o establecimiento.

Por esto mismo, en la tutela de este nuevo derecho laboral hay que asegurar su eficacia por medio de un cambio cultural y de gestión del trabajo basado en un modelo por objetivos, y no sólo en el control del tiempo de trabajo.⁵⁰ En consecuencia, deberá abarcar una dimensión preventiva (por medio del establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales que pasa por el reglamento interno de la empresa) como de manera directa, calificando como enfermedades profesionales las patologías derivadas del uso incorrecto y abusivo de los dispositivos tecnológicos.⁵¹

Si este complejo derecho no pasa por estas determinaciones culturales, difícilmente encontrará la eficiencia en su tutela, teniendo en cuenta que cada empresa particular tiene necesidades distintas sobre la regulación de la desconexión digital del trabajo, dependiendo del uso de las herramientas tecnológicas en la ejecución del trabajo.

Cuarto, y como habíamos sugerido anteriormente, no estamos de acuerdo con que el derecho a la desconexión sea un derecho únicamente de los trabajadores a distancia que pueden libremente establecer la distribución de su jornada de trabajo ni solamente de los teletrabajadores no sujetos al control

⁵⁰ *Ibidem*, p. 235.

⁵¹ Torres García, Bárbara, *op. cit.*, nota 2, p. 247.

de jornada. Todos los derechos que consolidan la base axiológica del derecho a la desconexión digital del trabajo (el derecho a la vida privada, a la integridad física y psíquica, a la salud, al descanso, a la conciliación de la vida familiar con el trabajo, a la inclusión laboral, al empleo sustentable, y el derecho a existir) son debidos a todos los trabajadores, y no solamente de esta categoría regulada por la ley 21.220 de 2020.

Por la misma razón, el derecho no se interpreta aisladamente, sino sistemáticamente. De ser así, es necesario buscar una forma de interpretar esta norma de acuerdo con su adecuación al sistema jurídico. Debemos visualizar la norma no en sí misma, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico.⁵² Esta interpretación sistemática debe observar comandos mayores explícitos o implícitos de forma de someter todo el ordenamiento jurídico en la exégesis, que se complementa además de los valores, tales como la dignidad humana o la tutela del hipo suficiente.⁵³ En esta labor interpretativa es fundamental la adopción de la interpretación conforme la Constitución, para conferir efectos jurídicos reales a la función normativa de los principios jurídicos y, en consecuencia, a varios y decisivos principios constitucionales, muchos de los cuales tienen un gran impacto en el área iuslaboral.⁵⁴ En materia laboral, los principios del derecho del trabajo se comunican con los principios de segunda dimensión de los derechos fundamentales, que consagran el principio de la primacía de la disposición más favorable a la persona humana o principio *pro homine* y el principio de progresividad.⁵⁵

Seguidamente, hay que considerar que el legislador quiso la tutela del derecho a la desconexión del trabajo para todos los trabajadores; es también una posible interpretación lógica o racional, por conectar la ley, objeto de interpretación, con los motivos de la edición de la norma anteriormente expuestos (la conciliación vida familiar con el trabajo, la inclusión laboral, la tutela de la vida privada, etcétera), que reflejan ideas políticas, filosóficas y económicas.⁵⁶ Más allá, es completamente conocido y adoptado en la práctica

⁵² Jorge Neto, Francisco Ferrerira y Pessoa Cavalcante, Jouberto de Quadros, *Direito do trabalho* (9a. ed. Kindle edition), São Paulo, Atlas, 2019, posición 233-digital.

⁵³ Bomfim Cassar, Volia, *Direito do trabalho: de acordo com a Reforma Trabalhista-Lei no. 13.467/2017* (14a. edição), São Paulo, Método, 2017, p. 125.

⁵⁴ Godinho Delgado, Maurício, *Curso de direito do trabalho-revisto e ampliado* (16a. edição), São Paulo, LTr, 2017, p. 253.

⁵⁵ Monteiro Pessoa, Rodrigo, *op. cit.*, nota 43, p. 121.

⁵⁶ Monteiro de Barros, Alice, *Curso de direito do trabalho* (10a. edição), São Paulo, LTr, 2016, p. 99.

jurídica, la interpretación extensiva o ampliativa, que supone que una forma legal se aplica a casos no abarcados por su tenor literal, es decir, “la ley dice más de lo que dijo”.⁵⁷

Con base en todo lo expuesto, no podemos entender que un derecho tan importante que se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico estaría reservado solamente para situaciones de trabajo a distancia y teletrabajo, ya que todos los trabajadores sufren igualmente las consecuencias psicosociales por tener interrumpida su desconexión con el quehacer laboral por comunicaciones telemáticas. Es obvio que la desconexión tecnológica, por la dificultad de garantizarla, merece especial mención en el trabajo a distancia y en el teletrabajo,⁵⁸ pero esto no significa que las demás situaciones deban quedar fuera de esta protección laboral.

Aclaradas las primeras líneas sobre las características de este nuevo derecho laboral en Chile, pasaremos a estudiar las consecuencias por el incumplimiento del derecho a la desconexión del trabajo, con especial énfasis en la propuesta del daño existencial por su vulneración.

III. LAS CONSECUENCIAS POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DEL TRABAJO EN EL CONTEXTO CHILENO Y EL DAÑO EXISTENCIAL

Cuando hablamos de desconexión del trabajo, no hablamos solamente del descanso, como ya quedó claro en las líneas anteriores, pero también hablamos del descanso. De ser así, y basado en el estudio apuntado por Robert McChesney,⁵⁹ que concluye un promedio de un mes y medio de horas extras al año por trabajar por medios telemáticos contestando correos, enviando archivos, respondiendo mensajes, etcétera, la primera consecuencia para la vulneración del derecho a la desconexión del trabajo es el pago de horas extraordinarias.

Es bastante fácil poder medir el trabajo ejecutado con el apoyo o por medio de la tecnología de la información, ya que nuestra huella digital queda registrada en todas partes. La hora de acceso a los archivos, la hora en que un correo fue recibido, la hora en que un mensaje fue contestado, el tiempo utilizado entre un pedido del empleador y el envío de la respuesta o material por

⁵⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁵⁸ Pérez Amorós, Francisco, *op. cit.*, nota 31, p. 265.

⁵⁹ McChesney, Robert Waterman, *op. cit.*, nota 11, p. 218.

el trabajador, el lugar en que estaba el trabajador y el tiempo que pasó en cada lugar, es decir, hay un flujo enorme de informaciones que corresponde a la huella digital que todos dejamos diariamente, y que es completamente posible usarla para determinar la cantidad de horas extras debidas a los trabajadores que siguen cumpliendo con sus labores fuera del horario de la jornada de trabajo. Las horas trabajadas en exceso podrán ser cobradas como extraordinarias, con la incidencia del recargo de 50% por fuerza del artículo 32, incisos II y III, del Código del Trabajo.⁶⁰

Otra consecuencia que debemos tener en cuenta es la posibilidad de que sea aplicada una multa administrativa al empleador que envía comunicaciones, requisiciones, llamadas, etcétera. En este caso, la inspección del trabajo —como ente fiscalizador— tendrá un importante papel frente a la ausencia de sanciones tipificadas en el Código del Trabajo. El documento “tipificaciones de hechos infraccionales y pauta para aplicación de multas administrativas” incluye multas administrativas, según el tamaño de la empresa, como sanción por incumplimiento del derecho a la desconexión (infracción 1600-i).⁶¹ Se trata de una infracción gravísima, por los impactos en la salud física y psíquica anteriormente argumentados, y la vulneración a la intimidad y vida privada sufridos por el/la trabajador/a.

En esta senda, el trabajador que recibe comunicaciones reiteradamente podría perfectamente comunicarlo a la Inspección del Trabajo, que podrá multar al empleador. Además, el trabajador no podrá ser despedido por hacer uso de esta comunicación con fines de fiscalización, dado que el Código del Trabajo chileno lo protege con la garantía de indemnidad (artículo 485, inciso III, del Código laboral).

Obviamente, el tipificador menciona solamente el incumplimiento del derecho a la desconexión de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Esto porque el órgano administrativo, en su papel fiscalizador, no puede ampliar la extensión de la ley por medio de una interpretación sistemática, lógico/

⁶⁰ No obstante la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador. Las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo periodo.

⁶¹ Gobierno de Chile-Dirección del Trabajo, *Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas*, 2021, disponible em: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-108710_recurso_1.pdf (fecha de consulta: 12 de mayo de 2021).

racional y extensiva, como hicimos en líneas anteriores, y determinar que esta garantía laboral es debida a todos los trabajadores.

Cuando hablamos de que el trabajador puede negarse a contestar llamadas o mensajes, o solicitudes de trabajo, estamos hablando de un nuevo despliegue de su *ius resistentie*,⁶² definido como la posibilidad de oponerse a un acto contrario a las determinaciones de las leyes laborales y aquellos que no sigan las formalidades y carezcan de razonabilidad (este último caso frente a las modificaciones unilaterales que el empleador puede hacer en la vigencia de la relación de trabajo).⁶³ De esta forma, no podría el trabajador ser punido por el ejercicio de derecho propio, al estimar que la acción del empleador es ilegítima o ilegal.

Como apuntamos con respecto a la garantía de indemnidad y el uso de la acción de tutela laboral, entendemos que este procedimiento especial puede y debe ser utilizado para determinar el cese de conductas de vulneración a la desconexión del trabajo y la reparación del daño. Tanto en el caso en que el/la trabajador/a está siendo vigilado por cámaras de vigilancia, por la propia webcam del computador personal o por instrumentos de geolocalización (protección de la vida privada) como por el envío de comunicaciones y requerimientos fuera de la jornada de trabajo (tutela del derecho a la integridad física y psíquica de las personas).

Para este caso específico, vamos un poco más allá de la indemnización prevista en el artículo 489, inciso III, del Código del Trabajo. Esto porque la doctrina y la jurisprudencia de otros países están reconociendo la existencia del daño a la propia existencia o daño existencial cuando se constata la vulneración de la desconexión laboral. En este sentido, el daño existencial sería una especie de daño inmaterial en que, en el caso de las relaciones de trabajo, el trabajador sufre daños o limitaciones con relación a su vida fuera del ambiente de trabajo, debido a conductas ilícitas practicadas por el tomador de trabajo.⁶⁴ Del principio de la dignidad humana se deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad del trabajador, el cual constituye una proyección al derecho al desarrollo profesional, situación que exige condiciones dignas de trabajo y respeto a los derechos fundamentales por los empleadores (eficacia horizontal de los derechos fundamentales).⁶⁵

⁶² Taléns Visconti, Eduardo Enrique, *op. cit.*, nota 2, p. 159.

⁶³ Monteiro Pessoa, Rodrigo, *op. cit.*, nota 43, p. 194.

⁶⁴ Justiça do Trabalho da 4ª Região. Luciane Geórgia de Castro c/ WMS Supermercados do Brasil Ltda.-Processo no. 0001137-93.2010.5.04.0013, 2010.

⁶⁵ *Idem*.

De hecho, osamos argumentar que el daño existencial para los casos de vulneración del derecho a la desconexión debería ser reconocido como *in re ipsa*. El daño *in re ipsa* se configura cuando es inevitable un efecto perjudicial,⁶⁶ es decir, se paga una indemnización por la sola violación de los derechos de la personalidad; por ejemplo, lo que incluye la integridad física y psíquica. Por ende, este tipo de daño ocurre cuando estamos frente a un evento que genera menoscabo. Puede generar el derecho a reparación cuando exista un daño a los derechos fundamentales de la persona, como sustenta Massimo Franzoni.⁶⁷

En el daño *in re ipsa*, no significa que estemos frente a una categoría en que no exige la necesidad de probar nada, sino que se exige un mecanismo probatorio más estricto.⁶⁸ El autor deberá probar el hecho que constituye la lesión, la violación al derecho de la personalidad sufrida.⁶⁹ En este mismo sentido tenemos a Bonilini, quien argumenta:

...La lesión de bienes como aquellos referidos a la personalidad, por ejemplo, son de por sí sintomáticos del nacimiento de un perjuicio que no puede ser calculado monetariamente por una vía objetiva, por lo tanto, será suficiente el empleo de las órdenes de los medios probatorios para convencer al juez que el hecho generador tiene idoneidad genética para generar consecuencias del tipo que se está considerando ahora, invocándolo en el proceso. La individualización del bien afectado por el daño, esto es, es de por sí adecuada para hacer surgir, sino la certeza, cuanto menos la alta probabilidad de la existencia del daño no patrimonial...⁷⁰

Para Souto Severo y De Almeida, igualmente se hace innecesaria la prueba del daño a la personalidad, que es derivada del hecho en sí mismo. Para estos autores, trabajar durante prácticamente todo el tiempo en que permanecemos despiertos perjudica el desenvolvimiento personal y social, y parece obvio que esto siquiera necesita ser demostrado en una demanda laboral.⁷¹ Sin el

⁶⁶ Franzoni, Massimo. *Trattato della responsabilità civile-Il danno risarcibile* (2a. edizione), Milán, Giuffrè, 2010, p. 625.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 635.

⁶⁸ Monateri, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile* (tomo III), Torino, UTET, 1998, p. 310.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 307.

⁷⁰ Bonilini, Giovanni, *Il danno non patrimoniale*, Milán, Giuffrè, 1983, p. 380.

⁷¹ Almeida, Almiro Eduardo de y Severo, Valdete Souto, *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho* (2a. edição), São Paulo, LTr, 2016, p. 102.

derecho al descanso, sería imposible para los trabajadores gozar de buena salud, disfrutar su tiempo libre con calidad y, sobre todo, poder interactuar socialmente.⁷²

Podría ser argumentado que la jurisprudencia en Brasil comienza a ir en esta dirección, ya que afirma que el daño moral resulta de una vulneración de un derecho inmaterial o extrapatrimonial del empleado, mientras que al daño existencial se agrega el hecho de ser constatado de forma objetiva, pues importa una secuencia de alteraciones perjudiciales al cotidiano, con la consecuente pérdida de la calidad de vida del trabajador, por el simple hecho de que la limitación a su descanso genera el impedimento de ejercer una actividad diversa del trabajo y/o participar en el convivio inherente a la vida privada.⁷³

De esta forma, si el derecho a la desconexión del trabajo, como nuevo derecho laboral, está directamente conectado con diversos derechos fundamentales, como son los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica, a la intimidad y a la vida privada y a la dignidad humana, igualmente podemos argumentar que su sola inobservancia vulnera la propia existencia del trabajador, lo que a su vez generará el derecho a ser indemnizado por el daño existencial.

IV. CONCLUSIONES

Las relaciones de trabajo van mutando. La tecnología va modificando estas relaciones para bien o para mal. Por un lado, facilita la ejecución de las labores, genera otras formas de trabajar y extingue aquellas que son repetitivas. Por otro lado, puede permitir que el trabajador siga constantemente conectado a sus actividades, que conteste a demandas de su empleador fuera de la jornada y de las dependencias físicas de la empresa, y, de esta forma, perjudica el descanso y la vida social y familiar del trabajador.

Como sociedad, estamos cada vez más conectados, pendientes de lo que nos pasa alrededor, y esto se traslada al trabajo. No obstante, estar permanentemente conectados a nuestras labores genera estrés, depresión y otras enfermedades psicosociales que ahora están cada vez más asociadas al trabajo.

Frente a este escenario, el derecho a la desconexión viene ganando fuerza y espacio en las discusiones sobre el derecho del trabajo en el mundo, lo que ha

⁷² *Ibidem*, p. 103.

⁷³ Tribunal Superior do Trabalho-Brasil, Margaret Flores Nunes c/ Caixa de Assistência dos Servidores do estado do Mato Grosso do Sul-Processo no. 727-76.2011.5.24.0002, 2011.

generado la positivación de este derecho en Francia, España, y ahora también en Chile.

Con esto, nuestra propuesta buscó establecer la configuración del derecho a la desconexión digital del trabajo en el ámbito del ordenamiento jurídico chileno, apoyándose también con la sistematización de esta configuración en Francia y España, sin el afán de utilizarse del método comparativo. Además, se buscó determinar cuáles son los efectos jurídicos del incumplimiento del derecho a la desconexión digital del trabajo en el ordenamiento jurídico-laboral chileno. Para ello, se utilizó el método exploratorio y descriptivo, apoyado en la dialéctica deductiva sustentada en la doctrina especializada. Los principales resultados del análisis se consolidan como sigue:

En el caso chileno, vimos que la ley 21.220 de 2020 trajo al ordenamiento jurídico laboral el derecho a la desconexión del trabajo, que es mucho más que el mero derecho al descanso, en que pese las opiniones divergentes, se trata de un derecho conectado a la tutela de la salud física y psicosocial, al derecho a la intimidad y la vida privada del trabajador, a la conciliación vida laboral/vida familiar, y a la dignidad humana contenida en el derecho a la propia existencia.

Al analizar los artículos 152 quáter J, inciso VI, del Código del Trabajo, y 152 quáter K, núm. 6, también del Código del Trabajo, llegamos a la conclusión de que el derecho a la desconexión en el contexto chileno gana los siguientes contornos:

- No se confunde con el derecho al descanso que éste ya estaba configurado en nuestra legislación laboral.
- No se extiende solamente a los trabajadores a distancia que pueden establecer libremente la distribución de su jornada o a los teletrabajadores excluidos del control de jornada, por una interpretación sistemática, lógica y ampliativa. Por ende, el derecho a la desconexión del trabajo es un derecho de todos los/las trabajadores/as.
- Comprende el derecho a no ser vigilado por videovigilancia o geolocalización fuera del horario de trabajo; el derecho a no contestar mensajes de texto, de audio, de vídeo, correos electrónicos y llamadas telefónicas o de videoconferencia fuera del horario de trabajo, y el deber del empleador de no enviar comunicaciones por cualquier medio digital a sus trabajadores fuera del horario de trabajo, en días de descanso o en sus vacaciones.

- El empleador tiene el deber de no enviar comunicaciones y requisiciones a los trabajadores, y debe establecer una política preventiva en el reglamento interno de la empresa, que abarca las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deben cumplirse en la empresa o establecimiento.

Además, en nuestro estudio llegamos a la conclusión de que la vulneración del derecho a la desconexión del trabajo en el contexto chileno tiene las siguientes implicaciones:

1. Genera el pago de horas extraordinarias, fácilmente verificables por la huella digital que todos dejamos al usar los medios de comunicación telemáticos.
2. Abre la posibilidad de aplicación de multa administrativa que se sugiere sea incluida en el documento “tipificaciones de hechos infraccionales y pauta para aplicación de multas administrativas”. Desde nuestro punto de vista, la multa deberá ser aplicada según el tamaño de la empresa y ser considerada la infracción como de naturaleza gravísima.
3. La posibilidad de que el trabajador puede negarse a contestar mensajes y requisiciones amplía el contenido del *ius resistentie* en el ordenamiento jurídico chileno.
4. La vulneración del derecho a la desconexión generará un daño existencial al trabajador, que podría ser interpretado por la jurisprudencia como un daño *in re ipsa*, es decir, un daño que por la sola manifestación genera un inevitable efecto perjudicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- “En Comú abre el debate en el Congreso para regular el derecho a apagar el móvil al salir del trabajo”, *Europa Press*, 2017, disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-comu-abre-debate-congreso-regular-derecho-apagar-movil-salir-trabajo-20170307112941.html> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2019).
- “Francia y el derecho a desconectarse”, *El Espectador*, 2017, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/elmundo/francia-y-el-derecho-desconectarse-articulo-672948> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2020).

- “Should holiday email be deleted?”, *BBC News*, 2014, disponible en: <https://www.bbc.com/news/magazine-28786117> (fecha de consulta: 28 de febrero de 2020).
- “Volkswagen turns off Blackberry email after work hours”, *BBC News*, 2012, disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-16314901> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2020).
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de y SEVERO, Valdete Souto, *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho* (2a. edição), São Paulo, LTr, 2016.
- AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, “El derecho a desconectarse del trabajo y el derecho a la desconexión digital, tecnológica o electrónica. Análisis teórico y desde la perspectiva chilena”, *Revista del II Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas*, 2017, disponible en: <http://om.ly/ZO6k50Iisnv> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2022).
- BAUA-BUNDESANSTALT für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin. Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt: Wissenschaftliche Standortbestimmung, 2017, disponible en: https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/Psychische-Gesundheit.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (fecha de consulta: 5 de octubre de 2020).
- Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.220*, 2020, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7735/HLD_7735_749a0d2dec7072ac83d52ebf02ff393.pdf (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).
- BOMFIM CASSAR, Volia, *Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista - Lei no. 13.467/2017* (14a. edição), São Paulo, Método, 2017.
- BONILINI, Giovanni, *Il danno non patrimoniale*, Milán, Giuffrè, 1983.
- CAMÓS, Ignacio y SIERRA, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación”, *Izquierdas*, núm. 49, julio de 2020, disponible en: <http://om.ly/1Wno50IirTN> (fecha de consulta: 14 de marzo de 2022).
- CIALT, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, 137, 2017, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6552301.pdf> (fecha de consulta: 6 de junio de 2020).
- FRANZONI, Massimo, *Trattato della responsabilità civile-Il danno risarcibile* (2a. edizione), Milán, Giuffrè, 2010.
- GOBIERNO de Chile-Dirección del Trabajo, “Tipificador de hechos infraccionales y pauta para aplicar multas administrativas”, 2021, disponible

- en: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-108710_recurso_1.pdf (fecha de consulta: 12 de mayo de 2021).
- Gobierno de Chile-Subsecretaría de Telecomunicaciones, “IX Encuesta de Acceso y Usos de Internet”, *División de Política Regulatoria y Estudios Subsecretaría de Telecomunicaciones*, 2017, disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/07/Informe_Final_IX_Encuesta_Acceso_y_Usos_Internet_2017.pdf (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).
- Gobierno de Chile-Superintendencia de Seguridad Social, Estadísticas Nacionales de LM y SIL 2018 - Cuadros núm. 4: Licencias médicas tramitadas y días otorgados por principales grupos diagnósticos (CIE-10), 2019, disponible en: https://www.suseso.cl/608/articulos-580746_archivo_01.xlsx (fecha de consulta: 5 de junio de 2020).
- GODINHO DELGADO, Maurício, *Curso de direito do trabalho-revisto e ampliado* (16a edição), São Paulo, LTr, 2017.
- GRANT, Adam, “No responder correos electrónicos no habla bien de ti ni de tu productividad”, *New York Times*, 19 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2019/02/19/espanol/opinion/como-contestar-correo.html> (fecha de consulta: 10 de junio de 2020).
- GREENGLASS, Esther *et al.*, “Reactions to Increased Workload: Effects on Professional Efficacy of Nurses”, *Applied Psychology*, 52, 2003, disponible en: <https://doi.org/10.1111/1464-0597.00152>.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira y PESSOA CAVALCANTE, Jouberto de Quadros, *Direito do Trabalho* (9a. ed. Kindle edition), São Paulo, Atlas, 2019.
- Justiça do Trabalho da 4a Região. Luciane Geórgia de Castro c/ WMS Supermercados do Brasil Ltda.-Processo no. 0001137-93.2010.5.04.0013, 2010.
- Légifrance, *Code du travail*, version consolidée au 12 mai 2020, disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=B695D764944DF1BCF0306BBAAEE50DD52.tpl&fr42s_2?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20200528 (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).
- MARTINEZ, Luciano, *Curso de direito do trabalho* (11a. edição), São Paulo, Sarai-va, 2020.
- MCCHESNEY, Robert Waterman, *Digital Disconnect: how Capitalism is Turning the Internet against Democracy*, Nueva York, New Press, 2013.
- MONATERI, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile* (tomo III), Torino, UTET, 1998.

- MONTEIRO DE BARROS, Alice, *Curso de direito do trabalho* (10a. edição), São Paulo, LTr, 2016.
- MONTEIRO PESSOA, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología—una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, 28(2), 2019b.
- MONTEIRO PESSOA, Rodrigo, *Derecho del trabajo sistematizado*, Temuco, UFRO University Press, 2019a.
- NICOLACI-DA-COSTA, Ana María, “Internet: a negatividade do discurso da mídia versus a positividade da experiência pessoal. À qual dar crédito?”, *Estudos de Psicologia* (Natal), 7(1), 2002.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro—Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, 2018, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).
- PÉREZ AMORÓS, Francisco, “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday*”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 14(4), 2020.
- PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* (LII), 2019.
- ROSENBAUM CARLI, Federico, “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho & Sociedad*, 2020 (53), disponible en: <http://ov.ly/ikQ550IitK2>, (fecha de consulta: 14 de marzo de 2022).
- SERRANO ARGÜESO, Mariola, “«Always on». Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 2019.
- SOMAVIA, Juan, *Trabajo decente*, 1999, disponible en: <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).
- SPEAR KING, Anna Lucia *et al.*, *Nomofobia-Dependência do computador, internet, redes sociais? Dependência do telefone celular? O impacto das novas tecnologias no cotidiano dos indivíduos*, São Paulo, Editora Atheneu, 2017.

- TALEB, Nassim Nicholas, *El lecho de procusto: aforismos filosóficos y prácticos*, Barcelona, Paidós, 2019.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (17), 2019.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, “La desconexión digital en las relaciones laborales: un deber empresarial todavía por construir en España”, *Revista Direito Das Relações Sociais e Trabalhistas*, 4(1), 2018, disponible en: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/issue/view/8/22> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).
- TORRES GARCÍA, Bárbara, “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 2020.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y TRUJILLO PONS, Francisco (dir.), *La desconexión digital en el trabajo*, Valencia, Arazandi Thomson-Reuters, 2020.
- TRIBUNAL Superior do Trabalho-Brasil, Margaret Flores Nunes c/ Caixa de Assistência dos Servidores do estado do Mato Grosso do Sul-Processo no 727-76.2011.5.24.0002, 2011.
- VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 2020.

EL DEBATE SOBRE LA LABORALIDAD DEL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES EN CHILE Y ALGUNOS PROBLEMAS CONEXOS*

DEBATE ABOUT THE LABOR OF WORK THROUGH DIGITAL
PLATFORMS IN CHILE AND SOME CONNECTED PROBLEMS

LE DEBAT SUR LES MODES DE TRAVAIL A TRAVERS LES
PLATEFORMES NUMERIQUES AU CHILE ET QUELQUES
PROBLEMES CONNEXES

Rodrigo PALOMO VÉLEZ**
Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ***
María Soledad JOFRÉ BUSTOS****
Alfredo SIERRA HERRERO*****

RESUMEN: El presente artículo pretende evaluar, respecto del caso chileno, los problemas jurídicos que plantea el trabajo vía plataformas digitales en la definición de los criterios identitarios de la relación laboral y de las tutelas jurídicas requeridas. No se vislumbra una categoría jurídica dotada de mejores atributos que la subordinación para delimitar el ámbito de aplicación de las normas laborales. Lo que ha de redefinirse son sus

* Recibido el 13 de agosto de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

Este artículo ha sido realizado en el marco de la ejecución del Proyecto FONDECYT Regular núm. 1200362, titulado “El trabajo vía plataformas digitales en Chile. Revisión de las fronteras del Derecho del Trabajo y de los instrumentos jurídicos de protección social y laboral”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo ANID-Chile.

** Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, correo electrónico: rpalomo@utalca.cl.

*** Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad Central de Chile, correo electrónico: pablo.contreras.v@gmail.com.

**** Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, correo electrónico: majofra@utalca.cl

***** Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, correo electrónico: asierra@uandes.cl



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. 35, pp. 59-99

técnicas, sus características específicas, con vocación de adaptabilidad a las nuevas realidades del trabajo, como el que se presta mediante plataformas digitales. En efecto, es posible encontrar diversos patrones comunes que apuntan hacia la laboralidad, a través de una reinterpretación de la noción funcional de subordinación: los incentivos para mantener porcentajes altos de aceptación de servicios, el control a través de GPS, la existencia de algoritmos y otras herramientas digitales de control de desempeño, entre otros.

Asimismo, es necesario formular nuevas categorías jurídicas que permitan, por un lado, proyectar tutelas jurídicas específicas viables respecto de nuestro sistema normativo, particularmente frágil en protección laboral y social y, por otro, otorgar certeza jurídica a estas nuevas formas de trabajo, haciendo las distinciones que procedan.

Se trata de una investigación de tipo explicativo, que asumió el pluralismo metodológico como fórmula para someter a validación la hipótesis presentada, lo cual se concretó eminentemente tanto en la discusión bibliográfica como en la exégesis normativa y en el análisis de jurisprudencia.

Palabras clave: plataformas, laboralidad, seguridad y salud laboral, protección de datos.

ABSTRACT: This paper pretends to asset the juridical problems set up by the work on digital platforms regarding the Chilean case, about the definition of the labor relation-identifying criterion and the protection required. There is no glimpse of a juridical category gifted of better attributes than subordination to delimit the scope of labor law. What should be redefined is their techniques and specific characteristics, aiming to be adapted to the new work realities, as the one provided through a digital platform. Indeed, it is possible to find different common patterns that point out to labor, through a reinterpretation of the functional notion of subordination: incentives to keep high percentages of approval for the services, control via GPS, algorithms, and other digital tools for performance control, among others.

ADDITIONALLY, it is necessary to formulate new juridical categories that allow, on the one hand, projecting specific juridical protections viable in our normative system, particularly fragile regarding labor and social protection, and on the other, to provide juridical certainty to these new forms of work, making the applicable distinctions.

It is about an explicative type of investigation, which assumed the methodological pluralism as a formula to submit the validation to the present-ed hypothesis that has been concretized mainly through bibliographical discussion, normative exegesis, and jurisprudence analysis.

Keywords: Platforms, labor, safety and health at work, data protection.

RÉSUMÉ: Cet article fait d'évaluer les problèmes juridiques concernant le cas chilien, mis en place sur les plateformes numérique à propos de la définition des critères de différenciation de la relation de travail et la protection requise. Pas observé une catégorie legal doté de meilleurs attributs que la subordination pour délimiter le champ d'application du droit du travail. Ce Qu'il faut redefinir sont leur techniques et ses spécifiques, avec l'objectif d'adapter aux nouvelles réalités du travail comme le service fourni le biais d'une plateforme numérique. Effectivement, il est possible de trouver différents modèles communs qui indiquent le travail, par une réinterprétation de la notion fonctionnelle de subordination : incitations à maintenir des pourcentages élevés d'approbation pour les services, contrôle par GPS, algorithmes et autres outils numériques pour le contrôle des performances, entre autres.

De plus, il est nécessaire de reformuler les nouvelles catégories juridiques qui permettent, d'un côté, projeter des protections juridiques spécifiques viables dans notre système normatif, et d'autre part, apporter une certitude juridique à ces nouvelles formes de travail, en faisant les distinctions applicables.

Il s'agit d'un type d'enquête explicatif qui a assumé le pluralisme méthodologique comme formule pour soumettre la validation à l'hypothèse présentée, qui s'est concrétisé principalement par la discussion bibliographique, exégèse normative et analyse de jurisprudence.

Mots-clés: plateformes, travail, sécurité et santé au travail, protection de données

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Primeras aproximaciones al trabajo vía plataformas digitales en Chile.* III. *El problema de la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en sede judicial.* IV. *Protección social en el trabajo vía plataformas digitales.* V. *Datos personales, privacidad y control empresarial en el trabajo vía plataformas digitales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del trabajo se ha construido a partir de la necesidad de brindar protección a determinadas personas que prestan sus servicios a terceros, y ha operativizado la selección de su colectivo tutelado recurriendo, en general, a la noción de subordinación. Sin embargo, dicha noción ha evolucionado de la mano con la pérdida de la hegemonía social y jurídica del trabajador típico, foco de protección del derecho del trabajo en su fase de génesis.¹

En general, las respuestas de esta disciplina jurídica frente a tales circunstancias se han traducido en una tendencia expansiva de su ámbito de aplicación. Se trata de una especie de fuerza centrípeta o *vis atractiva* fuertemente influida por una suerte de espiritualización de la noción de subordinación, no siempre debidamente justificada, que ha tenido como objetivo la permanencia de dicho concepto como requisito definidor, aunque más elástico, del contrato de trabajo, y su adaptación a las crecientes exigencias sociales de protección.² Los ejemplos de estas técnicas expansivas son complejos y disímiles, y pueden tener fuente legal y/o jurisprudencial. Con todo, a menudo envuelven el riesgo de desfigurar los criterios claves que definen el trabajo regido por el derecho del trabajo, generando inseguridad en el tráfico jurídico y favoreciendo la aparición de disfunciones en el mismo.

Frente a la referida tendencia expansiva vienen presentándose sintomáticos fenómenos en el sentido inverso. La huida del derecho del trabajo consiste en la utilización preferente de figuras jurídicas contractuales no laborales para definir determinadas prestaciones de servicios, y correlativamente el éxodo hacia formas jurídicas típicamente civiles y mercantiles.³ De este mo-

¹ Poblete Jiménez, Carlos, “El objeto del derecho del trabajo y su extensión”, *Revista Ars Boni et Aequi*, Chile, 2005, núm. 1, p. 198; Irureta Uriarte, Pedro, “La regulación jurídica del trabajo dependiente”, *Ensayos Jurídicos*, Chile, 2007, núm. 3, pp. 19 y 20.

² Montoya Melgar, Alfredo, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, 1998, núm. 91, p. 714; Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio, *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo derecho del trabajo*, España, Cínca, 2004, pp. 39 y ss.; Cruz Villalón, Jesús, “El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos”, *Temas Laborales*, España, 2005, núm. 81, p. 16.

³ Baylos Grau, Antonio, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, España, Marcial Pons, 2000, p. 35; Caamaño Rojo, Eduardo, “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, *Revista de Derecho*, Chile, 2005, vol. XVIII, núm. 1, pp. 25 y ss.; Davidov, Guy y Langille, Brian, *Boundaries and frontiers of Labour Law*, Reino Unido, Hart Publishing, 2006, p. 170.

do, las diversas manifestaciones de este fenómeno elusivo van desde aquellas que, aunque caben en la visión jurídico-laboral tradicional, están vinculadas al margen de acción que dan las notas características del contrato de trabajo al intérprete judicial (por ejemplo, en razón de la concreta interpretación del vínculo de subordinación), hasta los supuestos en que existe una base legal que justifica la inaplicación del derecho del trabajo, como ocurre con las relaciones laborales excluidas de la aplicación de esta normativa.

Ahora bien, la noción de subordinación se ha juridificado y se ha instalado como la figura normativa de primer orden a la hora de justificar la aplicación de las normas laborales. Así, desde el actual enfoque funcional de la subordinación,⁴ la dificultad que plantea la determinación de los sujetos a los que debe proteger el derecho del trabajo pasa por elegir el nivel correcto de abstracción (redefinir indicios de laboralidad); esto es, haciendo primar el propósito general de esta disciplina por sobre los fines específicos de las concretas legislaciones laborales.⁵

La cuestión se enmaraña cuando se piensa en las relaciones de prestación de servicios de naturaleza difusa, donde existe una duda genuina y razonable sobre si hay o no vínculo laboral.⁶ Estas zonas grises, asociadas a menudo a nuevas formas de contratación de impacto global (aunque con importantes matices en su concreta implantación en los distintos sistemas normativos nacionales), generan espacios de indefinición normativa que se traducen en el debilitamiento de la protección de trabajadores efectivamente vulnerables. Para peor, estas zonas grises no son estáticas, sino movedizas, cambiantes en el tiempo, lo que aumenta el riesgo de inseguridad jurídica. Como se ha dicho, algunas son “resueltas” por la jurisprudencia, otras —o las mismas incluso—

⁴ Supiot, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, España, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 136; Ugarte Cataldo, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo*, Chile, Editorial Universitaria, 2004, p. 54; Sanguineti Raymond, Wilfredo, *Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas*, Perú, Grijley, 2013, pp. 121 y ss.

⁵ López Fernández, Diego, “Jurisprudencia judicial sobre indicios de laboralidad”, *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*, Chile, 2006, núm. 210, pp. 6 y ss.; Murgas Torrazza, Rolando, “La delimitación del ámbito de protección del derecho del trabajo”, *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Perú, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, pp. 565 y 566; Davidov, Guy, “The Status of Uber Drivers: a Purposive Approach”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, España, 2017, núm. 1-2, p. 87.

⁶ García Piqueras, Manuel, *En las fronteras del derecho del trabajo*, España, Comares, 1999, p. 2; y Palomo Vélez, Rodrigo, “La centralidad de los principios del derecho del trabajo en la definición de las fronteras de esta disciplina jurídica”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2014, núm. 228, p. 6.

por el propio legislador. Además, se caracterizan por referirse a supuestos de prestación de servicios socialmente típicos, en el sentido de que además de ser inevitables, se producen con cierta frecuencia en el tráfico jurídico.⁷

La denominada “economía bajo demanda” (*on demand economy*) se refiere al conjunto de negocios que tienen como rasgo común la utilización de una plataforma virtual en la que tiene lugar el encuentro entre oferta y demanda; distinguiendo a su vez la “economía colaborativa” (*sharing economy*) y el trabajo vía plataformas (*crowdsourcing* o *crowdwork*).⁸ Las realidades que envuelve esta forma de economía han ido diversificándose, masificándose y extendiéndose en los países con tal entidad y rapidez, que ha llegado a considerársele una cuarta Revolución Industrial.⁹

Entre los diversos problemas que están exigiendo atención de los Estados,¹⁰ la irrupción del trabajo vía plataformas digitales está remeciendo nuevamente las fronteras del derecho del trabajo, exigiendo la proyección de sus consecuencias jurídico-laborales y sus efectos en el mercado de trabajo.¹¹ En tal

⁷ Un sector relevante de la doctrina considera que buena parte de los fenómenos deslaboradores obedecen a simulación y fraude: por todos, Murgas Torrazza, Rolando, *op. cit.*, p. 564.

⁸ Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, España, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 20 y ss.

⁹ Sobre la revolución digital y el debate generado respecto de la aparición o no de una “nueva economía”, véase Schwab, Klaus, *La Cuarta Revolución Industrial*, España, Debate, 2016, p. 2; Degryse, Christophe, *Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets*, Bélgica, ETUI, 2016, pp. 8 y ss.; Gauthier, Gustavo, “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, *XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2016, pp. 23 y ss.

¹⁰ Doménech Pascual, Gabriel, “La regulación de la economía colaborativa”, *Revista CEF Legal*, España, 2015, núm. 175-176, pp. 62 y ss.; Gauthier, Gustavo, *Disrupción, economía compartida y derecho*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2016; Todolí, Adrián y Hernández, Macarena (directores), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, España, Thomson Reuters, 2018; Veltani, Juan (dir.), *Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas*, Argentina, Thomson Reuters, 2020.

¹¹ Algunos estudios sobre el impacto del trabajo vía plataformas digitales: Alfonso Sánchez, Rosalía, “Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, 2016, núm. 88, pp. 2 y ss.; Birgillito, María Laura, “Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell’impresa Uber?”, *Labour & Law Issues*, España, 2016, vol. 2, núm. 2, pp. 59 y ss.; Dagnino, Emanuele, “Labour and Labour Law in Time of the on-Demand Economy”, *Revista Derecho Social y Empresa*, España, 2016, núm. 6, pp. 43 y ss.; Goerlich Peset, José María, “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, España, 2016, núm. 27, pp. 173 y ss.; Fudge, Judy, “The Future of the Standard Employment Relationship: Labour Law, New Institutional Economics and Old Power Resource Theory”, *Journal of*

sentido, ¿el trabajo vía plataformas digitales debe ser calificado como trabajo subordinado o autónomo, o se encuentra en una zona gris, conforme a los criterios imperantes en el sistema normativo chileno?, ¿dicha definición es determinante de la respuesta jurídica que deba plantearse a dicha forma de trabajo, sea mediante la jurisprudencia, sea mediante la ley?

La hipótesis de este estudio es que el trabajo vía plataformas digitales, desde una perspectiva global, sigue ubicado en una frontera difusa del derecho del trabajo. Existe un debate en curso sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une a quienes prestan servicios por esta vía, y las empresas que controlan las plataformas. Sin embargo, respecto del trabajo vía plataformas digitales de servicios (concretamente, repartidores y conductores de aplicaciones), la discusión ha decantado en favor de la tesis —acertada, en nuestro criterio— que lo considera una forma de trabajo dependiente.¹²

Al alero del cuestionamiento primario sobre la laboralidad ha reflatado también la discusión sobre los instrumentos e intensidad de la protección que ha de garantizarse a estas nuevas formas de trabajo. Las respuestas nuevamente son diversas, y van desde la autorregulación hasta diversas formas de intervención estatal (legal y/o jurisprudencial), de laboralización absoluta o parcial, desde dentro o por proyección de tutelas laborales o sociales hasta zonas grises no laboralizadas.¹³ La Comisión Mundial sobre el Futuro del

Industrial Relations, Australia, 2017, núm. 59, pp. 374 y ss.; Sierra Benítez, Esperanza, “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, *I International Congress Labour 2030*, Portugal, 2017, pp. 87 y ss.; Triguero Martínez, Luis Ángel, “La influencia del entorno *crowd* sobre las relaciones de trabajo y sus protagonistas: *crowdworking* y *crowdworkers*”, *Labour & Law Issues*, España, 2016, vol. 2, núm. 2, pp. 81 y ss.; Trillo Párraga, Francisco, “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, España, 2016, núm. 76, pp. 59 y ss.; y en extenso Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era... cit.*, pp. 20 y ss.

Sobre el mercado de trabajo “paralelo” que se crea con las plataformas digitales, véase Aloisi, Antonio, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law issues Arising from a set of on-Demand/Gig Economy Platforms”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Estados Unidos, 2016, núm. 37, p. 686; Auvergnon, Philippe, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *Revista Derecho Social y Empresa*, España, 2016, núm. 6, pp. 25 y ss.; Dagnino, Emanuele, “Labour and Labour Law...”, *cit.*, pp. 43 y ss.; y Raso Delgue, Juan, “El derecho del trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, 2016, núm. 13, pp. 13 y ss.

¹² Véase una síntesis de los casos judiciales más emblemáticos a nivel mundial en: International Lawyers Assisting Workers Network, *Taken for a Ride. Litigating the Digital Platform Model*, Estados Unidos, ILAW, 2021, pp. 38 y ss.

¹³ Todolí Signes, Adrián, “The End of the Subordinate Worker? Collaborative Economy, on-Demand Economy, Gig Economy, and the Crowdworkers’ need for Protection”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Estados Unidos, 2017,

Trabajo, por ejemplo, recomienda el desarrollo de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos.¹⁴

Asimismo, han ido generándose diversos problemas específicos desde la perspectiva laboral y social, según los distintos sistemas jurídicos, entre los que destacan aquellos asociados a temas de seguridad y salud laboral, y a protección de datos personales.¹⁵

En el caso chileno, el debate surgió tímidamente en la jurisprudencia, y se intensificó luego de algunos años debido a la presión colectiva de los trabajadores, las presiones políticas, el incipiente desarrollo doctrinal y la brusca irrupción de la pandemia. Por otro lado, se presentaron diversos proyectos de ley, con soluciones muy disímiles, siendo aprobada finalmente la Ley 21.431.

II. PRIMERAS APROXIMACIONES AL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES EN CHILE

1. *Los pronunciamientos de la Administración Laboral*

En 2016, la Dirección del Trabajo emitió el primer dictamen sobre la naturaleza jurídica del vínculo contractual que existe entre la compañía Uber y sus conductores. Si bien este pronunciamiento concluyó con la declaración de falta de competencia del órgano administrativo para realizar la calificación

núm. 33, pp. 68 y ss.; Shuk-Ching, Teresa, “Independent Workers: Growth Trends, Categories and Employee Relations Implications in the Emerging Gig Economy”, *Employee’s Responsibilities and Rights Journal*, Estados Unidos, 2019, vol. 31, núm. 1, pp. 63 y ss. Algunos ejemplos de estas respuestas diversas son los siguientes: Francia (reconocimiento legal de derechos básicos), Italia (extensión de derechos laborales vía negociación colectiva), Portugal (tope de horas), California (presunción inversa de laboralidad), Uruguay (calificación judicial de laboralidad), y España (presunción legal de laboralidad, derecho de información y diálogo social).

¹⁴ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Suiza, OIT, 2019, p. 47.

¹⁵ El problema es que “muchos juristas del trabajo acarician la idea de que es posible reconstruir el derecho del trabajo *donde y como era*. Pero descontextualizar la forma del derecho del trabajo del siglo XX para poder reproducirla igual en lo desigual, es hacer metahistoria” (Romagnoli, Umberto, “El derecho del trabajo después del seísmo global”, *Revista Pasos a la Izquierda*, España, 2017, núm. 6, p. 2. Sobre estos riesgos, véase en extenso el trabajo de Ginès I Fabrellas, Anna, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

jurídica del vínculo entre partes, la fiscalización realizada permitió levantar información interesante del modelo de negocio de dicha empresa y su forma de relacionarse con los conductores de los vehículos.

La Administración Laboral indicó en esa oportunidad que determinar si se trata o no de una relación laboral exige la calificación y ponderación de hechos en un procedimiento de confrontación probatoria, cuyo conocimiento necesariamente está entregado a los tribunales. Por tanto, estimó que a ella no le resultaba jurídicamente procedente pronunciarse de modo genérico sobre el particular.¹⁶

Dicha interpretación ha sido posteriormente controvertida, a propósito de una fiscalización a la plataforma de repartos Pedidos Ya, solicitada oficiosamente por la Dirección Regional del Trabajo de Puerto Montt tras un grave accidente sufrido por un *rider*. Luego de una visita inspectiva que duró casi un año, la entidad administrativa determinó la existencia de infracciones laborales derivadas de la informalidad laboral, cursando las multas respectivas. Verificó la existencia de elementos constitutivos indiciarios de una prestación de servicios personales, de una remuneración variable por dicha prestación, de turnos de trabajo, y de ejecución de labores bajo subordinación y dependencia.¹⁷ A la fecha de cierre de este artículo, este asunto se encuentra pendiente en tribunales tras la reclamación judicial de las multas que presentó la empresa referida.

El problema radica en determinar si la Dirección del Trabajo puede o no calificar hechos. Este serio conflicto institucional entre la Administración Laboral y la judicatura del trabajo en Chile sigue sin resolverse, resistiendo la eficacia de los derechos laborales. Es evidente que la Dirección del Trabajo, en ejercicio de su función fiscalizadora, debería determinar, frente a antecedentes de hecho, la existencia de vínculos de subordinación y dependencia, evitando que se encubran relaciones laborales con figuras civiles o de similar naturaleza. De este modo, la posibilidad de que sea la Inspección del Trabajo la que califique y desenmascare el encubrimiento es fundamental, ya que permite que los casos de trabajo informal que no están, en principio, en condiciones económicas de llegar al sistema jurisdiccional se vean reprimidos.¹⁸

¹⁶ Ordinario núm. 6165 de la Dirección del Trabajo de Chile, del 29 de diciembre de 2016.

¹⁷ Informe de fiscalización núm. 1616 de la Inspección del Trabajo de Puerto Montt, Chile, del 7 de abril de 2021.

¹⁸ Ugarte Cataldo, José Luis, *La subordinación en el derecho laboral chileno*, Chile, Legal Publishing, 2008, pp. 196 y ss.

2. *La aproximación legislativa*

En materia legislativa, varios proyectos de ley han presentado propuestas de regulación del fenómeno de las plataformas digitales; dos de ellos acotados a la regulación de las plataformas de transporte de pasajeros —también conocidos como “Proyectos UBER”—;¹⁹ otro, que bajo el título de “modernización laboral para la conciliación de trabajo, familia e inclusión” pretendió regular, entre otras materias, el trabajo bajo plataformas digitales;²⁰ y otros dos, dedicados específicamente al vínculo jurídico entre los trabajadores y las plataformas de servicios. Nos referiremos a estos últimos, por su especificidad con el tema de este trabajo y por su avance en el proceso legislativo.

Una moción de diputados del Frente Amplio inició un proyecto de ley para regular el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios.²¹ Esta propuesta se enfocó en la definición de la naturaleza del vínculo que une a las empresas con sus trabajadores, optando atinadamente por una presunción legal especial de laboralidad: “Para la existencia del contrato entre el trabajador o la trabajadora y la Plataforma Digital de Servicios bastará que aquel o aquella acepte los términos y condiciones que regularán la realización de sus labores”.

El principal mérito de este proyecto es que pretendía reconocer la calidad de trabajadores dependientes a las personas que prestan los servicios ofrecidos por las plataformas, sujetos a contratos de trabajo y, por lo tanto, protegidos por la legislación laboral y de seguridad social. Sin perjuicio de lo anterior, proponía ciertas particularidades, que buscaban acercar la legislación general al modelo de negocio que plantean las plataformas. Entre ellas, destacaban las referidas a la mediación de la infraestructura digital; la obligación empresarial de informar a sus trabajadores sobre las condiciones bajo las cuales deberán realizarse los servicios, cómo serán evaluados y remunerados (lo propio ocurre con la protección y portabilidad de datos de los trabajadores); el lugar de trabajo, la jornada flexible de trabajo y el reconocimiento de jornada pasiva, la remuneración mínima, el principio de igualdad y de no discriminación del algoritmo, particularmente en la asignación de trabajo, oferta de bonos e incentivos, cálculo de remuneraciones, entre otros.

¹⁹ Boletín núm. 10.937-15, del 25 de octubre de 2016, y Boletín núm. 11.934-15, del 20 de julio de 2018.

²⁰ Boletín núm. 12.618-13, del 14 de mayo de 2019.

²¹ Boletín núm. 12.475-13, del 14 de marzo de 2019. Este proyecto avanzó hasta segundo trámite constitucional, en la Comisión de Trabajo del Senado.

Con todo, un proyecto de ley presentado por un grupo de senadores fue el que logró avanzar y convertirse en la Ley 21.431, que regula el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios (*on demand*), y que entrará en vigor en el segundo semestre de 2022. El proyecto fue patrocinado por el gobierno del presidente Piñera en 2021, y avanzó con su apoyo, vía urgencias parlamentarias, hasta ser aprobado en los últimos días de su mandato.

Esta inédita ley establece tres escenarios jurídicos para el trabajo mediante plataformas digitales de servicios: un contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes, un contrato de los trabajadores de plataformas digitales independientes, y unas normas comunes aplicables a ambos.

Respecto de los primeros, regirá la presunción genérica de laboralidad. Sin embargo, se plantean algunas particularidades a este contrato especial de trabajo, varias muy similares a las contempladas en el proyecto presentado por diputados del Frente Amplio: protección de datos personales, zona geográfica de prestación de servicios, información básica del algoritmo, distribución flexible de la jornada.

Mucho más discutible es la nueva figura que crea la ley: el contrato de trabajadores de plataformas digitales independientes, previsto para aquellos casos en que no concurren los elementos de la presunción genérica de laboralidad. Esto es, la empresa deberá limitarse a coordinar el contacto entre el trabajador de plataformas digitales independiente y los usuarios de ésta, sin perjuicio de establecer los términos y condiciones generales que permitan operar a través de sus sistemas informáticos o tecnológicos. Las principales reglas previstas para este contrato están referidas a: honorarios mínimos; derecho a acceder a cobertura de seguridad social, cotizando según resulta aplicable; tiempo mínimo de desconexión mínimo; aviso previo por terminación del contrato; respeto de las garantías constitucionales del trabajador de plataformas digitales independiente, aunque —sin fundamento objetivo alguno— sólo permite la acción de tutela laboral en el caso que estos trabajadores hayan prestado servicios a través de una determinada plataforma por, a lo menos, treinta horas cada semana, durante los últimos tres meses.

Finalmente, la norma aprobada plantea ciertas normas comunes, aplicables a los trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes: derecho de información sobre el servicio ofrecido, derecho de protección de datos personales, derecho a la capacitación y elementos de protección, y derechos colectivos.

Consideramos que la ley consolida la indefinición respecto de la naturaleza jurídica de esta forma de prestación de servicios, manteniendo el debate sobre la laboralidad —y su judicialización, como veremos— en el corazón de la nueva estructura normativa. Nos parece que el reconocimiento del trabajo en plataformas digitales de servicios como trabajo subordinado, a través de una presunción especial de laboralidad, hubiera sido respuesta legal más consistente con el desarrollo jurisprudencial y dogmático. A partir de dicha definición, deberían haberse regulado las peculiaridades de su régimen jurídico, y reconocido un piso mínimo de derechos para aquellos casos en que se lograra desvirtuar la mentada presunción de laboralidad.

III. EL PROBLEMA DE LA LABORALIDAD DEL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES EN SEDE JUDICIAL

1. *Antecedentes del problema*

La litigiosidad vinculada al trabajo prestado a través de plataformas digitales en Chile se remonta a 2015. Desde entonces se han presentado más de medio centenar de demandas judiciales, mas todavía no se puede sostener que haya una tendencia jurisprudencial asentada en sede laboral.²²

Estas causas, algunas terminadas y otro trámite, han sido entabladas principalmente en tribunales laborales de grandes ciudades (Santiago, Valparaíso, Antofagasta y Concepción), promovidas en su mayoría por conductores de Uber y repartidores de Pedidos Ya. Sobre la base de la reclamación de laboralidad, algunas de ellas pretenden la declaración de despido injustificado; otras, la declaración de despido con vulneración de derechos fundamentales, y otras —las menos— persiguen indemnizaciones de perjuicios por accidentes laborales.

Otro antecedente relevante es que, como ha ocurrido en otros países, buena parte de estos juicios laborales han terminado por desistimiento o por mecanismos de solución alternativa de conflictos (avenimiento o conciliación),

²² La doctrina chilena también es exigua aún en este tema: Muñoz García, Boris, “Uber, la subordinación y las fronteras del derecho del trabajo. Algunas ideas para delimitar”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, vol. 9, núm. 17, 2018, pp. 13-40; Lizama, Luis y Lizama, Diego, *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*, Chile, Ediciones DER, 2020, pp. 5-81; Ugarte, José Luis, “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 35, 2020, pp. 17-49.

lo que permite colegir que las empresas dueñas de las plataformas buscan fórmulas para evitar las sentencias, por el efecto reflejo que éstas pueden llegar a tener y el impacto correlativo en el mercado.

No obstante lo dicho, existen ya algunas sentencias emblemáticas que dan cuenta de un debate judicial todavía no resuelto y que, por las razones antes señaladas, se proyecta que se intensificará con la entrada en vigencia de la Ley.

La primera sentencia laboral que se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios a través de plataformas digitales fue dictada en una causa sustanciada ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago,²³ a partir de una demanda interpuesta por un exconductor de Uber en contra de Uber Chile SpA por declaración de relación laboral, despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones.

El tribunal de instancia rechazó la demanda considerando que el exconductor no pudo demostrar los indicios de laboralidad, y consideró que se advertía la existencia de una “especie de comunidad de choferes, que cuentan con permiso para realizar transporte privado de pasajeros, y se unen a la empresa ya sea como personas naturales o jurídicas con sus propios vehículos, empresa que por otra parte les facilita el soporte tecnológico que permite captar clientes a través de una aplicación en el celular a fin de movilizarlos de un lado a otro”. El sentenciador, en definitiva, rechazó la existencia de laboralidad sosteniendo que los conductores tienen libertad para conectarse o desconectarse del sistema y aceptar o no la solicitud, sin que se hayan probado represalias al hacerlo. Asimismo, el cliente puede modificar el precio fijado para el recorrido por la aplicación (desconectándose y volviendo a conectarse), los conductores no usan uniforme, y el que existan bonos por conectarse en fechas claves no es necesariamente un rasgo de laboralidad.

Pasaron cinco años antes que otra sentencia reactivara el debate judicial sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile, esta vez respecto de las plataformas de reparto.

Nuestro objetivo en este apartado apunta precisamente a analizar el estado de la cuestión en los tribunales chilenos a partir del fallo más emblemático a la fecha. Se trata de un caso resuelto por el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, donde se debía calificar la laboralidad de los servicios prestados

²³ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015.

por un repartidor para la empresa Pedidos Ya.²⁴ El tribunal considera que sí se trata de un trabajador dependiente, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción.²⁵

Cabe advertir, no obstante, que dos demandas de tutela laboral despertaron particular interés, radicadas en el Primer y Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, presentadas por un grupo de repartidores dados de baja por Pedidos Ya. Reclamaban, en lo principal, la declaración de existencia de relación laboral y el pago de prestaciones laborales y previsionales adeudadas. Lo peculiar de estas causas era que fueron las primeras con litisconsorcio activo, en las que además se reclamaba la declaración de los despidos como antisindicales (habrían sido motivados por la intención de crear un sindicato, y por diversas manifestaciones de los repartidores en el marco de paros internacionales del sector).

En una de ellas,²⁶ el tribunal rechazó la demanda por insuficiencia de prueba, es decir, porque la parte demandante no habría logrado acreditar la existencia de una relación laboral en los términos que exige el Código del Trabajo. “No debemos olvidar que los actores concurren libremente a celebrar y firmar el contrato de prestaciones de servicios, instrumento en el cual se establecían las condiciones que ellos conocían en forma previa, rigiendo en tal caso el principio de autonomía de la voluntad”.²⁷

Creemos que dicha sentencia —en la referencia transcrita— desconoce abiertamente la naturaleza y los principios del derecho del trabajo. Asume que los repartidores tienen igual poder que la empresa Pedidos Ya para negociar y pactar las condiciones de la prestación de servicios, lo que a todas luces es irreal. Arguyendo falta de prueba, descarta una contundente batería de indicios de laboralidad, coincidentes casi en su totalidad con los que se consideraron suficientes por el tribunal laboral y la Corte de Concepción para concluir exactamente lo contrario.

²⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, del 5 de octubre de 2020,

²⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 395-2020, del 15 de enero de 2021.

²⁶ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 1864-2021. La segunda causa mencionada se tramitó ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, con el mismo RIT, y terminó por avenimiento poco después de rechazada la otra demanda.

²⁷ Esta sentencia fue recurrida de nulidad por los demandantes. La resolución del recurso se encuentra pendiente al cierre de este trabajo (Corte de Apelaciones de Santiago, ROL núm. 1864-2021).

2. *La negación de la condición de trabajador independiente*

A. *Falta de autonomía propia de un trabajador autónomo*

En la causa judicial de referencia, Pedidos Ya niega la condición de trabajador dependiente de un repartidor y, por el contrario, entiende que éste posee una calidad contrapuesta.²⁸

En ordenamientos comparados se suele definir al trabajador autónomo de forma residual o por oposición al trabajador subordinado.²⁹ En contraposición a la situación del trabajador dependiente, aquel autónomo conserva pleno poder de decisión sobre su trabajo, tanto en lo relativo a la forma de realizarlo como también de llevarlo o no a cabo.³⁰

El tribunal, sin embargo, niega que el actor pueda ser considerado un trabajador independiente. Afirma que la percepción de que aquel sea su propio jefe es “aparente”, y, en definitiva “falsa”, toda vez que no se advierte la libertad que es propia de dichos trabajadores, en dos grandes aspectos: cuándo y cómo realizar el trabajo. La supuesta libertad de conexión está supeditada a una serie de restricciones y sanciones (incluso de ser dado de baja de la aplicación) en caso de no cumplirse por ciertos criterios de la plataforma. Además, el repartidor debe cumplir con las instrucciones de la empresa, y es calificado por ello, e incluso puede ser objeto de penalidades como las descritas.

B. *Fijación del precio del servicio*

Otra característica propia de un autónomo es la libertad que posee a la hora de fijar el precio de los bienes o servicios que pone a disposición de los clientes. Si es un tercero quien fija el precio (y, a su vez, lo percibe), se pone en entredicho la condición de autónomo del trabajador en cuestión. Dicho

²⁸ El ordenamiento jurídico chileno entiende por trabajador independiente aquel que “en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador ni tiene trabajadores bajo su dependencia” (artículo 3o. del Código del Trabajo).

²⁹ Castello, Alejandro y Raso, Juan, *Derecho del trabajo*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 152; García Murcia, Joaquín, “Trabajo autónomo”, en García Murcia, Joaquín (dir.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, España, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 21.

³⁰ Todolí Signes, Adrián, “El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, España, 2015, núm. 3, p. 13.

de otro modo, si la retribución de un supuesto autónomo no es pagada por el cliente, sino por la organización donde ejecuta sus labores, es en realidad un sueldo y un contrato de trabajo.³¹

Precisamente éste es uno de los aspectos que considera el tribunal para concluir que el actor era dependiente de la empresa demandada. Para esto se hace referencia al elemento de la ajenidad en la prestación de servicios.

En nuestra opinión, resulta aplicable la teoría de la ajenidad de los frutos, según la cual los frutos del trabajo (entendidos en un sentido amplio) se atribuyen inicial y directamente a una persona distinta de quien ejecuta el trabajo.³² Existe una variante de esta tesis, que se conoce como la “ajenidad de la utilidad patrimonial”, en orden a que la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a una persona distinta del propio trabajador, a saber: el empresario.³³ De esta suerte, el trabajador no recibe un beneficio directo de lo que produce, que sí es obtenido por el empresario, el que luego compensa al trabajador, por medio del salario, con una parte de esa utilidad.³⁴

Nos parece que esta tesis se ajusta a la situación en análisis, toda vez que Pedidos Ya es quien fija —y, en la mayoría de las veces, también cobra— el precio del servicio, mediante una transacción bancaria electrónica, y posteriormente se paga el honorario al repartidor. Esto se condice con un nuevo indicio de laboralidad, pero que tiene la particularidad de no apuntar en forma directa a la dependencia de los servicios, sino, más bien, se centra en verificar la verdadera calidad de un trabajador autónomo. En aquél, lo distintivo es que pueda tomar decisiones sobre diferentes aspectos de su negocio —precios, modo de trabajo, etcétera—, que le permitan acceder a más clientes, posicionar cada vez más su marca o prestigio profesional en el mercado, etcétera, lo que no ocurre en estos casos.³⁵

C. *La relación con el cliente*

Un rasgo propio del trabajador autónomo es que, en principio, asume la responsabilidad con el cliente en cuanto a los bienes o servicios que está ofreciendo.

³¹ Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia, *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 2009, p. 199.

³² *Ibidem*, pp. 55 y 56.

³³ Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2002, p. 38.

³⁴ *Idem*. En esa misma línea, véase Cruz Villalón, Jesús, *Compendio de derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2019, p. 33.

³⁵ Todolí Signes, Adrián, “El impacto de la «uber economy»...”, *cit.*, p. 13.

En el caso en análisis, la empresa sostiene que su finalidad es intermediar en el despacho de alimentos, esto es, conectar a los consumidores con la oferta de distintos locales a través del despacho a domicilio, despacho que realizan los repartidores. Bajo este esquema, Pedidos Ya entiende que el repartidor es un trabajador por cuenta propia, de modo que la relación jurídica relativa al servicio de transporte de alimentos se concretaría entre éste y el cliente. Sin embargo, esta afirmación es aparente, ya que dicha relación se materializa, en realidad, entre la empresa y el cliente. Esto se deduce del hecho de que en caso de que se produzca algún problema con el pedido, Pedidos Ya responderá por ello. Por consiguiente, el tribunal estima que la empresa en cuestión no es un simple intermediario, sino, más bien, quien lleva a cabo los servicios de transporte de alimentos para los particulares. Evidentemente, por tratarse de una empresa, dicha tarea la tiene que realizar con personal que le presta servicios, que, en el asunto en análisis, el tribunal calificó de laborales.

En nuestra opinión, aquí resulta aplicable la teoría de la ajenidad en la organización.³⁶ La empresa Pedidos Ya dirige y controla las tareas de los repartidores, y se relaciona jurídicamente con el cliente, por lo que la gestión del trabajo del repartidor no es decidida por él. Por lo mismo, los clientes entienden que el servicio lo contratan con la empresa indicada, ya que ella es titular del negocio en cuestión.

Además del criterio anterior, también es posible apreciar la teoría de la ajenidad en el mercado. Según ésta, el trabajador realiza una tarea (obra o servicio) que se destina a un “mercado anónimo”, pero el empresario —que hace las veces de “intermediario”— es quien se conecta jurídicamente con los

³⁶ *A priori* podría pensarse que resulta más aplicable la teoría de la ajenidad en los riesgos; sin embargo, no creemos que sea lo acertado. El núcleo central de esta teoría apunta a que el trabajador no puede sufrir pérdidas económicas producto de la prestación de sus servicios (véase Mercader Uguina, Jesús, *Lecciones de derecho del trabajo*, España, Tirant lo Blanch, 2018, p. 141). Así, por ejemplo, se recibiría un salario fijo por la ejecución de las tareas (por ejemplo, en Chile, sería sueldo base según el artículo 42, letra a), cualquier fuere el resultado de aquéllas, toda vez que se trataría de una obligación de medios. No obstante, en el caso del trabajo de plataforma normalmente el régimen retributivo es a destajo, es decir, por resultado. De modo que si un encargo tuvo alguna clase de inconveniente, seguramente no será retribuido. Así las cosas, un factor determinante de la ajenidad de los riesgos pierde gran parte de su carácter definitorio (Luque Parra, Miguel, “La (re)definición del concepto de ‘trabajador’ en el ámbito de las nuevas tecnologías a la luz del derecho de propiedad industrial y de propiedad intelectual”, en Rey Guanter, Salvador del y Luque Parra, Manuel (coords.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, España, La ley, 2005, p. 92.

consumidores.³⁷ Siguiendo este planteamiento, se habla, a su vez, de la ajenidad en la marca, idea que se utiliza justamente para explicar la situación de los trabajadores vía plataformas. La doctrina sostiene que con la interposición de una marca ajena entre el prestador de servicios y el cliente se impide que el prestador de servicios actúe en nombre propio en el mercado. De esta forma, la empresa (titular de la marca) será reconocida como el actor que participa en el mercado.³⁸

A nuestro entender, al presentarse dos manifestaciones de la ajenidad —titularidad de la organización y del mercado— es posible advertir un indicio relevante de dependencia o subordinación laboral, reconocido por la doctrina, que consiste en la puesta a disposición de la fuerza de trabajo para integrarla en una organización ajena.³⁹ En la misma línea, la recomendación 198 de la OIT, de 2006, sobre la relación de trabajo, propone indicios específicos que permitan determinar la existencia de subordinación laboral, entre los que se destaca “la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona”.

Situados en el esquema del trabajo vía plataformas, la empresa dirige una especie de “ecosistema digital”, donde los trabajadores necesitan incorporarse para llevar a cabo sus tareas.⁴⁰ Por tanto, es posible señalar que éstos se integran en un “territorio ajeno”,⁴¹ en el que no deciden sobre su funcionamiento.⁴² Lo que no coincide con la supuesta libertad de que goza un trabajador autónomo, que, como tal, requiere “disponer plenamente sobre el modo de ejecución de su trabajo”.⁴³

³⁷ Alarcón Caracuel, Manuel, “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, núm. 28, 1986, p. 499; Luque Parra, Miguel, *op. cit.*, p. 92.

³⁸ Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era...*, *cit.*, p. 54.

³⁹ Gamonal Contreras, Sergio y Guidi Moggia, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, Chile, Thomson Reuters, 2015, p. 48; Rojas Miño, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*, Chile, Thomson Reuters, 2015, p. 14; Cruz Villalón, Jesús, *Compendio de derecho...*, *cit.*, p. 36.

⁴⁰ Cabeza Pereiro, Jaime, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*, España, Editorial Bomarzo, 2020, p. 100.

⁴¹ Todolí Signes, Adrián, “El impacto de la «uber economy»...”, *cit.*, p. 12.

⁴² Fernández Brignoni, Hugo, “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno «uber». La llamada «Economía disruptiva»”, *Derecho Laboral*, Uruguay, 2016, núm. 261, p. 47.

⁴³ Martín Valverde, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2016, p. 42.

3. *Los indicios de subordinación o dependencia*

El análisis judicial respecto de la naturaleza jurídica de la relación entre la empresa dueña de la plataforma y sus repartidores se concentra en la configuración o no del elemento esencial del contrato de trabajo, esto es, la subordinación o dependencia.

En el caso específico que guía este apartado, la jueza parte de la premisa que la idea clásica de un trabajador dependiente debe ser superada por la existencia de estas plataformas tecnológicas. A su entender, esta “dinámica es completamente distinta, en donde el vínculo de subordinación y dependencia se manifiesta, pero no de la manera tradicional”.

Aun coincidiendo con lo anterior, cabe advertir que existen formas de trabajo que también difieren de los criterios tradicionales de la subordinación, como el teletrabajo; no obstante, se encuentran reconocidas en nuestro ordenamiento laboral desde hace varios años.⁴⁴ La doctrina indicaba así que el concepto clásico de subordinación debía ser “rediseñado”, en orden a “poner el acento en una manifestación nueva de control empresarial, de carácter virtual, ejercida desde la distancia”.⁴⁵

La subordinación no se presenta uniforme en todos los casos; puede ser mínima en unos y muy estricta en otros, según las circunstancias y condiciones en que se presta el servicio. Esta flexibilidad en los contornos de la dependencia laboral permite abarcar nuevas formas de trabajo, que escapan de los cánones del trabajador clásico, como sucedió con el teletrabajo y, como se discute actualmente, con los trabajadores vía plataformas digitales.

En buena parte de los países se recurre a la presencia de los denominados “indicios” de dependencia. En términos generales, un solo indicio no define la existencia o ausencia de la subordinación, sino más bien es “la suma de varios elementos, el peso específico de los mismos en la relación, la ponderación de los indicadores excluyentes con los del signo opuesto, lo que en definitiva permitirá concluir sobre la naturaleza de la relación”.⁴⁶ En efecto,

⁴⁴ El teletrabajo fue contemplado inicialmente en la legislación chilena como una hipótesis de trabajadores exceptuados de la limitación de jornada (artículo 22 Código del Trabajo, incorporado a través de la Ley 19.759 de 2001). Más recientemente, la Ley 21.220 de 2020 ha regulado pormenorizadamente el trabajo a distancia y el teletrabajo.

⁴⁵ Ugarte Cataldo, José Luis, *El nuevo derecho...*, *op. cit.*, p. 189. En el mismo sentido, Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo. En el proceso de transformación de empresa*, Chile, Lexis-Nexis, 2005, pp. 164 y ss.; Luque Parra, Miguel, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁶ Castello, Alejandro y Raso, Juan, *op. cit.*, pp. 225-304.

no se trata de un listado cerrado de indicios, sino que con el tiempo se van agregando nuevos (por ejemplo, el control *online* del trabajo), y otros pierden cierta fuerza (por ejemplo, que el empleador facilite los instrumentos de trabajo).

El tribunal recurre precisamente a dicha técnica en el caso de referencia.⁴⁷ En efecto, es posible apreciar que la jueza intenta constatar la presencia de indicios “clásicos”, no obstante que su manifestación sea diferente de los estándares comunes, dada la realidad particular de las plataformas digitales.

A. *Control de las tareas*

Una de las manifestaciones clásicas de la subordinación laboral es el control o fiscalización que efectúa el empleador sobre el trabajo realizado.⁴⁸ El aspecto clave será determinar qué cantidad y calidad de control (empresarial) es soportable en una prestación de servicios civil o comercial antes de entender que se trata de una relación laboral.

En el caso en cuestión, se pudo constatar que existía un control intenso sobre la forma en que el repartidor llevaba a cabo su tarea. Este control tenía distintas manifestaciones, pero la más relevante consistía en un sistema de *ranking* de calificaciones, donde se evaluaban distintos tipos de aspectos, tales como la puntualidad, poner o no en pausa la aplicación, rechazar o no un pedido, etcétera. Bajo ese esquema, existe una lista de repartidores, y quienes obtienen buenas calificaciones son ubicados en los primeros puestos de ella, por lo que pueden acceder a los mejores turnos. En cambio, si esas calificaciones no son buenas, se aplican penalizaciones, que implican un descenso en la ubicación en la lista, y que incluso pueden significar dejar en suspenso o bloquear la cuenta.

Se pone en marcha una verdadera “infraestructura evaluativa”.⁴⁹ Para gestionar su actividad, las plataformas estructuran un esquema de “estimulación” (por ejemplo, “premios por disposición”) y “evaluación conductual”

⁴⁷ La Corte de Apelaciones de Concepción, ROL núm. 395-2020, que, como decíamos, confirmó la decisión de primera instancia, sostiene que la sentenciadora utilizó la técnica indiciaria: “identificando los indicios favorables y los indicios contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso en concreto concurre o no la mencionada relación laboral”.

⁴⁸ Diéguez, Gonzalo y Cabeza, Jaime, *Derecho del trabajo*, España, Marcial Pons, 2003, p. 32.

⁴⁹ Vallas, Steven, “Platform Capitalism: What’s Stake for Workers?”, *New Labor Forum*, 2019, vol. 28, núm. 1, p. 49.

de los supuestos colaboradores, por medio de calificaciones de la empresa y sus clientes.⁵⁰

Por cierto, el papel de los clientes resulta primordial, debido a que el buen posicionamiento de la empresa en el mercado depende en gran medida de la confianza que logren alcanzar con ellos. En un “comercio típicamente anónimo”,⁵¹ la confianza se asienta en dos aspectos principales: la verificación de identidades de quienes realizan los servicios, y los sistemas de calificación de éstos.⁵²

Se ha instalado, de este modo, la idea de la “reputación *online*” en la plataforma y del consiguiente “control reputacional”, como forma de control externalizado de la prestación de trabajo, toda vez que son los clientes los que valoran el servicio.⁵³ Si bien la empresa contempla supuestas “recomendaciones” sobre cómo prestar los servicios (las que, por lo demás, son públicas), quienes no las observen corren el riesgo de ser desactivados, pues seguramente los clientes calificarán su labor de forma deficiente, porque esperan el cumplimiento de aquéllas.⁵⁴

B. Jornada de trabajo

La jornada laboral ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia nacionales como un presupuesto clásico de laboralidad.⁵⁵ Ahora bien, es uno de los aspectos más complejos de ponderar en el trabajo vía plataformas digitales.

En el caso comentado, la empresa dueña de la plataforma intenta sostener, en buena medida, la inexistencia de la relación laboral basándose en la libertad del repartidor para determinar su horario. No obstante, el tribunal llega a la convicción de estar en presencia de una jornada trabajo flexible (turnos

⁵⁰ Ugarte Cataldo, José, “Trabajadores en empresas de la plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 35, 2020, p. 33.

⁵¹ Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era...*, *cit.*, p. 104.

⁵² Mercader Uguina, Jesús, “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, España, Aranzadi, 2018, p. 163.

⁵³ Pazos Pérez, Alexandre, “El trabajo autónomo y los sistemas reputaciones”, *Temas Laborales*, España, núm. 151, 2020, p. 127.

⁵⁴ Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era...*, *cit.*, p. 48.

⁵⁵ Por todos: Rojas Miño, Irene, *op. cit.*, p. 15; Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de noviembre de 2017, ROL núm. 1542-2017.

variables determinados por la aplicación), que además es objeto de control y registro.

Sobre el tipo de jornada de trabajo que opera en este supuesto, el tribunal entiende —aunque no lo indique en forma expresa— que no se trata de una de aquellas contempladas expresamente en el Código del Trabajo chileno, sino de un régimen de “turnos irregulares”, que pueden fluctuar entre dos y diez horas diarias. Es, por tanto, una jornada flexible, pero que por ello no pierde su condición de tal.

De otra parte, la jornada es registrada y controlada por la empresa, mediante el sistema de GPS asociado a la aplicación. Dicho sistema controla el tiempo de conexión y la ubicación del repartidor.

El tiempo y la frecuencia de trabajo son antecedentes relevantes para determinar la existencia de la relación laboral. Así, por ejemplo, puede ser usual el supuesto donde una persona realiza tareas por periodos muy breves y discontinuos, y además es dependiente formal de otra empresa. En esta hipótesis, el vínculo con la plataforma difícilmente puede calificarse como laboral, pues dos indicios importantes, como son la continuidad de las labores y la dependencia económica, no se encontrarían presentes.⁵⁶ De otra parte, si la relación es efectivamente laboral, un sistema de horarios como el del caso de referencia, con ese supuesto grado de flexibilidad, no se encuentra contemplado en nuestra legislación. En este sentido, un sector de la doctrina chilena indica que la rigidez de nuestras normas laborales, en materias como la jornada de trabajo, no da cabida a “la flexibilidad existente en estos nuevos modelos económicos”.⁵⁷

Con todo, consideramos que si bien hay un problema de la falta de regulación de una jornada como la antes descrita, no puede ser inconveniente para que una prestación de servicios de esta clase pueda ser calificada como laboral. En efecto, existen jornadas que por su naturaleza pueden ser en extremo variables —como sucede, por ejemplo, con los trabajadores de artes y espectáculos (artículo 145 C del Código del Trabajo)—, lo que no impide concluir que ella se da en el contexto laboral.⁵⁸

⁵⁶ Existen estudios que indican que aproximadamente un tercio de los conductores de Uber son trabajadores a tiempo completo en otra empresa. Véase Dagnino, Emanuele, “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*, México, 2015, p. 7.

⁵⁷ Lizama Portal, Luis y Lizama Castro, Diego, “El derecho del trabajo y la economía colaborativa”, *Revista Derecho & Sociedad*, Perú, 2019, núm. 53, p. 217.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1542-2017, 10 de noviembre de 2017.

Entonces, la presencia de una jornada laboral se puede apreciar cuando, por una parte, una persona ejecuta labores (horas) con periodicidad —fija o flexible— en ciertos días y semanas, y, por otra, una empresa determina y controla —directa o indirectamente— los horarios de tales tareas. Así las cosas, es posible apreciar que las plataformas llevan a cabo estrategias para “modular el comportamiento de las personas, en cuanto al tiempo de trabajo y aceptación de servicios, para encajar con las necesidades e intereses de la plataforma”.⁵⁹ Justamente, esa clase de modulación fue la que advirtió el tribunal en el caso en cuestión, y de ahí que estimó que sí existía un horario trabajo (flexible).

Cabe subrayar que la constatación de la existencia de una jornada laboral implica necesariamente “el ejercicio del poder de mando del empleador en orden a organizar las faenas productivas”.⁶⁰ Luego, frente a ese poder de mando habrá como contrapartida indispensable un deber de obediencia profesional de quien realiza dichas faenas o tareas y, por ende, que éstas se califiquen como dependientes o subordinadas. En tal sentido, se produce una especial simbiosis entre la jornada de trabajo y la relación laboral. Por un lado, una de las menciones mínimas del contrato de trabajo es la duración y distribución de la jornada (artículo 10, núm. 4, del Código del Trabajo). Por otro, si una prestación de servicios no está formalizada como laboral, un indicio especialmente relevante de dependencia consistirá, justamente, en la existencia de una jornada de trabajo, en cualquiera de sus manifestaciones.

IV. PROTECCIÓN SOCIAL EN EL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES

La calificación de laboralidad de los trabajadores de plataformas digitales no sólo será relevante para poder identificar la procedencia de la aplicación del derecho del trabajo, sino que también, dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, será determinante para identificar la cobertura subjetiva del sistema de protección social. En general, los regímenes de seguridad social han definido su ámbito de aplicación basándose en el concepto tradicional de

⁵⁹ Gines i Fabrellas, Anna, “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, España, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 26.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol núm. 737-2012, del 12 de octubre de 2012.

trabajador, vinculando su cobertura con el cumplimiento de los requisitos de un empleo formal.⁶¹

En la medida en que un trabajador demuestre indicios claros de subordinación y que además se ajuste a los parámetros más clásicos del trabajo formal, como empleo único, contrato de duración indefinida, jornada de trabajo completa, entre otros, en general gozará también de una mejor cobertura de protección social. Por el contrario, quienes no cumplan con dichos parámetros se ubicarán en una posición menos ventajosa, ya que podrán acceder a dichos beneficios en menor medida o condiciones menos convenientes,⁶² pudiendo incluso quedar excluidos de esta protección.

De esta manera, el trabajo a través de plataformas digitales supone también un inmenso desafío en cuanto a revisar de qué forma se puede ampliar la cobertura de los sistemas de seguridad social para dar respuesta a esta nueva realidad, y ello en particular por dos motivos. En primer lugar, porque este tipo de trabajo generalmente atrae a aquellos grupos que no pueden acceder a un empleo que obedezca a las características más formales, y por lo tanto esa flexibilidad laboral probablemente significará también una ubicación más precaria en el sistema de seguridad social. En efecto, los trabajadores que suelen insertarse con mayor facilidad en estas nuevas formas de trabajo son también aquellos más susceptibles de quedar excluidos de la protección social, y en muchos casos quienes más la necesitan, como jóvenes, mujeres, migrantes, personas con menor calificación profesional, entre otros. Así, no sólo van a acceder a empleos más precarios en términos de protección laboral, sino que además se condiciona su cobertura de protección social.⁶³

Sin perjuicio de que dependerá de cada caso,⁶⁴ y que es cierto que muchas veces son los propios trabajadores quienes buscan empleos con mayor flexibilidad para poder conciliar otras actividades,⁶⁵ el trabajo a través de platafor-

⁶¹ Rodríguez Fernández, Ma. Luz, “Protección social de los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, España, 2020, núm. 57, p. 6.

⁶² Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *op. cit.*, p. 16.

⁶³ Organization for Economic Co-operation and Development, *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?* Paris, OECD Publishing, 2018, p. 33.

⁶⁴ Para los efectos de analizar la cobertura de los sistemas de seguridad social, es muy diferente la situación de un trabajador joven que busca aumentar sus ingresos, pero que, por ejemplo, aún es carga familiar, y por lo tanto tiene cobertura médica, que el caso de un trabajador que se dedica a tiempo completo al trabajo a través plataformas, y por lo tanto constituye su única fuente de ingresos.

⁶⁵ Adams, Abi *et al.*, “Rethinking Legal Taxonomies for the Gig Economy”, *Oxford Review of Economic Policy*, Reino Unido, vol. 34, núm. 3, 2018, p. 479.

mas digitales ha permitido que las empresas se desliguen de costos asociados a un contrato de trabajo formal, especialmente en materia de salud y seguridad laboral, transfiriendo por lo tanto esa carga a los propios trabajadores, y precarizando aún más su posición en materias tan relevantes como son los accidentes laborales, e incluso la protección de la maternidad.⁶⁶

En segundo lugar, debido a que estas nuevas formas de trabajo suponen también nuevos riesgos laborales asociados a que la prestación de servicios dependa de un medio tecnológico. El caso paradigmático ha sido el de los trabajadores *riders*, que se desempeñan como conductores o repartidores,⁶⁷ y cuyo trabajo se caracteriza porque en general deben finalizar sus tareas y recorrer diferentes distancias en períodos lo más breves posibles, muchas veces sin contar con condiciones de seguridad mínimas (especialmente los repartidores) y siempre controlados por algún medio tecnológico.⁶⁸ Precisamente, han sido los primeros casos en los cuales se ha podido evidenciar la vulnerabilidad en la cual se encuentran estos trabajadores, especialmente en materia de seguridad, y ha sido objeto de los primeros pronunciamientos judiciales respecto al trabajo vía plataformas, tanto en Chile como en el extranjero.

Sin perjuicio de que en los últimos años ya se venía observando la aparición de nuevos riesgos laborales asociados a las nuevas formas de organización empresarial y a los cambios tecnológicos⁶⁹ provocados por la denominada nueva revolución industrial y sus efectos para los trabajadores, ahora se suman entonces todos los riesgos que en particular se ocasionan a partir de los trabajos que se caracterizan por una supervisión constante a través de algún medio tecnológico.⁷⁰

⁶⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Innovative Approaches for Ensuring Universal Social Protection for the Future of Work*, Suiza, 2018, p. 10.

⁶⁷ Hebe Litterio, Liliana, *Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo*, Argentina, Thomson Reuters, 2020, p. 169.

⁶⁸ Fielbaum, Andrés y Tirachini, Alejandro, *Características del trabajo de conducción en plataformas ride-bailing (tipo Uber y Cabify) en Chile*, 2019, p. 6 (1-15).

⁶⁹ Mendizábal, Gabriela y López, Emmanuel, “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, México, vol. 6, núm. 3, 2018, pp. 309 y ss. En el mismo sentido Bajwa, Uttam *et al.*, *The Health of Workers in the Global Gig Economy*, Globalization and Health, 2018, pp. 1-4.

⁷⁰ “Existen riesgos específicos, de un lado, por el uso de la plataforma para organizar el trabajo como, de otro lado, riesgos específicos por la forma de organizar el trabajo derivado del uso de la plataforma”, Todolí Signes, Adrián (dir.), *Riesgos laborales específicos del trabajo en plataformas digitales*, España, Osalan, 2020, p. 13.

En este nuevo contexto, con trabajadores expuestos a nuevos y mayores riesgos⁷¹ y con menor o nula cobertura a los sistemas de seguridad social, es válido preguntarse de qué manera se puede otorgar protección social a los trabajadores de plataformas, y ello dependerá de cada ordenamiento jurídico.

En nuestro país, la afiliación a los sistemas contributivos de seguridad social es obligatoria para los trabajadores sujetos a contrato de trabajo, quienes deberán financiar sus prestaciones de salud común, su sistema previsional, y eventualmente su seguro de cesantía,⁷² a través de sus cotizaciones mensuales. A su vez, le corresponde al empleador financiar el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y el seguro de invalidez y sobrevivencia (del sistema previsional).

Por su parte, los trabajadores independientes también están obligados a cotizar, autofinanciando todas las prestaciones de los sistemas contributivos. Esta obligación fue introducida a través de la Ley 20.255 de 2008, aunque finalmente entró en vigor diez años después, y si bien significó un avance en cuanto a la ampliación de la cobertura subjetiva del sistema de seguridad social, sólo se aplica respecto de aquellos trabajadores que siendo independientes realizan prestaciones de servicios de carácter formal y de acuerdo con una clasificación de carácter tributario.⁷³

Así las cosas, en tanto no entre en vigor la Ley 21.431, los trabajadores vía plataformas no se encuentran en ninguna de estas categorías, y sólo se han podido incorporar al sistema de seguridad social en la medida en que coticen de forma voluntaria,⁷⁴ con todas las dificultades que ello supone, partiendo porque deben asumir complementemente el costo. Además, la autogestión deja fuera toda el área de la prevención de riesgos laborales, que es de responsabilidad del empleador.

⁷¹ “Los trabajadores sometidos a una gestión automatizada o algorítmica de su trabajo pueden ver incrementada la intensificación de su trabajo”, Todolí Signes, Adrián, “En cumplimiento de la primera ley de la robótica. Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour and Law Issues*, Italia, vol. 5, núm. 2, 2019, pp. 1-38.

⁷² Dependerá de la duración del contrato de trabajo, si es de carácter parcial (ya sea a plazo o por obra o faena) no corresponde cotización para el trabajador.

⁷³ Jofré Bustos, María Soledad, “Los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, México, vol. 4, núm. 3, 2016, pp. 10 y ss.

⁷⁴ En enero de 2021 se anunció, como el primer convenio de este tipo, un acuerdo, una aplicación de *delivery* (Bicci) y la Mutual de Seguridad, que permite que los trabajadores estén cubiertos por el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, a través de su incorporación como trabajadores independientes.

Por lo tanto, el debate sobre el trabajo a través de plataformas implica no sólo repensar cómo se protege a quienes prestan estos servicios desde la perspectiva laboral, sino también cómo adaptar nuestro sistema de protección social de manera de entregar una protección comprensiva de todos aquellos que se encuentren en situaciones de contingencias sin que necesariamente se vincule con el cumplimiento de las características de un empleo subordinado y formal.⁷⁵

La ley recientemente aprobada en Chile enfrenta estos problemas debido a la trilogía jurídica que instaura: trabajadores dependientes e independientes de plataformas digitales, y normas comunes. A los primeros les serán aplicables las normas generales sobre protección y seguridad social de los trabajadores subordinados. Además, la nueva normativa ratifica el deber de protección que tiene el empleador de la plataforma digital de servicios (artículo 152 quáter T, Código del Trabajo). Respecto de los trabajadores de plataformas digitales independientes, la ley establece que tendrán derecho a acceder a cobertura de seguridad social cotizando según resulte aplicable (artículo 152 quáter Y, Código del Trabajo). Es decir, en este punto la ley no hace más que explicitar el escenario jurídico ya aplicable en Chile a trabajadores dependientes e independientes, constreñido —como vimos— al sector formal de la economía.

Más interesantes resultan las obligaciones que se imponen a las empresas de plataforma digital de servicios en las normas comunes aplicables a los trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes. Aquéllas tendrán que proporcionar a los trabajadores una capacitación adecuada y oportuna que considere los criterios de seguridad y salud definidos por la autoridad competente para la actividad que se realiza, los elementos de protección necesarios y un seguro de daños que asegure los bienes personales que utiliza el trabajador en la prestación del servicio (artículo 152 quinquies F, Código del Trabajo). Estas obligaciones, que conforme a la ley no constituyen indicio de subordinación, son un avance para disminuir la precariedad laboral en esta dimensión del análisis.

⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Strengthening Social Protection for the Future of Work*, Suiza, 2017, p. 9; Organización Internacional del Trabajo, *Income Security in the on-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers*, Suiza, 2016, p. 16; European Parliament, *The social protection of workers in the Platform Economy*, Bélgica, 2017, p. 70; “Modificar la configuración del modelo de seguridad social no es algo impensable, pero sí requiere hacerse tal pregunta en términos políticos, lo que no siempre es sencillo”; Rodríguez Fernández, Ma. Luz, *op. cit.*, p. 188.

V. DATOS PERSONALES, PRIVACIDAD Y CONTROL EMPRESARIAL EN EL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES

Uno de los ejes del modelo de negocio de empresas que utilizan plataformas digitales es el uso de la información, en general, y de los datos personales, en particular. En efecto, las posibilidades de coordinación que brindan se operativizan a través de sofisticados algoritmos que permiten cruzar —e, incluso, condicionar— la información entre oferentes y demandantes de un producto o servicio. Aquí radica otro de los problemas conexos que plantea el trabajo vía plataformas.

El trabajo es organizado, dirigido, controlado y disciplinado a partir del flujo de información, desde los datos personales de los trabajadores hasta el *big data*, que integra otros activos de información, como las valoraciones de consumidores y análisis en tiempo real de resultados de coordinación de oferta y demanda de servicios. El trabajo vía plataformas se estructura algorítmicamente, y constituye un rasgo central del modelo de negocios.⁷⁶

En estas plataformas, el empleador, administrador o propietario tiene un control de la información que permite operar el sistema. En términos asimétricos, quien se beneficia del uso intensivo del algoritmo se ubica en una relación asimétrica de información, tanto para adoptar decisiones de negocios como para determinar las prestaciones del contrato respecto del *rider*⁷⁷ o permitir una evaluación de cara al perfeccionamiento de las políticas públicas.⁷⁸ En importantes volúmenes de datos, al tratarse de información, el controlador de la plataforma es el responsable del tratamiento de los datos personales de trabajadores y consumidores.⁷⁹ Los datos de los usuarios de la aplicación —tanto trabajadores como consumidores— son una fuente de valor para empresas de plataformas.⁸⁰ Quien presta el servicio, entrega información personal en dos niveles: de entrada y de funcionamiento. En el nivel de entrada, los datos personales habilitan su ingreso a la plataforma para ofrecer

⁷⁶ Mateescu, Alexandra y Nguyen, Aiha, “Algorithmic Management in the Workplace”, *Data & Society*, Estados Unidos, 2019, pp. 5-7; Gines i Fabrellas, Anna, “El tiempo de trabajo...”, *cit.*, p. 22.

⁷⁷ Mateescu, Alexandra y Nguyen, Aiha, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁸ Hawley, Adrian, “Regulating Labour Platforms, the Data Deficit”, *European Journal of Government and Economics*, vol. 7, núm. 1, 2018, pp. 12-18.

⁷⁹ Rosenblat, Alex, *Uberland. How Algorithms are Rewriting the Rules of Work*, University of California Press, 2018, p. 139.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 140.

el servicio. Se trata de elementos básicos para la generación de la contratación a través de la aplicación. El uso intensivo de los datos, sin embargo, se encuentra en el segundo nivel, el de funcionamiento. Aquí, la plataforma registra datos personales a través de distintas vías. La más básica es el control de los ingresos y la cantidad de tiempo que destina en la plataforma o la evaluación en línea que hacen los usuarios.⁸¹

Datos de dirección, velocidad, rutas y, en general, el comportamiento del trabajador es registrado bajo la métrica de la aplicación. El control de la geolocalización no debería escapar de la autodeterminación digital del trabajador, pese a los problemas que existen para su tutela.⁸² Los datos recolectados indirectamente incluyen *cookies*, *web beacons*, *scripts* incrustados o a través de terceros, como Google Analytics, servicios de redes sociales o socios comerciales.⁸³ Además, la estructura de *ratings* y sistemas reputacionales se construye a partir de la información brindada por clientes, y que administra la empresa de plataforma.⁸⁴

En el caso chileno, los principales problemas se encuentran en la deficiencia de un ecosistema de tutela del derecho a la protección de datos personales, que carece de una autoridad de control especializada.⁸⁵ En efecto, pese a tener una de las leyes pioneras en América Latina sobre tutela de la autodeterminación informativa, su falta de actualización se hace patente con cuestiones como la falta de reglas especiales que operativicen la portabilidad de los datos de los trabajadores.⁸⁶ Tras la reforma constitucional de 2018, la Constitución asegura a todas las personas un derecho a la autodeterminación informativa o, en otros términos, a la protección de los datos personales (artículo 19, núm. 4). Como estas plataformas requieren de la información personal de

⁸¹ Valenduc, Gérard y Vendramin, Patricia, *Work in the Digital Economy: Sorting the Old from the New*, Bélgica, ETUI, 2016, p. 31.

⁸² López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco, “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, España, vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 535 y 536.

⁸³ Organización Internacional del Trabajo, *World Employment and Social Outlook. The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work*, Suiza, 2021, p. 100.

⁸⁴ Pazos Pérez, Alexandre, *op. cit.*, p. 131.

⁸⁵ Cámara de Diputados, *Evaluación de la Ley núm. 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada*, Chile, 2016, p. 84; Viollier, Pablo, *El estado de la protección de datos personales en Chile*, Chile, Derechos Digitales, 2017, pp. 28 y ss.; Contreras, Pablo, “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 18, núm. 2, 2020, pp. 112-114.

⁸⁶ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, *op. cit.*, p. 29.

trabajadores y clientes para funcionar, se plantea el desafío de cómo asegurar y garantizar los derechos fundamentales de las personas en este contexto, donde el consentimiento, como base de licitud para el tratamiento de datos, es insuficiente.⁸⁷

Los datos de los *riders* determinan una serie de consecuencias en las prestaciones y obligaciones que surgen a partir de la relación jurídica fijada por la plataforma. En primer término, los datos relativos a la ejecución de las tareas del *rider* fijan su *performance* y determinan su retribución.⁸⁸ Acceder a dichos datos no ha sido sencillo, al darse bajo una administración distante y un trabajo aislado.⁸⁹ Los *riders* han generado mecanismos para recolectar sus propios datos y chequear los resultados de la asignación de beneficios por parte del algoritmo.⁹⁰ Algunas experiencias exitosas fueron fruto de la estrategia conjunta de choferes, para poder ejercer su derecho de acceso a los datos personales, que sirven de base para la cuantificación de la prestación pecuniaria por parte de la empresa de plataforma. En marzo de 2021, un grupo de choferes de las empresas Uber y Ola lograron una importante victoria judicial respecto del acceso a los registros digitales que maneja el algoritmo.⁹¹ Como se ha afirmado, el *quid* de la cuestión relativa a la administración algorítmica del trabajo es la falta de transparencia a los datos y a los parámetros de medición y control.⁹² Por ello, la respuesta judicial se estructuró bajo las reglas del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, en donde

⁸⁷ Nissenbaum, Helem, *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010; Solove, Daniel, *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, 2004, pp. 94-123; Solove, Daniel, "Privacy Self-Management and the Consent Dilemma", *Harvard Law Review*, Estados Unidos, 2013, vol. 126, pp. 1882-2013; Hartzog, Woodrow, *Privacy's Blueprint. The Battle to Control the Design of New Technologies*, Reino Unido, Harvard University Press, 2018, pp. 207-215. En el ámbito nacional, puede revisarse una mirada panorámica, desde la perspectiva constitucional, en Álvarez Valenzuela, Daniel, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*, Chile, LOM, 2019.

⁸⁸ Walker, Michael *et al.*, "«You can't pick a Phone and Talk to Someone»: How Algorithms Function as Biopower in the Gig Economy", *Organization*, Reino Unido, vol. 28, núm. 1, 2021, pp. 5 y ss.

⁸⁹ Véase los reclamos de *riders* por problemas con viajes y cobros, que son procesados sin intervención humana, Rosenblat, Alex, *op. cit.*, pp.143-149.

⁹⁰ Marshall, Aarian, "Gig Workers Gather their own Data to Check the Algorithm's Math", *Wired*, 2021, disponible en: <https://www.wired.com/story/gig-workers-gather-data-check-algorithm-math/>.

⁹¹ *Uber drivers v. Uber*, Amsterdam District Court (11.03.21), C/13/687315/HARK 20-207; *Ola drivers v. Ola Cabs*, Amsterdam District Court (11.03.21), C/13/689705/HARK 20-258.

⁹² Rivas Vallejo, Pilar, *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, p. 265.

la corte de distrito de Ámsterdam obligó a las empresas a una serie de deberes de transparencia, a saber:⁹³

- a) Transparentar los datos que sirven de base para alegaciones de “actividad fraudulenta”, imputada por la empresa a los choferes. La corte descartó que el ejercicio del derecho de acceso a los datos, por parte de sus titulares, pudiera ser considerado un abuso del derecho a la protección de datos. En definitiva, la corte confirmó el derecho a que las asociaciones de trabajadores y sindicatos puedan generar una base de datos de trabajadores de plataformas (*gig workers data trust*).⁹⁴
- b) Transparentar el perfil de “probabilidad de fraude” que mantiene sobre cada conductor de Ola y el “perfil de ingresos” con base en el cual se compara la posible actividad fraudulenta.
- c) Transparentar el detalle del *rating* del chofer, y no sólo divulgar los datos en forma agregada. Hasta el fallo, Uber entregaba información agregada de los últimos quinientos viajes. La corte ordenó el desglose detallado de las calificaciones de cada viaje, pero anonimizando los datos personales de los consumidores.⁹⁵
- d) Finalmente, deben transparentarse los sistemas de vigilancia que las empresas usan para determinar la posible actividad fraudulenta de choferes. En particular, cómo se tratan los datos a través del sistema Guardian —de Ola— y el Hybrid Real Time ID —de Uber—.

Los sistemas de vigilancia se acentúan y profundizan en el trabajo vía plataformas.⁹⁶ Para el derecho del trabajo, la capacidad de monitoreo de los empleadores a los trabajadores, conforme al desarrollo tecnológico, no es nada nuevo.⁹⁷ La recolección de datos fortalece las facultades de revisión, control y

⁹³ Sobre esto, véase en general Worker Info Exchange, “Gig Workers Score Historic Digital Rights Victory Against Uber & Ola”, *Worker Info Exchange*, 2021, disponible en: <https://www.workerinfoexchange.org/post/gig-workers-score-historic-digital-rights-victory-against-uber-ola-2>.

⁹⁴ *Idem*. Sobre *sectoral data trusts*, véase O’Brien, Hettie y Lawrence, Hettie, “Data and the Future of Work”, *Commonwealth*, 2020, pp. 41 y ss., disponible en: <https://www.commonwealth.co.uk/reports/data-and-the-future-of-work>.

⁹⁵ Worker Info Exchange, *op. cit.*

⁹⁶ Bales, Richard y Stone, Katherine, “The Invisible Web at Work: Artificial Intelligence and Electronic Surveillance, under the Labor Laws”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 41, 2020, pp. 9-21; Chan, Ngai Keung, “The Rating Game: The Discipline of Uber’s User-Generated Ratings”, *Surveillance Studies*, núm. 1-2, 2020, pp. 183-185.

⁹⁷ Ugarte Cataldo, José Luis, “El derecho del trabajo y el desafío de las nuevas tecnologías”, *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*, Chile, núm. 170, 2003, pp. 3-6; Ugarte Cataldo, José Luis,

detección de la empresa en la determinación de los beneficios o en el cese del uso o acceso a la aplicación.⁹⁸ Las plataformas se constituyen en verdaderas “empresas panópticas”, en las que el control y el seguimiento de parte del empleador se da mediante sistemas de geolocalización, seguimiento de navegaciones y *cookies*, controles informáticos de productividad, evaluaciones de clientes en tiempo real y desempeños laborales, que son cruzados mediante la eficiencia en la ejecución del servicio o prestación y el cruce de datos a través de *big data*.⁹⁹

La desactivación automatizada de cuentas es el último ejemplo del uso intensivo de datos, en conjunto con algoritmos de detección de supuestos de fraude.

La Ley 21.431, en las normas comunes aplicables a los trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes, incorpora reglas sobre transparencia y derecho a la información. En efecto, establece que los datos de los trabajadores son de carácter estrictamente reservado; que aquéllos pueden acceder en cualquier momento a sus datos personales, en particular a los relacionados con su calificación e impacten en el desempeño de su trabajo, y que tienen derecho a solicitar la portabilidad de sus datos en un formato estructurado, genérico y de uso común, que permita ser operado por distintos sistemas informáticos (artículo 152, quinquies D, Código del Trabajo). Aun reconociendo el avance que supone la norma, no alcanza los comentarios estándares de protección que se han desarrollado en otras latitudes.

VI. CONCLUSIONES

Las fronteras del derecho del trabajo son una zona sísmica, que se ha revisado en diversas oportunidades durante la evolución de esta disciplina. La

“Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 13-36.

⁹⁸ Organización Internacional del Trabajo, “World Employment and Social...”, *cit.*, p. 100.

⁹⁹ Cohen, Julie, “Examined Lives: Informational Privacy and the Subjects as Object”, *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, pp. 1373-1437; Mercader Uguina, Jesús, “El futuro del trabajo y el empleo en la era de la digitalización y la robótica”, en Quadra Salcedo, Tomás de la y Piñar Mañas, José Luis (dirs.), *Sociedad digital y derecho*, España, Boletín Oficial del Estado-Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 611-632, principalmente, p. 616; Zuboff, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Reino Unido, Profile Books, 2019, p. 393. En el caso de Uber, Rosenblat, Alex, *op. cit.*, p. 139. Se ha advertido que “es necesario elaborar una reglamentación que regule el uso de los datos y la responsabilidad exigible en cuanto a la utilización de algoritmos en el mundo del trabajo”, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *op. cit.*, p. 47.

peculiaridad del escenario actual es que debe responder a una crisis de cobertura. Los tribunales han fallado —en mayor o menor medida (dependiendo del país)— en su respuesta a la creciente evasión de la aplicación del derecho del trabajo, resultando excluidos trabajadores atípicos que en realidad necesitan protección. Las legislaciones han fallado también —de nuevo, en mayor o menor medida— en la actualización de sus normas referidas al ámbito de aplicación del derecho del trabajo, expulsando con dudoso fundamento a ciertas categorías de trabajadores o dejando abiertos espacios para la elusión de normas laborales. Asimismo, los entes fiscalizadores no han logrado asegurar altos niveles de cumplimiento del derecho del trabajo —por falta de recursos, restricciones competenciales u otras razones—, especialmente respecto de grupos especialmente vulnerables.

En tal contexto, no se vislumbra una categoría jurídica dotada de mejores atributos que la subordinación para delimitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Lo que ha de redefinirse son sus técnicas, sus características específicas, con vocación de adaptabilidad a las nuevas realidades del trabajo, y con suficiente amplitud y determinación para alcanzar los supuestos de simulación y fuga. En el caso del trabajo vía plataformas (especialmente en aquellas de servicios *on demand*), es sencillo encontrar diversos patrones comunes que apuntan hacia la laboralidad, a través de una reinterpretación de la noción funcional de subordinación: los incentivos para mantener porcentajes altos de aceptación de servicios, el control a través de GPS, la existencia de algoritmos y otras herramientas digitales de control de desempeño, entre otros que se han explicado en este estudio.

En lo referido a la definición de las fórmulas jurídicas de protección del trabajo vía plataformas digitales, en cambio, se requiere de una intervención estatal —legal, jurisprudencial o mixta— que otorgue certeza jurídica a estas nuevas formas de trabajo y les asegure debida protección, haciendo las distinciones que procedan. La estrategia en este sentido no debe presuponer que la expansión del trabajo prestado a través de plataformas podrá ser detenida con fórmulas laborales clásicas (como la uniformidad o la inderogabilidad). Por ilusoria, dicha respuesta devengaría en ineficaz. Y tal (re)definición exige considerar las peculiaridades de los sistemas jurídicos en que irrumpen las nuevas formas de trabajo, de modo de distinguir los problemas de cumplimiento y aplicación de la normativa laboral y de protección social, de las genuinas nuevas exigencias regulación y protección.

Aunque no existen estadísticas fiables para medir el tamaño del mercado de trabajo vía plataformas digitales en Chile, su crecimiento se ha visto muy

favorecido por las condiciones estructurales del país: una historia económica liberal, una alta penetración de Internet y un importante flujo de mano de obra migrante.¹⁰⁰

Era necesario formular nuevas categorías jurídicas que, a partir de la reconfiguración de las relaciones laborales por la irrupción del trabajo a través de plataformas, permitieran proyectar tutelas jurídicas específicas respecto de nuestro sistema normativo, particularmente frágil en protección laboral y social.

Con la aprobación de la Ley 21.431, en Chile se ha optado —equivocadamente, en nuestro criterio— por encostrar el debate sobre la laboralidad en la génesis de la protección, consolidando la vía de la definición casuística en los tribunales, donde la carga se mantendrá en las espaldas de los trabajadores. Es decir, hemos dado una vuelta en círculo. Este defecto estructural esencial merma la valoración que pueda hacerse de los avances, que los hay, y que quedan circunscritos principalmente a las normas comunes aplicables a trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes, con las prevenciones indicadas en cada caso.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, Abi *et al.*, “Rethinking Legal Taxonomies for the Gig Economy”, *Oxford Review of Economic Policy*, Reino Unido, vol. 34, núm. 3, 2018.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel, “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, núm. 28, 1986.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía, “Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, núm. 88, 2016.
- ALOISI, Antonio, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of on-Demand/Gig Economy Platforms”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, núm. 37, 2016.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 2009.

¹⁰⁰ Arriagada, Arturo *et al.*, *Fairwork Chile Puntuaciones 2021. Estándares laborales en la economía de plataformas*, Chile-Reino Unido, Fairwork, 2021, pp. 3 y ss.

- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*, Chile, LOM, 2019.
- ARRIAGADA, Arturo *et al.*, *Fairwork Chile Puntuaciones 2021. Estándares laborales en la economía de plataformas*, Chile-Reino Unido, Fairwork, 2021.
- AUVERGNON, Philippe, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *Revista Derecho Social y Empresa*, España, núm. 6, 2016.
- BAJWA, Uttam *et al.*, *The Health of Workers in the Global Gig Economy*, Globalization and Health, 2018.
- BALES, Richard y STONE, Katherine, “The Invisible Web at Work: Artificial Intelligence and Electronic Surveillance, under the Labor Laws”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 41, 2020.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaborización”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, España, Marcial Pons, 2000.
- BIRGILLITO, María Laura, “Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell’impresa Uber”, *Labour & Law Issues*, España, vol. 2, núm. 2, 2016.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, *Revista de Derecho*, Chile, vol. XVIII, núm. 1, 2005.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*, España, Editorial Bomarzo, 2020.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Evaluación de la Ley núm. 19.628, sobre Protección de la Vida Privada*, Chile, 2016.
- CASTELLO, Alejandro y RASO, Juan, *Derecho del trabajo*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- CHAN, Ngnai Keung, “The Rating Game: The Discipline of Uber’s User-Generated Ratings”, *Surveillance Studies*, núm. 1-2, 2020.
- COHEN, Julie, “Examined Lives: Informational Privacy and the Subjects as Object”, *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Suiza, OIT, 2019.
- CONTRERAS, Pablo, “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 18, núm. 2, 2020.

- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos”, *Temas Laborales*, España, núm. 81, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, España, Tecnos, 2019.
- DAGNINO, Emanuele, “Labour and Labour Law in Time of the on-Demand Economy”, *Revista Derecho Social y Empresa*, España, núm. 6, 2016.
- DAGNINO, Emanuele, “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand* economy”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*, México, 2015.
- DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian, *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Reino Unido, Hart Publishing, 2006.
- DAVIDOV, Guy, “The Status of Uber Drivers: a Purposive Approach”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, España, núms. 1-2, 2017.
- DEGRYSE, Christophe, *Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets*, Bélgica, ETUI, 2016.
- DIÉGUEZ, Gonzalo y CABEZA, Jaime, *Derecho del trabajo*, España, Marcial Pons, 2003.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “La regulación de la economía colaborativa”, *Revista CEF Legal*, España, núm. 175-176, 2015.
- EUROPEAN PARLIAMENT, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Bélgica, 2017.
- FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno «uber». La llamada «Economía disruptiva», *Derecho Laboral*, Uruguay, núm. 261, 2016.
- FIELBAUM, Andrés y TIRACHINI, Alejandro, *Características del trabajo de conducción en plataformas ride-hailing (tipo Uber y Cabify) en Chile*, 2019.
- FUDGE, Judy, “The Future of the Standard Employment Relationship: Labour Law, New Institutional Economics and Old Power Resource Theory”, *Journal of Industrial Relations*, Australia, núm. 59, 2017.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, Chile, Thomson Reuters, 2015.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Trabajo autónomo”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, España, Thomson-Aranzadi, 2007.
- GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *En las fronteras del derecho del trabajo*, España, Comares, 1999.

- GAUTHIER, Gustavo, “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, *XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- GAUTHIER, Gustavo, *Disrupción, economía compartida y derecho*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- GINES I FABRELLAS, Anna, “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, España, vol. 2, núm. 1, 2021.
- GINES I FABRELLAS, Anna, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- GOERLICH PESET, José María, “¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, España, núm. 27, 2016.
- HARTZOG, Woodrow, *Privacy’s Blueprint. The Battle to Control the Design of New Technologies*, Reino Unido, Harvard University Press, 2018.
- HAWLEY, Adrian, “Regulating Labour Platforms, the Data Deficit”, *European Journal of Government and Economics*, vol. 7, núm. 1, 2018.
- HEBE LITTERIO, Liliana, *Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo*, Argentina, Thomson Reuters, 2020.
- INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE PUERTO MONTT, Informe de fiscalización núm. 1616, Chile, 7 de abril de 2021.
- INTERNATIONAL LAWYERS ASSISTING WORKERS NETWORK, *Taken for a ride. Litigating the Digital Platform Model*, ILAW, 2021.
- IRURETA URIARTE, Pedro, “La regulación jurídica del trabajo dependiente”, *Ensayos Jurídicos*, Chile, núm. 3, 2007.
- JOFRÉ BUSTOS, María Soledad, “Los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, México, vol. 4, núm. 3, 2016.
- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego, “El derecho del trabajo y la economía colaborativa”, *Revista Derecho & Sociedad*, Perú, núm. 53, 2019.
- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego, *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*, Chile, Ediciones DER, 2020.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes y RAMOS MORAGUES, Francisco, “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, España, vol. 10, núm. 2, 2020.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, “Jurisprudencia judicial sobre indicios de laboralidad”, *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*, Chile, núm. 210, 2006.
- LUQUE PARRA, Miguel, “La (re)definición del concepto de «trabajador» en el ámbito de las nuevas tecnologías a la luz del derecho de propiedad industrial y de propiedad intelectual”, en REY GUANTER, Salvador del y LUQUE PARRA, Manuel (coords.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, España, La Ley, 2005.
- MARSHALL, Aarian, “Gig Workers Gather their own Data to Check the Algorithm’s Math”, *Wired*, 2021, disponible en: <https://www.wired.com/story/gig-workers-gather-data-check-algorithm-math/>.
- MATEESCU, Alexandra y NGUYEN, Aiha, “Algorithmic Management in the Workplace”, *Data & Society*, 2019.
- MENDIZÁBAL, Gabriela y LÓPEZ, Emmanuel, “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, México, vol. 6, núm. 3, 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús, “El futuro del trabajo y el empleo en la era de la digitalización y la robótica”, en QUADRA SALCEDO, Tomás de la y PIÑAR MAÑAS, José Luis (dirs.), *Sociedad digital y derecho*, España, Boletín Oficial del Estado-Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús, “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, España, Aranzadi, 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús, *Lecciones de derecho del trabajo*, España, Tirant lo Blanch, 2018.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, núm. 91, 1998.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2002.
- MUÑOZ GARCÍA, Boris, “Uber, la subordinación y las fronteras del derecho del trabajo. Algunas ideas para delimitar”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, vol. 9, núm. 17, 2018.
- MURGAS TORRAZZA, Rolando, “La delimitación del ámbito de protección del derecho del trabajo”, *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Perú, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015.
- NISSENBAUM, Helem, *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010.

- O'BRIEN, Hettie y LAWRENCE, Hettie, "Data and the Future of Work", *Commonwealth*, 2020, disponible en: <https://www.common-wealth.co.uk/reports/data-and-the-future-of-work>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers*, Suiza, 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Innovative Approaches for Ensuring Universal Social Protection for the Future of Work*, Suiza, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Strengthening Social Protection for the Future of Work*, Suiza, 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *World Employment and Social Outlook. The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work*, Suiza, 2021.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, Paris, OECD Publishing, 2018.
- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo, "La centralidad de los principios del derecho del trabajo en la definición de las fronteras de esta disciplina jurídica", *Revista Laboral Chilena*, Chile, núm. 228, 2014.
- PAZOS PÉREZ, Alexandre, "El trabajo autónomo y los sistemas reputaciones", *Temas Laborales*, España, núm. 151, 2020.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo. En el proceso de transformación de empresa*, Chile, Lexis-Nexis, 2005.
- POBLETE JIMÉNEZ, Carlos, "El objeto del derecho del trabajo y su extensión", *Ars Boni et Aequi*, Chile, núm. 1, 2005.
- RASO DELGUE, Juan, "El derecho del trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, núm. 13, 2016.
- RIVAS VALLEJO, Pilar, *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ma. Luz, "Protección social de los trabajadores de la economía de plataforma: propuestas para aliviar su vulnerabilidad", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, España, núm. 57, 2020.
- ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*, Chile, Thomson Reuters, 2015.

- ROMAGNOLI, Umberto, “El derecho del trabajo después del seísmo global”, *Revista Pasos a la Izquierda*, España, núm. 6, 2017.
- ROSENBLAT, Alex, *Uberland. How Algorithms are Rewriting the Rules of Work*, University of California Press, 2018.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo derecho del trabajo*, España, Cinca, 2004.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas*, Perú, Grijley, 2013.
- SCHWAB, Klaus, *La Cuarta Revolución Industrial*, España, Debate, 2016.
- SHUK-CHING, Teresa, “Independent Workers: Growth Trends, Categories and Employee Relations Implications in the Emerging Gig Economy”, *Employees Responsibilities and Rights Journal*, vol. 31, núm. 1, 2019.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza, “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, *International Congress Labour 2030*, Portugal, 2017.
- SOLOVE, Daniel, “Privacy Self-Management and the Consent Dilemma”, *Harvard Law Review*, vol. 126, 2013.
- SOLOVE, Daniel, *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, 2004.
- SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, España, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.), *Riesgos laborales específicos del trabajo en plataformas digitales*, España, OSALAN, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.), “El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, España, núm. 3, 2015.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.), “En cumplimiento de la primera ley de la robótica. Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour and Law Issues*, Italia, vol. 5, núm. 2, 2019.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.), “The End of the Subordinate Worker?: Collaborative Economy, on-Demand Economy, Gig Economy, and the Crowd-Workers’ need for Protection”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, núm. 33, 2017.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, España, Tirant lo Blanch, 2017.

- TODOLÍ SIGNES, Adrián y HERNÁNDEZ, Macarena (dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, España, Thomson Reuters, 2018.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, “La influencia del entorno *crowd* sobre las relaciones de trabajo y sus protagonistas: *crowdworking* y *crowdworkers*”, *Labour & Law Issues*, España, vol. 2, núm. 2, 2016.
- TRILLO PÁRRAGA, Francisco, “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, España, núm. 76, 2016.
- UGARTE CATALDO, José Luis, “El derecho del trabajo y el desafío de las nuevas tecnologías”, *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*, Chile, núm. 170, 2003.
- UGARTE CATALDO, José Luis, “Privacidad, trabajo y derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 9, núm. 1, 2011.
- UGARTE CATALDO, José Luis, “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 35, 2020.
- UGARTE CATALDO, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo*, Chile, Editorial Universitaria, 2004.
- UGARTE CATALDO, José Luis, *La subordinación en el derecho laboral chileno*, Chile, Legal Publishing, 2008.
- UGARTE CATALDO, José Luis, “Trabajadores en empresas de la plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 35, 2020.
- VALENDUC, Gérard y VENDRAMIN, Patricia, *Work in the Digital Economy: Sorting the Old from the New*, Bélgica, ETUI, 2016.
- VALLAS, Steven, “Platform Capitalism: What’s Stake for Workers”, *New Labor Forum*, 2019, vol. 28, núm. 1.
- VELTANI, Juan (dir.), *Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas*, Argentina, Thomson Reuters, 2020.
- VIOLLIER, Pablo, *El estado de la protección de datos personales en Chile*, Chile, Derechos Digitales, 2017.
- WALKER, Michael *et al.*, “«You can’t pick a Phone and Talk to Someone»: How Algorithms Function as Biopower in the Gig Economy”, *Organization*, Reino Unido, vol. 28, núm. 1, 2021.
- WORKER INFO EXCHANGE, “Gig Workers Score Historic Digital Rights Victory against Uber & Ola”, *Worker Info Exchange*, 2021, disponible en: <https://www.workerinfoexchange.org/post/gig-workers-score-historic-digital-rights-victory-against-uber-ola-2>.
- ZUBOFF, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Reino Unido, Profile Books, 2019.

LEY AGRARIA A TRES DÉCADAS DE SU ENTRADA EN VIGOR*

AGRARIAN LAW THREE DECADES AFTER
ITS ENTRY INTO FORCE

LA LOI AGRAIRE TROIS DÉCENIES APRÈS
SON ENTRÉE EN VIGUEUR

Edwin LÓPEZ HERNÁNDEZ**

“Los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia”

Karl R. POPPER

“Those who are unwilling to expose their ideas to the adventure of refutation take no part in the game of science”

Karl R. POPPER

“Ceux qui ne veulent pas exposer leurs idées à l’aventure de la refutation ne prennent pas part au jeu de la science”

Karl R. POPPER

RESUMEN: El derecho agrario en México se elevó a rango constitucional por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917. Desde ese momento ha teni-

* Recibido el 14 de agosto de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Docente de la asignatura derecho agrario en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California.



do diversas legislaciones reglamentarias del artículo 27 de nuestra carta magna. Con el paso del tiempo la regulación y figuras jurídicas se han modificado con el objetivo de adecuarse a la actualidad del ser humano.

La Ley Agraria vigente entró en vigor el 27 de febrero de 1992, y si bien ha sido objeto de varias reformas, no menos cierto es que a tres décadas de su publicación se considera necesario contar con una nueva ley que no sólo regule la situación actual del campo mexicano, sino que marque las pautas y encamine a nuestra sociedad hacia el futuro. Este estudio tiene como finalidad analizar la Ley Agraria vigente, específicamente en su regulación sustantiva, y realizar algunas reflexiones en torno a la situación actual de la justicia agraria en este país.

Palabras clave: derecho agrario, ley agraria, agrario, campo, desarrollo agrario

ABSTRACT: Agrarian law in Mexico was raised to constitutional rank for the first time in the Political Constitution of the United Mexican States promulgated on February 5, 1917. Since that time, it has had various regulatory laws of Article 27 of our Magna Carta. With the passage of time the regulation and legal figures have been modified to adapt to the current situation of the human being.

The current Agrarian Law came into force on February 27, 1992, and although it has been the subject of several reforms, it is no less certain that three decades after its publication, it is considered necessary to have a new Law that not only regulates the current situation of the Mexican countryside, but to set the standards and guide our society towards the future. The purpose of this study is to analyze the current agrarian law, specifically its substantive regulation, and make some reflections on the current situation of agrarian justice in this country.

Keywords: Agrarian law, countryside, agrarian development

RÉSUMÉ: La loi agraire au Mexique a été élevée au rang constitutionnel par première fois dans la Constitution Politique des États-Unis Mexicains promulguée le 5 février 1917. Depuis ce temps, il y a eu diverses lois réglementaires de l'article 27 de notre Magna Carta. Au fil du temps, la réglementation et les chiffres légaux ont été modifiés afin de s'adapter à la situation actuelle de l'être humain.

La loi agraire actuelle est entrée en vigueur le 27 février 1992 et bien qu'elle ait fait l'objet de plusieurs réformes, il n'en est pas moins certain

que trois décennies après sa publication, il est jugé nécessaire d'avoir une nouvelle loi qui non seulement réglemente la situation de la campagne mexicaine, mais pour établir les normes et guider notre société vers l'avenir. Le but de cette étude est d'analyser le droit agraire actuel, en particulier sa réglementation de fond, et de faire quelques réflexions sur la situation actuelle de la justice agraire dans ce pays.

Mots clés: Droit agraire, loi agraire, agraire, campagne, développement agraire

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos de la legislación agraria en México*. III. *Ley Agraria en vigor*. IV. *Actualidad de la justicia agraria en México*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

La presente obra lleva a cabo un análisis de algunos de los antecedentes de la regulación del derecho agrario en México. Bajo ese régimen se encuentra incorporado más del 50% del territorio nacional. Después, se aborda un estudio de la sucesión en México, y se analiza la regulación sustantiva de la Ley Agraria vigente. Dicho análisis y posteriormente reflexiones de la actualidad de la justicia agraria cobran relevancia al conmemorarse tres décadas de la entrada en vigor de la Ley Agraria.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGISLACIÓN AGRARIA EN MÉXICO

1. *Plan de Ayala*

El primer antecedente histórico que se analizará dentro del marco jurídico agrario en los Estados Unidos Mexicanos será el Plan de Ayala, celebrado el 28 de noviembre de 1911, suscrito por Emiliano Zapata, documento que nace por la inconformidad del pueblo respecto al actuar de Francisco I. Madero una vez que se derrocó la dictadura del general Porfirio Díaz. Tal descontento tenía su origen ante el incumplimiento a diversos acuerdos señalados en el Plan de San Luis, que impulsaron ambos personajes; las diferencias eran claras:

Madero hombre preparado creía y luchaba por la democracia; Emiliano Zapata hombre inculco que había sufrido en carne propia el despojo de sus tierras, creía que la paz no podría lograrse hasta que no se solucionara el problema agrario en México, se restituyeran y dotaran de tierras, y estos principios se consagrasen en las leyes de México.¹

Ahora bien, dichas diferencias y problemas se evidencian desde el planteamiento inicial de primer plan señalado, que a la letra dice:

1. Teniendo en consideración que el pueblo mexicano acaudillado por don Francisco I. Madero fue a derramar su sangre para conquistar sus libertades y reivindicar sus derechos conculcados, y no para que un hombre se adueñara del Poder violando los sagrados principios que juró defender bajo el lema de “Sufragio Efectivo”, “No Reección”, ultrajando la fe, la causa, la justicia y las libertades del pueblo, teniendo en consideración: que ese hombre a que nos referimos es Dn. Francisco I. Madero, el mismo que inició la precitada revolución... causando con este hecho reiterados derramamientos de sangre, y multiplicar desgracias a la Patria de una manera solapada y ridícula, no teniendo otras miras que satisfacer que sus ambiciones personales, su desmedidos instintos de tirano y su profundo desacato al cumplimiento de las leyes preexistentes...²

Advirtiendo de lo anterior, su disgusto no era menor, dado que la indignación lo llevó incluso a continuar su lucha hasta derrocarlo del poder, señalando de mezquinos sus intereses y de aprovecharse únicamente de la fuerza humana de los revolucionarios, con el único objetivo de colocarse al frente del país, sin importarles las causas por las que se le unieron y lucharon miles de campesinos.

Para entrar al estudio respecto de las aportaciones a la materia agraria, se realizará un breve extracto de ciertas consideraciones del Plan de Ayala:

6o. Como parte adicional del Plan que invocamos hacemos constar: que los terrenos, montes y aguas que hayan usurpado los hacendados, científicos o caciques a la sombra de la tiranía y de la justicia venal entrarán en posesión

¹ Chávez Padrón, Martha, *El derecho agrario en México*, México, Porrúa, 2010, p. 256.

² Plan de Ayala, 28 de noviembre de 1911, p. 1, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH8.pdf> (fecha de consulta: 16 de julio de 2020).

de estos bienes inmuebles desde luego, los pueblos o ciudadanos que tengan sus títulos correspondientes de esas propiedades, de las cuales han sido despojados, por la mala fe de nuestros opresores...

7o. En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan sufriendo los horrores de la miseria sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura por estar monopolizados en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la tercera parte de esos monopolios a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradura o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos.³

Destaca de lo preliminar, la intención de realizar una restitución de las tierras a quienes contaran con los títulos correspondientes que los ampararan respecto de los inmuebles, el fraccionamiento de los latifundios o grandes haciendas, así como la creación de tribunales especiales, a fin de dirimir las controversias que pudieran suscitarse en relación con la posesión y/o propiedad de la tierra, idea que no se vería reflejada sino se elevaría a rango constitucional hasta enero de 1992, tal como más adelante se detallará.

Bajo ese orden de ideas, es dable caer en

cuenta de la importancia que el Movimiento Suriano tuvo no sólo para nuestra vida política y social, sino fundamentalmente para nuestra estructura jurídica, pues nuestra legislación que equilibra actualmente las garantías individuales y sociales se originó en México, no con la lucha del proletariado, sino con la lucha del campesinado y logró rango constitucional por primera vez en el mundo.⁴

Se debe entender que

El movimiento suriano liderado por Zapata se desarrolló a través 1911-1919, como un movimiento que se lanzó a un levantamiento armado proyectándose en la escena política, agotadas otras vías para hacer escuchar sus aspiraciones y sus demandas, con el fin de construir un proyecto político y

³ *Ibidem*, p. 2.

⁴ Chávez Padrón, Martha, *El derecho agrario en México*, México, Porrúa, 2010, p. 256.

sociocultural en defensa del pueblo, con un claro objetivo, la restitución de las tierras al pueblo.⁵

2. *Ley Agraria del 6 de enero de 1915*

Fue redactada y promulgada durante el mandato del general Venustiano Carranza. Buscaba poner fin al problema agrario en México, señalando el despojo de las tierras como una de las causas que generaban mayor inconformidad de las poblaciones agrícolas, y que tales despojos se habían realizado por autoridades políticas actuando de forma contraria a las leyes, así como por acciones entre personal de la entonces Secretaría de Fomento y Hacienda, oficializando con ello la admisión de la existencia del problema agrario en la nación.

Ya dentro del articulado, contemplaba nulas ciertas enajenaciones y concesiones realizadas respecto de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades; establecía la posibilidad de nulificar divisiones o repartos hechos legítimamente, siempre y cuando lo solicitaran dos terceras partes de los vecinos o causahabientes.

Regulaba la facultad de ser beneficiados mediante la dotación de tierras conforme a las necesidades de su población; por mandato se creaban la Comisión Nacional Agraria, la Comisión Local Agraria y los comités particulares ejecutivos, recayendo en el encargado del Poder Ejecutivo de la Nación la sanción de las reivindicatorias o dotaciones efectuadas, así como la expedición de los títulos respectivos.

Se llegó a calificar esta legislación de “imperfecta, inadecuada, para algunas regiones del país, pero primer paso serio en el sentido de la resolución del problema rural”.⁶

Se puede concluir que “Lo importante del Decreto del 6 de enero de 1915 es que al triunfar Venustiano Carranza fue la primera Ley Agraria del país, punto inicial de la Reforma Agraria y realidad concreta para el campesinado de México que había luchado por obtener un pedazo de tierra que trabajar y del cual vivir”.⁷

⁵ Torres Ciudad, Iván, *Aspectos de la Revolución mexicana (1910-1917). La Revolución Suriana* (tesis), Universidad de Chile, p. 67, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110257/Aspectos-de-la-revolucion-Mexicana-1910-1917-la-revolucion-Suriana.pdf?sequence=4&isAllowed=1> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2021).

⁶ *Ibidem*, p. 273.

⁷ *Ibidem*, p. 274.

3. *Código Agrario de 1934*

Fue expedido bajo el mandato de Abelardo L. Rodríguez; fue el primer Código Agrario de los Estados Unidos Mexicanos. Tal como lo comenta Antonio de Ibarrola, este ordenamiento “Reúne además materias y otras leyes, como la Reglamentación sobre Participación de Tierras Ejidales y Constitución del Patrimonio Parcelario Ejidal, la de Nuevos Centros de Población Agrícola y la de responsabilidades de funcionarios en Materia Agraria”.⁸

Este código creó nuevas autoridades agrarias a las establecidas en la ley inmediata anterior; la Comisión Nacional Agraria fue reemplazada por el Departamento Agrario, la Comisión Local Agraria se convirtió en la Comisión Agraria Mixta, y entraron en operaciones los comités ejecutivos agrarios en lugar de los comités particulares ejecutivos; aunado a los anteriores, se consideraron como autoridades agrarias al titular del Ejecutivo Federal y a los comisariados ejidales.

El Código en comento regulaba los procedimientos de restitución y dotación de tierras y aguas, contemplaba la creación de nuevos centros de población ejidal, consideraba a los bienes agrarios imprescriptibles e inalienables, así como la posibilidad de suspender y privar de sus derechos a los ejidatarios, incluyendo el fraccionamiento y adjudicación de las tierras de uso individual; en vigencia de este Código se realizaron un gran número de acciones de reparto de tierras a los núcleos que carecían de ellas, acciones lideradas por el general Lázaro Cárdenas del Río. “La autonomía formal o legislativa se consolidó con la expedición de este primer Código Agrario de 1934 y, en efecto, se reunieron los preceptos contenidos en diversas leyes, aun cuando su recopilación no se hizo en orden técnico”.⁹

4. *Código Agrario de 1940*

Tras la expedición de diversos decretos, se procedió a promulgar este nuevo ordenamiento:

...se puede destacar en cuanto a autoridades agrarias, hace la distinción entre autoridades y órganos, estimando que estos últimos son auxiliares téc-

⁸ Ibarrola, Antonio de, *Derecho agrario. El campo, base de la patria*, México, Porrúa, 1975, pp. 242-247.

⁹ Chávez Padrón, Martha, “El derecho agrario...”, *cit.*, p. 351.

nicos que nunca ejecutan resoluciones, como era el caso en ese tiempo del Cuerpo Consultivo y las comisiones agrarias mixtas y, respecto a procedimientos agrarios, reduce los plazos de tramitación e incluye el relativo a la titulación de bienes comunales cuando no tienen conflicto de límites.¹⁰

El código enumera a las autoridades agrarias; también establece el procedimiento para la restitución de tierras y aguas a los núcleos de población, así como la dotación a los que carezcan de ellas; establece quiénes no contaban con capacidad para obtener dotación de tierras, bosques o aguas, y especifica qué propiedades se consideraban susceptibles de afectación.

La normativa estipuló que la propiedad de los bienes ejidales pertenecía al núcleo de población y que éstos serían inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransmisibles, salvo ciertos supuestos, que también preveía; declaraba nulo cualquier acto que tuviera por consecuencia privar total o parcialmente a los núcleos de población de sus derechos agrarios; se regulaba la sucesión agraria, así como la expropiación de los bienes ejidales; en torno a la capacidad agraria individual, se limitó a los mexicanos por nacimiento.

En esencia, el Código Agrario de 1940 reproduce y ratifica los lineamientos y disposiciones generales establecidos en el Código de 1934, e introduce de manera excepcional algunos conceptos nuevos. Su propósito, expresado en la exposición de motivos fue acelerar la tramitación de los expedientes agrarios y fomentar el desarrollo de la agricultura en las tierras dotadas, para impulsar el mercado nacional agropecuario.¹¹

5. Código Agrario de 1942

Básicamente perduran las líneas de acción y de trabajo del Código anteriormente abordado; continúa siendo el presidente de la República la suprema autoridad agraria, pero “A diferencia del Código Agrario anterior, este,

¹⁰ Morfín Corona, Jaime Rafael, “Evolución de las autoridades agrarias y de los principios procesales que rigen los juicios agrarios”, *Revista de la Procuraduría Agraria. Estudios Agrarios*, núm. 33, México, septiembre-octubre de 2006, disponible en: http://www.pa.gob.mx/publica/rev_33/morfin.pdf (fecha de consulta: 11 de mayo del 2020).

¹¹ Gómez de Silva Cano, Jorge J., “El derecho agrario mexicano y la Constitución de 1917”, 2016, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4452/16.pdf> (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

aunque de manera muy limitativa, permitía que en forma eventual se contratara mano de obra que ayudara al ejidatario en sus labores”.¹²

El código establecía que los bienes ejidales que resultaran vacantes por falta de heredero o sucesor volverían a la propiedad de núcleo agrario; también, la posibilidad de conversión del régimen ejidal a comunal, y viceversa; existían casos de excepción a la explotación directa de la parcela; también señalaba como inembargables, inalienables y sin posibilidad de gravarse los derechos del ejidatario sobre la parcela, sobre la unidad de dotación y cualquier otra sobre los bienes del ejido.

Se permitía la permuta de parcelas dentro y fuera del ejido, así como la prescripción de una parcela al haberla poseído pacíficamente y cultivado por dos años o más; se encontraba prevista la restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población.

Resultó significativo el cambio y

...distribución de competencias que se plantea en el Código entre el Departamento Agrario y la Secretaría de Agricultura, reservando al primero la responsabilidad de la administración agraria y de dirigir y ejecutar la política en la materia, en tanto que a la segunda se asignan todas las actividades relacionadas con la producción agropecuaria.¹³

Durante sus más de veintiocho años en vigor fue sometido a diversas reformas:

...pero con esto, dio lugar a un mayor perfeccionamiento y adecuación de sus preceptos a la realidad, es evidente que requirió de modificaciones, tanto para resumir todas las reformas de que fue objeto, como para ponerse a tono con el ritmo de la Reforma Agraria y que fue pasando de la primera etapa del solo reparto de tierras, y se volvió integral atendiendo otras fases del problema agrario.¹⁴

6. *Ley Federal de la Reforma Agraria*

Dicho ordenamiento fue publicado el 16 de abril de 1971, y estuvo vigente hasta el 26 de febrero de 1992. Tenía como ejes rectores o temas prioritarios:

¹² González Navarro, Gerardo, *Derecho agrario*, 2a. ed., México, Oxford, 2015, p. 106.

¹³ Gómez de Silva Cano, Jorge J., “El derecho agrario mexicano...”, *cit.*

¹⁴ Chávez Padrón, Martha, “El derecho agrario...”, *cit.*, p. 360.

“...autoridades agrarias; el ejido; organización económica del ejido; redistribución de la propiedad agraria; y responsabilidades”.¹⁵

Esta ley determinó como autoridad agraria al presidente de la República, siendo éste la autoridad suprema agraria; sus resoluciones aún eran inmodificables; las comisiones agrarias mixtas fungían como un “órgano jurisdiccional” al ser el encargado de resolver prioritariamente las controversias agrarias; continuó con la protección de los bienes agrarios, así como de los derechos sobre éstos, que serían inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransmisibles, protección que se extendió a los derechos del ejidatario sobre la unidad de dotación y sobre los bienes del ejido.

Destaca que se les reconoció la personalidad jurídica tanto a los ejidos como a las comunidades; prohibía la celebración de contratos de arrendamiento, aparcería y cualquier otro acto que permitiera la explotación indirecta de los terrenos ejidales y comunales; se conservó la posibilidad de realizar un cambio de régimen de ejido a comunidad, y viceversa.

Otro dato importante es que esta Ley regulaba la sucesión agraria, así como la posibilidad de que el ejidatario o comunero perdiera y/o se le suspendiera de sus derechos; también encontramos a las autoridades al interior del núcleo agrario, siendo éstas la asamblea general, los comisariados ejidales y comunales y los consejos de vigilancia.

A diferencia de las anteriores regulaciones de la materia, no se trató únicamente de una recopilación de varias legislaciones, y por mandato constitucional buscaba enfocarse a la reforma agraria; también “significó un intento para fortalecer la justicia social en el campo, por cuanto tendió a estimular la estructura empresarial del ejido, contemplando una serie de posibilidades para la comercialización e industrialización de los productos ejidales y la diversificación de las actividades productivas de los campesinos”.¹⁶

La Ley Federal de Reforma Agraria constituyó un cuerpo jurídico de avanzada en comparación con los ordenamientos que le precedieron, pues se ocupó no sólo de regular los procedimientos de reparto de la tierra, sino que atendió aspectos relacionados con la organización interna de los núcleos de población y la realización de las actividades productivas a favor de la clase campesina.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, p. 363.

¹⁶ *Ibidem*, p. 365.

¹⁷ Gómez de Silva Cano, Jorge J., “El derecho agrario mexicano...”, *cit.*

III. LEY AGRARIA EN VIGOR

Mediante decreto del 6 enero de 1992 se publicó la reforma al artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un gran cambio en cuanto a la regulación de la tenencia de la tierra, incluyendo la creación de los tribunales agrarios. Aquellos “tribunales especiales” que una vez soñó Emiliano Zapata al promulgar el Plan de Ayala por fin se volvieron realidad.

Como consecuencia de lo anterior, el 26 de febrero de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Agraria, que entró en vigor el 27 del mismo mes y año. La Ley se encuentra integrada por diez títulos y doscientos artículos, de los cuales únicamente 37 regulan el proceso agrario, aunado a ocho artículos transitorios.

El primer punto para considerar es la permisión de utilizar de manera supletoria a la Ley Agraria, la legislación civil federal sustantiva, la legislación mercantil, así como la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y demás leyes aplicables.

En cuanto al reconocimiento de los núcleos agrarios, en su artículo 9 se reconoce la personalidad jurídica y patrimonio de los núcleos agrarios precisando que tales sujetos son propietarios de las tierras que les fueron dotadas y de las que hubieran adquirido por cualquier otro título; dice que los ejidos operarán de conformidad con su reglamento interno sin más limitaciones que las previstas en la Ley, y lo que debe contener tal reglamento.

En relación con los sujetos del derecho agrario, se reconocen a ejidos, comunidades, ejidatario, avecindado, posesionario regular, comunero, nacionalero. Tanto el ejido como la comunidad fueron analizados en el punto inmediato anterior, por lo que, en obviada de repeticiones y transcripciones innecesarias, se dan por reproducidos los comentarios relativos.

De conformidad con su numeral 12, la Ley señala que los ejidatarios son hombres y mujeres titulares de derechos ejidales. En el artículo 15 dice que para obtener tal calidad son requisitos: ser mexicano mayor de edad o de cualquier edad si se tiene familia a su cargo o se trate de heredero de ejidatario y ser avecindado del mismo núcleo de población ejidal, salvo que se trate de heredero de ejidatario o cumplir con los requisitos que se establezcan en el reglamento interno; señala cómo acreditar y cómo se pierde tal calidad; en el correlativo 23 precisa que es facultad exclusiva de la asamblea la aceptación de ejidatarios.

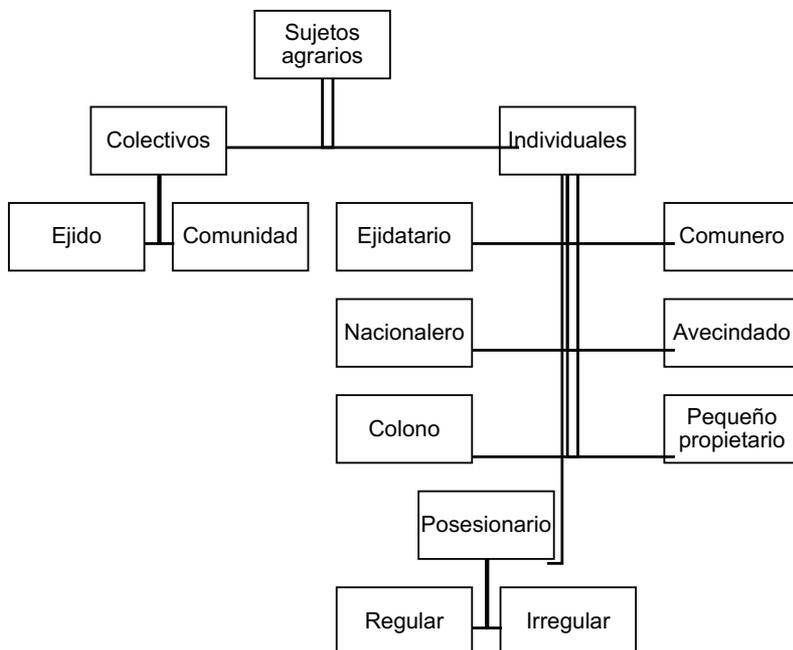
Reconoce en el artículo 13 a los avecindados como aquellos mexicanos mayores de edad que hayan residido por lo menos un año en las tierras del

núcleo de población ejidal siempre que hayan sido reconocidos por la asamblea general de ejidatarios o el tribunal agrario.

Los poseesionarios regulares están previstos en el numeral 23, fracción VIII, de la Ley Agraria, al señalar que su tenencia puede ser regularizada por la asamblea, constituyéndose en irregulares aquellos que no lo han sido aún, y precisa que los primeros serán quienes de conformidad con el artículo 57 del ordenamiento referido tendrán preferencia para la asignación de tierras de uso común.

Por su parte, los comuneros tienen origen en el precepto 101, y tendrán los derechos de uso y disfrute de la parcela que se les asignó, y señala que la calidad será susceptible de transmisión mediante la cesión del derecho del comunero.

Se debe entender por nacionaleros a aquellos sujetos que de conformidad con los artículos 160 y 162 de la Ley Agraria se encuentren en posesión de un terreno nacional. Para efectos de mayor claridad se presenta el siguiente esquema:



FUENTE: elaboración propia.

Respecto a los órganos del ejido, se señalan a la asamblea general de ejidatarios, al comisariado ejidal, al consejo de vigilancia y a la junta de pobladores.

Establece la normatividad que el órgano supremo del ejido es la asamblea general de ejidatarios, la cual se integra por todos los ejidatarios del núcleo agrario; se debe reunir por lo menos una vez cada seis meses, y clasifica sus asambleas en aquellas de formalidades simples y las de formalidades especiales, atendiendo al asunto a tratar.

Ambos tipos de asambleas pueden ser convocadas por el comisariado ejidal, el consejo de vigilancia o la Procuraduría Agraria, esta última cuando lo soliciten veinte ejidatarios o el 20% del total de ejidatarios, mismos que previamente debieron solicitar a los primeros dos órganos mencionados, habiendo transcurrido cinco días hábiles sin que convocaran a la asamblea.

Las asambleas deben realizarse dentro del ejido o en el lugar habitual, salvo causa justificada, para cumplir con el principio de publicidad y hacer del conocimiento de todos los ejidatarios que se realizará una asamblea. El convocante debe emitir cédulas de la convocatoria, en las que se deberán indicar los asuntos a tratar y el lugar y fecha de la reunión.

De las fracciones I a las VI y XV, se debe lanzar la primera convocatoria a la asamblea con no menos de ocho días ni más de quince días de anticipación. Se debe cumplir con el quórum de asistencia, siendo el 50% más uno de los ejidatarios.

De no reunirse el quórum, debe levantarse un acta de no verificativo, y lanzarse una segunda convocatoria, la que tendrá lugar en no menos de ocho ni más de treinta días posteriores, la que se instalará con cualquier número de ejidatarios presentes. Los acuerdos deben ser aprobados por mayoría simple de los presentes, con independencia de si es primera, segunda o ulterior convocatoria.

En cuanto a las asambleas de formalidades especiales, la primera convocatoria debe lanzarse por lo menos con un mes de anticipación; deben estar presentes para instalarse las 3/4 partes de los ejidatarios, un representante de la Procuraduría Agraria y un fedatario público; los acuerdos deben ser tomados por las 2/3 partes de los ejidatarios presentes.

Ante la inasistencia del quórum requerido, debe levantarse el acta de no verificativo, y de inmediato lanzarse la segunda convocatoria, para que la asamblea tenga lugar en no menos de ocho días ni más de treinta días posteriores; en este caso deberán estar presentes cuando menos la mitad más uno de los ejidatarios; es requisito aprobarse los acuerdos por las 2/3 partes de ellos,

debiendo estar presentes un representante de la Procuraduría Agraria y un fedatario público.

El comisariado ejidal se integra por un presidente, un secretario y un tesorero, propietarios y sus respectivos suplentes, mientras que el consejo de vigilancia cuenta con un presidente y dos secretarios, propietarios y sus suplentes. Duran en su encargo tres años. En las candidaturas a dichos puestos debe respetarse que por cuestiones de equidad de género no deben corresponder más del 60% de un mismo género. Son electos en una asamblea de entre los mismos ejidatarios.

Otro órgano hacia el interior del ejido es la junta de pobladores; sus decisiones son encaminadas con el poblado, los servicios públicos y trabajos comunitarios del asentamiento humano. En este caso sí participan los vecindados.

En relación con las tierras ejidales, por su destino se dividen en tierras parceladas, tierras de uso común y tierras para el asentamiento humano, aunque también se prevé como facultad de la asamblea realizar una delimitación de parcelas con destino específico, tales como la unidad agrícola industrial de la mujer, la parcela para el desarrollo integral de la juventud y la parcela escolar.

Las tierras de asentamiento humano se dividen en zona de urbanización y fundo legal, y tienen la protección de ser inembargables, inalienables e imprescriptibles, características que abarcan también a la unidad agrícola industrial de la mujer, la parcela para el desarrollo integral de la juventud y la parcela escolar; sin embargo, esto no les es aplicable a los solares delimitados dentro de la zona de urbanización, ya que una vez que el Registro Agrario Nacional expide el título de propiedad serán propiedad plena de sus titulares y se regularán por las disposiciones del derecho común.

La asamblea general de ejidatarios asigna los solares y determina su extensión, de ser posible al constituirse el ejido, cada ejidatario recibirá un solar de forma gratuita, y una vez satisfechas las necesidades del núcleo agrario, los solares pueden enajenarse o arrendarse a favor de terceras personas. Es en esta área donde se establecen los servicios públicos de la comunidad, y se puede realizar reserva de territorio para la extensión de ésta.

Las tierras de uso común se usarán y aprovecharán de conformidad con el reglamento interno del ejido; también se consideran inembargables, imprescriptibles e inalienables, excepto cuando sean aportadas a una sociedad civil o mercantil; para ser aportadas a una sociedad civil o mercantil deben ser aprobadas por la asamblea general de ejidatarios, y cumplir con otra serie de formalidades.

Las parcelas asignadas individualmente pueden ser trabajadas directa o indirectamente por el ejidatario o posesionario, por medio de arrendamiento, aparcería, mediería, asociación, usufructo o cualquier otro. Lo que sucede hacia el interior de la parcela no puede disponerse por terceras personas, dado que el uso, goce y disfrute de la parcela corresponden al beneficiado con la asignación. Los derechos parcelarios son susceptibles de enajenarse a otro ejidatario o avecindado del núcleo de población, previa notificación a la cónyuge, concubina e hijos del cedente, dado que cuentan con un término de treinta días naturales para ejercer el derecho del tanto; posterior a ello o la renuncia expresa a tal derecho, se debe celebrar un contrato de cesión de derechos frente a dos testigos y ratificarlo ante un fedatario público, dar aviso al comisariado ejidal e inscribirlo ante el Registro Agrario Nacional.

La Ley Agraria permite la desincorporación del régimen ejidal de las parcelas mediante la adopción del dominio pleno, autorización que debe ser otorgada por el órgano supremo del ejido; una vez realizado el cambio de régimen, en lo subsecuente se regulará por el derecho común; pero existe una salvedad, dado que en la primera enajenación una vez adquirido el dominio pleno de la parcela debe otorgarse el derecho del tanto en términos del artículo 84 de la Ley.

También establece la normativa la figura jurídica de la expropiación de bienes ejidales o comunales, que debe ser tramitada ante la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano mediante decreto presidencial que determine la causa de la utilidad pública, los bienes por expropiar, y será mediante indemnización. El decreto debe publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*, y se le notificará la expropiación al núcleo de población. De igual forma, prevé que cuando los bienes expropiados se destinen a un fin distinto del publicado en el decreto respectivo o si transcurridos cinco años no se ha dado cumplimiento con la causa de utilidad pública, el fideicomiso Fondo Nacional del Fomento Ejidal procederá a realizar acciones para reclamar la reversión parcial o total de los bienes expropiados.

La Ley permite constituir nuevos ejidos a un grupo mínimo de veinte personas, que deben aportar una superficie de tierra cada uno, tener un proyecto de reglamento interno, y que tanto la aportación de tierra como el reglamento interno consten en escritura pública y se inscriban en el Registro Agrario Nacional; una vez realizado lo anterior, se tendrá por legalmente constituido el ejido y se regulará como tal.

La Ley prevé que el reconocimiento de las comunidades deriva de una acción agraria de restitución para las que fueron despojadas de su propiedad,

de un acto de jurisdicción voluntaria siempre que no exista litigio en torno a la posesión y propiedad comunal, o bien mediante la resolución de un juicio promovido por quienes conserven el estado comunal cuando exista litigio u oposición, así como por la conversión de ejido a comunidad.

La comunidad tiene la propiedad de las tierras, y ésta es inalienable, imprescriptible e inembargable, salvo que se aporte a una sociedad civil o mercantil; sus órganos son el comisariado de bienes comunales, la asamblea de comuneros y el consejo de vigilancia. Al titular de derechos dentro de la comunidad se le denomina “comunero”, y si él cede sus derechos el adquirente recibe dicha calidad.

Si no existe asignación de parcelas individuales, se presumirán iguales los derechos de los comuneros, salvo prueba en contrario; de no existir litigio, se presume como legítima la asignación de parcelas de hecho en la comunidad.

Se contempla la posibilidad de convertir las tierras ejidales a comunidad, y viceversa, así como la opción de que algunos de ellos se mantengan como ejido o comunidad si no están de acuerdo con el cambio.

Las comunidades indígenas gozan de las protecciones especiales que les reconoce el artículo 4 y 27 de la Constitución federal, y en todo lo no previsto para las comunidades, siempre que no contravengan lo expreso en el capítulo correspondiente, se aplicará lo dispuesto para los ejidos.

Las reglas y bases en que opera la pequeña propiedad son reguladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en la ley se respetan.

IV. ACTUALIDAD DE LA JUSTICIA AGRARIA EN MÉXICO

A la par de la reforma constitucional al artículo 27 en relación con la materia agraria en México, se incluyó en la fracción XIX la creación de tribunales especializados autónomos y con plena jurisdicción para resolver las controversias de la tenencia de la tierra y administrar la justicia agraria, destacando que no se integraron al Poder Judicial de la Federación a pesar de realizar funciones jurisdiccionales. Son dirigidos por magistrados propuestos por el titular del Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente. De acuerdo con la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, dichos órganos jurisdiccionales se integran por un Tribunal Superior Agrario y tribunales unitarios agrarios, a la fecha 57, los cuales se encuentran distribuidos a lo largo del territorio nacional.

Es el Tribunal Superior Agrario el que decide la ubicación en que tendrán su sede, así como su competencia territorial, con base en distritos creados por ellos mismos mediante acuerdos administrativos que delimitan la circunscripción territorial en la cual serán competentes. En algunas entidades federativas han establecido tres o hasta cuatro tribunales unitarios, atendiendo al cúmulo de trabajo y a los sujetos agrarios que existen. Mientras que los tribunales unitarios agrarios son la primera instancia en todos los conflictos que les corresponden, el Tribunal Superior Agrario, entre otras cuestiones administrativas, revisa algunas de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales unitarios.

<i>Ubicación de los distritos y sedes de los tribunales agrarios</i>			
<i>Distrito</i>	<i>Sede</i>	<i>Distrito</i>	<i>Sede</i>
Tribunal superior agrario	Ciudad de México	28	Hermosillo, Sonora
1	Guadalupe, Zacatecas	29	Villahermosa, Tabasco
1A	Aguascalientes, Aguascalientes	30	Ciudad Victoria, Tamaulipas
2	Mexicali, Baja California	31	Jalapa, Veracruz
3	Tuxtla Gutiérrez, Chiapas	32	Tuxpan, Veracruz
4	Tapachula, Chiapas	33	Tlaxcala, Tlaxcala
5	Chihuahua, Chihuahua	34	Mérida, Yucatán
6	Torreón, Coahuila	35	Ciudad Obregón, Sonora
7	Durango, Durango	36	Morelia, Michoacán
8	Ciudad de México	37	Puebla, Puebla
9	Toluca, Estado de México	38	Colima, Colima
10	Tlalnepantla, Estado de México	39	Mazatlán, Sinaloa
11	Guanajuato, Guanajuato	40	San Andrés Tuxtla, Veracruz
12	Chilpancingo, Guerrero	41	Acapulco, Guerrero
13	Guadalajara, Jalisco	42	Querétaro, Querétaro
14	Pachuca, Hidalgo	43	Tampico, Tamaulipas
15	Guanajuato, Guanajuato	44	Chetumal, Quintana Roo
16	Guanajuato, Guanajuato	45	Ensenada, Baja California
17	Morelia, Michoacán	46	Huajuapán de León, Oaxaca
18	Cuernavaca, Morelos	47	Puebla, Puebla
19	Tepic, Nayarit	48	La Paz, Baja California

<i>Distrito</i>	<i>Sede</i>	<i>Distrito</i>	<i>Sede</i>
20	Monterrey, Nuevo León	49	Cuautla, Morelos
21	Oaxaca, Oaxaca	50	Campeche, Campeche
22	Tuxtpec, Oaxaca	51	Iguala, Guerrero
23	Texcoco, Estado de México	52	Zihuatanejo de Azueta, Guerrero
24	Toluca, Estado de México	53	Celaya, Guanajuato
25	San Luis Potosí, San Luis Potosí	54	Comitán de Domínguez, Chiapas
26	Culiacán, Sinaloa	55	Pachuca, Hidalgo
27	Guasave, Sinaloa	56	Tepec, Nayarit

FUENTE: elaboración propia.

A treinta años de la creación de los tribunales agrarios, han sido sometidos a su consideración un total “de 1,013, 645 (un millón trece mil seiscientos cuarenta y cinco) asuntos, y de los cuales se han concluido el 95.21%”,¹⁸ trascendiendo que la mayoría de las controversias planteadas ante ellos han sido resueltas.

“El principio rector de los Tribunales Agrarios es impartir justicia pronta y expedita, dictando con toda oportunidad los fallos en los juicios agrarios...”.¹⁹ Sin embargo, cada vez resulta menos posible acceder a esa tan deseada justicia pronta y expedita; en la mayoría de los casos se debe a la falta de personal con el que cuentan los órganos jurisdiccionales, en los que la mayoría de su personal pertenece al sector administrativo, y el menor de ellos, al personal jurisdiccional. Desde el sexenio anterior, a cargo del presidente Enrique Peña Nieto, se ha venido trabajando en dichos órganos con una austeridad que lejos de permitir la contratación de mayor personal jurisdiccional, ha ido reduciendo espacios y recortando plazas, tales como ingenieros topógrafos, secretarios de estudio y cuenta, audiencia campesina.

Cada vez resulta más notoria la indiferencia de los servidores públicos, compañeros del gremio y de ciertos sectores de la población hacia el sector agrario, incluso en el sector educativo, donde un gran número de universi-

¹⁸ Informe de labores 2018 de los Tribunales Agrarios 2018, p. 291, disponible en: https://www.tribunalesagrarios.gob.mx/ta/docs/informes/informe_2018r2.pdf (fecha de consulta: 15 de julio de 2021).

¹⁹ Torres-Mazuera, Gabriela *et al.*, *Informe sobre la jurisdicción agraria y los derechos humanos de los pueblos indígenas y campesinos en México*, p. 30, disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_jurisdiccion_agraria_version_final.pdf (fecha de consulta: 6 de mayo de 2021).0

dades han optado por eliminar de sus planes de estudios las asignaturas de derecho agrario.

<i>Nombre de la universidad</i>	<i>Contempla la asignatura de derecho agrario en el plan de estudios</i>	<i>Sitio de consulta</i>
Universidad Autónoma de Aguascalientes	No	https://dgdpu.aa.mx/catalogo/ciencias_sociales_humanidades/lic_derecho.pdf
Universidad Autónoma de Baja California	Obligatoria	http://derecho.mxcl.uabc.mx/derecho/mapa/
Universidad Autónoma de Baja California Sur	No	http://www.uabcs.mx/ofertas/carrera/11
Universidad Autónoma de Campeche	Optativa	https://fd.uacam.mx/view/paginas/2426
Universidad Autónoma de Chiapas	No	https://www.ur.unach.mx/edistancia/558
Universidad Autónoma de Chihuahua	Optativa	http://fd.uach.mx/alumnos/2011/06/13/mapa_curricular.pdf
Universidad Autónoma de Coahuila	No	http://www.admisiones.uadec.mx/aspirantes2/wf_materias_p.aspx
Universidad de Colima	Obligatoria	https://www.ucol.mx/oferta-educativa/oferta-superior-licenciatura,132.htm
Universidad Nacional Autónoma de México	Obligatoria y optativa	http://oferta.unam.mx/planestudios/Derecho_plandeestudios-FDerecho19.pdf
Universidad Juárez del Estado de Durango	Obligatoria	https://www.ujed.mx/oferta-educativa/licenciado-en-derecho/plan-de-estudios
Universidad Autónoma del Estado de México	Obligatoria	http://dep.uaemex.mx/portal/oferta.php?doc=planes
Universidad de Guanajuato	No	https://www.ugto.mx/licenciaturas/por-orden-alfabetico-d/derecho

<i>Nombre de la universidad</i>	<i>Contempla la asignatura de derecho agrario en el plan de estudios</i>	<i>Sitio de consulta</i>
Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo	No	https://www.uaeh.edu.mx/campus/icsbu/investigacion/aadj/oferta/lic_derecho_2015.html
Universidad de Guadalajara	Obligatoria	http://guiadecarreras.udg.mx/licenciatura-en-derecho-o-abogado/
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo	Obligatoria	http://www.themis.umich.mx/derecho/index.php/academias-materias
Universidad Autónoma del Estado de Morelos	No	https://www.uaem.mx/admision-y-oferta/nivel-superior/licenciatura-en-derecho-virtual-mapa.pdf https://www.uaem.mx/admision-y-oferta/nivel-superior/licenciatura-en-derecho-etapas.pdf
Universidad Autónoma de Nayarit	Obligatoria	http://www.nan.edu.mx/d/a/oferta_educativa/planes_de_estudio/mapa_curricular_derecho.jpg
Universidad Autónoma de Nuevo León	Obligatoria	https://www.uanl.mx/wp-content/uploads/2018/08/OK-Derecho-y-Criminologia-Derecho-Malla-2-1.pdf
Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca	Obligatoria	http://www.derecho.uabjo.mx/licenciatura-en-derecho
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla	Obligatoria	https://admision.buap.mx/sites/default/files/Planes%20de%20Estudio/2020/Sociales%20y%20Humanidades/Lic.%20en%20Derecho.pdf
Universidad Autónoma de Querétaro	No	https://www.uaq.mx/ofertaeducativa/prog-derecho/mapa-ld.pdf
Universidad de Quintana Roo	Obligatoria	http://www.uqroo.mx/planes-de-estudio/licenciaturas/chetumal/licenciatura-en-derecho/
Universidad Autónoma de San Luis Potosí	Obligatoria	http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Licenciatura/Licenciado%20en%20Derecho/Ref%3%adcula%20plan%202010-Dic%202014.pdf
Universidad Autónoma de Sinaloa	Obligatoria	http://carreras.uas.edu/Derecho.html

<i>Nombre de la universidad</i>	<i>Contempla la asignatura de derecho agrario en el plan de estudios</i>	<i>Sitio de consulta</i>
Universidad de Sonora	Seminario	http://www.ofertaeducativa.uson.mx/wp-content/uploads/2019/02/MC-LD.pdf
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco	Obligatoria	http://www.archivos.ujat.mx/2019/div-dacsyb/lic-derecho/mapa-curricular.pdf
Universidad Autónoma de Tamaulipas	Obligatoria	https://www.uat.edu.mx/SACD/DDC/Documentos%20Curriculares/LICENCIADO%20EN%20DERECHO.pdf
Universidad Autónoma de Tlaxcala	Optativa	https://uatx.mx/oferta/licenciaturas/derecho
Universidad Veracruzana	No	https://www.uv.mx/oferta-educativa/mapa-curricular/?programa=DERE-08-E-CR
Universidad Autónoma de Yucatán	No	https://www.derecho.uady.mx/mefi.php
Universidad Autónoma de Zacatecas	Página en servicio	Página en servicio

FUENTE: elaboración propia.

Es del conocimiento general que a nivel mundial esta pandemia surgida con motivo del virus SARS-COV-2, lamentablemente ha traído miles de muertes y enormes consecuencias negativas: nuestro país no es la excepción, y entre varias afectaciones que tienen lugar se encuentran el acceso e impartición de justicia.

El 23 de abril de 2020 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto presidencial,²⁰ mediante el cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establece diversas medidas de austeridad para observar y aplicarse en las dependencias y entidades de la administración pública federal, lo que incluye desde luego a los tribunales agrarios, el Registro Agrario Nacional (RAN) y la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (Sedatu). Entre otras consideraciones establece que de forma “voluntaria” se realizaría una reducción del salario de los altos funcionarios públicos hasta en un 25%,

²⁰ *Diario oficial de la Federación* del 23 de abril de 2020, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592205&fecha=23/04/2020 (fecha de consulta: 3 de agosto de 2021).

y una restricción de utilizar el 75% del presupuesto disponible de las partidas de servicios generales, materiales y suministros.

El pasado 8 de junio del año en curso se hizo de dominio público la Circular 13/2020, emitida por el secretario general de acuerdos del Tribunal Superior Agrario, que dirige a los magistrados numerarios, supernumerarios y encargados de despacho de los tribunales unitarios agrarios (TUAS), que precisa que dentro de las partidas comprometidas se encuentra el pago de arrendamiento al no contar con inmuebles para ocuparse por los órganos jurisdiccionales.

Bajo ese contexto, en el documento se le solicita al personal de los tribunales, conciliar con los propietarios de los inmuebles actualmente ocupados en arrendamiento, con el fin de lograr una reducción en el pago de renta y, en su caso, gestionar ante las autoridades municipales o estatales la obtención en comodato de inmuebles para continuar desempeñando sus labores.

En la última fecha señalada también se divulgó en redes sociales diversa circular suscrita por la coordinadora institucional del Registro Agrario Nacional, en la cual señala que con motivo de las medidas de austeridad ya descritas, se les informó que las oficinas de representación de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano en las entidades federativas no tendrán espacio para la atención al público, por lo que pide se brinde solidariamente un espacio dentro de las oficinas del Registro Agrario Nacional, para que el personal de la Sedatu cuente con condiciones mínimas de operación.

Si bien es cierto que algunos tribunales unitarios agrarios pueden y deben hacer alguna reducción a los montos que destinan anualmente por concepto de rentas, debemos analizar que dichas medidas no son aisladas, pues los salarios de los funcionarios son mucho menores en comparación con los mismos cargos en el Poder Judicial local y federal; además, continúa la rescisión de relaciones laborales en tales órganos jurisdiccionales (TUAS).

V. CONCLUSIONES

La justicia agraria nace principalmente para generar certeza jurídica respecto de la tenencia de la tierra. Al respecto, debemos precisar que más del 50% del territorio nacional se encuentra regulado por el derecho agrario, y aclaramos que aunque los tribunales agrarios materialmente ejerzan funciones jurisdiccionales, formalmente son un órgano autónomo y no forma parte del Poder Judicial.

Nadie pone en tela de juicio la situación sanitaria extraordinaria ante la que nos encontramos, la crisis mundial y la necesidad de reorientar fondos al sector salud; pero es lamentable que siga la precarización de la justicia de los campesinos, y esta pandemia sólo haga más evidente el olvido y desinterés de la materia agraria. “La crisis de la justicia agraria no empezó con la pandemia, ésta es crónica y cuando menos tiene su agravamiento en el último lustro. La emergencia sanitaria ha significado el desmontaje de las instituciones de impartición de justicia a los derechos agrarios”.²¹

Las futuras generaciones de abogados en México necesitan conocer la importancia y necesidad del aprendizaje de las materias de derecho agrario en las instituciones de educación superior. Con independencia de la relevancia o interés que pudiera generar a simple vista dicha rama del derecho, no debe pasar inadvertido que las nuevas generaciones de abogados tendrán nulos conocimientos de la modalidad de propiedad social, que representa hoy en día más del 50% de territorio nacional.

¿qué es lo que se requiere entonces? lo que se requiere es voluntad política para llevar a cabo un análisis urgente de las instituciones de la administración pública que integran el sector agrario en México, con la convocatoria correspondiente a los diversos actores: campesinos, servidores públicos con experiencia en el sector, académicos, especialistas en la materia, abogados postulantes, investigadores y líderes, que derive en una reforma integral del marco jurídico agrario desde nuestra carta magna, atendiendo al principio de progresividad ya que México no es el mismo que hace treinta años, con el objetivo de lograr la implementación de efectivas políticas públicas en el campo mexicano, así como en aras de optimizar la procuración e impartición de justicia agraria que tanto hace falta en beneficio de nuestro país.²²

Al contrario de lo que piensan algunos servidores públicos, abogados y cierto sector de la población, el derecho agrario en México es de suma importancia, y los tribunales agrarios cobran protagonismo al “...garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, coadyuvar a la permanencia del Estado de derecho, salvaguardar el respeto a la legalidad y contribuir a la paz social en el campo”.²³

²¹ González Martín, Nuria *et al.*, *Emergencia sanitaria por Covid-19*, disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/170Emergencia_sanitaria_por_COVID_19_Campo_mexicano.pdf, p. 82.

²² *Ibidem*, p. 35.

²³ Torres-Mazuera, Gabriela *et al.*, *op. cit.*, p. 30.

Resulta necesario alzar la voz, ante la falta de capacidad y voluntad de las autoridades en la materia para conservar la institucionalidad y defender a los sujetos de la justicia agraria, pues se encuentra en riesgo la posible reducción de tribunales unitarios agrarios.

Los interesados y/o apasionados por el derecho agrario no debemos descansar hasta que a esta materia se le vuelva a dar la importancia que se merece por el bien de las próximas generaciones de abogados y de la sociedad en general.

VI. FUENTES CONSULTADAS

TORRES CIUDAD, Iván, *Aspectos de la Revolución mexicana (1910-1917). La Revolución Suriana* (tesis), Universidad de Chile, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110257/Aspectos-de-la-revolucion-Mexicana-1910-1917-la-revolucion-Suriana.pdf?sequence=4&isAllowed=y> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2021).

IBARROLA, Antonio de, *Derecho agrario. El campo, base de la patria*, México, Porrúa, 1975.

Diario Oficial de la Federación, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592205&fecha=23/04/2020 (fecha de consulta: 3 de agosto de 2021).

GÓMEZ DE SILVA CANO, Jorge J., “El derecho agrario mexicano y la Constitución de 1917”, 2016, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4452/16.pdf> (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria *et al.*, *Emergencia sanitaria por Covid-19*, disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/170Emergencia_sanitaria_por_COVID_19_Campo_mexicano.pdf.

Informe de labores 2018 de los Tribunales Agrarios, disponible en: https://www.tribunalesagrarios.gob.mx/ta/docs/informes/informe_2018r2.pdf (fecha de consulta: 15 de julio de 2021).

MORFÍN CORONA, Jaime Rafael, “Evolución de las autoridades agrarias y de los principios procesales que rigen los juicios agrarios”, *Revista de la Procuraduría Agraria. Estudios Agrarios*, México, núm. 33, septiembre-octubre de 2006, disponible en: http://www.pa.gob.mx/publica/rev_33/morfin.pdf (fecha de consulta: 11 de mayo de 2020).

Plan de Ayala, 28 de noviembre de 1911, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH8.pdf> (fecha de consulta: 16 de julio de 2020).

TORRES-MAZUERA, Gabriela *et al.*, Informe sobre la jurisdicción agraria y los derechos humanos de los pueblos indígenas y campesinos en México, disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_jurisdiccion_agraria_version_final.pdf (fecha de consulta: 6 de mayo de 2021).

GONZÁLEZ NAVARRO, Gerardo, *Derecho agrario*, 2a. ed., México, Oxford, 2015.

CHÁVEZ PADRÓN, Martha, *El derecho agrario en México*, 19a. ed., México, Porrúa, 2010.

LOS CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA*

LONG-TERM CARE IN THE EUROPEAN UNION

LES SOINS DE LONGUE DURÉE DANS L'UNION
EUROPÉENNE

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ**

RESUMEN: Los cuidados de larga duración o cuidados a largo plazo en la Unión Europea es el objeto de estudio de este trabajo; por ello, con el auxilio de los métodos analítico y comparado, se parte de su conceptualización y de establecer las principales características de este tipo de prestaciones, para posteriormente abordar el tema referente a su falta de inclusión en el Reglamento 883/2004 y las propuestas de modificación de este ordenamiento, y del Reglamento 987/2009, para que sea posible que se reconozca a los cuidados de largo plazo como prestaciones de seguridad social.

Palabras clave: cuidados de larga duración, Reglamento 883/2004, seguridad social, coordinación

ABSTRACT: Long-term care or long-term care in the European Union is the object of study of this work, therefore with the help of analytical and comparative methods, we start from its conceptualization and establish the main characteristics of this type of benefits, to later address the issue regarding their lack of inclusion in Regulation 883/2004 and the proposals for modifying this ordinance and Regulation 987/2009 so that long-term care may be recognized as benefits of Social Security.

Keywords: long-term care, Regulation 883/2004, social security, coordination.

* Recibido el 12 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Investigadora Nacional del Conacyt e investigadora asociada a la Universidad Anáhuac, México, correo: marb_cap@hotmail.com.



RÉSUMÉ: Les soins de longue durée ou les soins de longue durée dans l'Union européenne font l'objet d'étude de ce travail, donc, à l'aide de méthodes analytiques et comparatives, nous partons de sa conceptualisation et établissons les principales caractéristiques de ce type de prestations, pour aborder ultérieurement la question de leur absence d'inscription dans le règlement 883/2004 et les propositions de modification de ce règlement et du règlement 987/2009 afin que les soins de longue durée puissent être reconnus comme prestations de la Sécurité sociale.

Mots clés: dépendance, règlement 883/2004, sécurité sociale, coordination

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptualización de los cuidados de larga duración*. III. *El sistema de coordinación de seguridad social en el espacio europeo*. IV. *Ámbito normativo de los cuidados de larga duración en la Unión Europea*. V. *Los cuidados de larga duración en la propuesta de la Comisión Europea*. VI. *Los cuidados de larga duración en la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea*. VII. *Conclusión*. VIII. *Fuentes de información*.

I. INTRODUCCIÓN

La prevalencia de los cuidados de largo plazo se ha acrecentado como resultado del incremento en la esperanza de vida que propicia la existencia de sociedades más longevas y de la pandemia de SARS CoV2 (Covid-19), que dificulta la continuidad de la atención con un impacto negativo en el bienestar de los adultos mayores, que hace evidente la importancia de tener sistemas de cuidados de larga duración eficaces, de amplia cobertura, de subsanar las deficiencias que presentan los mismos sistemas e implementar un marco normativo para regular y mejorar las condiciones laborales y de seguridad social de los cuidadores.

Se proyecta que en la Unión Europea la demanda de cuidados de larga duración puede incrementarse de 30.8 millones en 2019 a 33.7 millones en 2030 y 38.1 millones en 2050; además, el 33.3% de todas las mujeres de 65 años o más requieren de cuidados a largo plazo en comparación con el 19.4% de los hombres¹ de esa edad, por tener una mayor esperanza de vida e ingresos más bajos (incluidas las pensiones), que las convierte en seres potencialmente incapaces de costear este tipo de beneficios.

¹ "Social Protection Committee and the European Commission", *Long-Term Care Report. Trends, Challenges and Opportunities in an Ageing Society*, European Union, SPC-EC, 2021, vol. I, p. 28.

En total, se estima que alrededor de 80,000 ciudadanos móviles tienen derecho a prestaciones por cuidados de larga duración, por un total de 793 millones de euros, que representa el 0.4% del total del gasto de la UE.² Bajo este panorama, y sin olvidar que el envejecimiento es uno de los motores que propicia el cambio social³ y exige la toma de adecuadas y eficaces decisiones para dar respuesta a los desafíos que provoca, es necesario que los cuidados de larga duración sean reconocidos como prestaciones de seguridad social, y que tengan un marco normativo adecuado y acorde a su naturaleza, que difiere de la rama de enfermedades.

Bajo este panorama, y teniendo como herramienta al método analítico, nuestro objeto de estudio son los cuidados de larga duración en la Unión Europea; por ello, se parte de su conceptualización y de establecer las principales características de este tipo de prestaciones, para posteriormente abordar el tema de su regulación en el ámbito territorial que hemos delimitado en este trabajo.

En los dos últimos apartados del trabajo, con apoyo del método comparado, son motivo de estudio las Propuestas de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea para modificar los reglamentos 883/2004 y 987/2009, con la finalidad de incluir de manera expresa a los cuidados de larga duración en el reglamento de base ante la existencia de un importante número de solicitantes de este tipo de prestaciones, que piden su otorgamiento y pago para poder vivir y mantenerse.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴ y la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵ conceptualizan a los cuidados de larga duración

² Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, Estrasburgo, 2016, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0815> (fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

³ Afirmación realizada en enero de 2021, por José Augusto García Navarro, presidente de la Sociedad Española de Geriátría y Gerontología durante su intervención en el Senado.

⁴ Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, OMS, 2015, p. 142.

⁵ Scheil-Adlung, Xenia, *Long-term Care Protection for Older Persons: A Review of Coverage Deficits in 46 Countries*, Geneva, International Labour Office, 2015, p. 1.

como el sistema de acciones llevadas a cabo por cuidadores no formales (familia) o profesionales (instituciones de salud, centros de vida asistida y residencias de ancianos), o ambos, para conseguir que los adultos mayores con una capacidad limitada para cuidar de sí mismos debido a afecciones físicas o mentales, incluidas enfermedades crónicas y problemas de salud múltiples, tengan una mejor calidad de vida.

Aunque la atención de la salud y la atención a largo plazo comparten aspectos comunes, sus objetivos son divergentes. El primer tipo de servicios tiene como objetivo sanar y cambiar el estado de salud a través del tratamiento médico y la rehabilitación; mientras que el objetivo de la atención a largo plazo es apoyar la capacidad de las personas, de acuerdo con sus necesidades, para potenciar su autonomía, y que a pesar de sus limitaciones físicas o mentales vivan con una mayor independencia y de manera digna. Por lo general, la evaluación de la necesidad de cuidados de larga duración de un ser humano se basa en los grados de limitación y dependencia. Una de las categorizaciones más comunes de la dependencia es la dificultad para realizar las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria.⁶

A pesar de existir divergencias en el otorgamiento, pago, cobertura y financiamiento de los cuidados de larga duración en los Estados miembro de la Unión Europea, éstos presentan las siguientes características comunes:

- a) Las principales causas que propician el acceso a los cuidados de larga duración son las limitaciones generadas por el paso de los años que generan la dependencia y la dificultad para realizar las actividades de la vida diaria.
- b) La atención domiciliaria del adulto mayor o en un centro de servicios de atención a largo plazo.
- c) La finalidad de los cuidados de larga duración no es sanar, sino elevar el nivel de vida de los adultos mayores, auxiliarlos para que puedan realizar las actividades esenciales de la vida diaria y vivir dignamente en un ambiente libre de violencia y de respeto a sus derechos fundamentales.
- d) Los subsidios otorgados por cuidados de larga duración están destinados a compensar al beneficiario por el incremento de los gastos ocasionados por el estado en que se encuentra, la compra del equipamiento que necesite, la ejecución de trabajos en su domicilio, así como el pago de un apoyo económico que le permita acceder a la asistencia

⁶ Ministerio de Sanidad. Política Social e Igualdad, *Los cuidados de larga duración*, Madrid, Gobierno de España, 2017, p. 1.

requerida no suplen la pérdida de salario alguno, disponiendo su beneficiario de una amplia libertad para utilizar los recursos que se le abonan.

- e) En la mayoría de los Estados miembro, los ministerios de salud o de asuntos sociales son los encargados de reglar los cuidados de atención a largo plazo.

III. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESPACIO EUROPEO

El derecho de la Unión Europea no desempeña una labor de unificación de los distintos sistemas de seguridad social de los Estados miembro. Lo anterior obedece a que desde los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea hasta el Tratado de Lisboa ha imperado el principio de subsidiariedad, que reserva a la organización internacional la labor de apoyar, complementar y coordinar las actuaciones soberanas de los Estados miembro en materia de seguridad social cuando éstos no puedan hacerlo o no sea posible alcanzar los objetivos de una acción pretendida, e incluso cuando la dimensión y efectos de la acción u objetivo pueda realizarse mejor en el terreno comunitario.

La dicotomía funcional que disocia las atribuciones de los Estados miembro y las de la Comunidad Europea provoca que a los primeros les competan todas las actividades que dan cuerpo y rostro al *demos*,⁷ entre las cuales se encuentran los ámbitos social, político, fiscal y de seguridad interior, mientras que a la Comunidad le corresponde integrar los mercados nacionales para crear una unión económica. Bajo esta línea, el artículo 153.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) mandata que las disposiciones asumidas conforme a dicho numeral no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembro de conceptualizar los principios fundamentales de su sistema de seguridad social ni deberán incidir en el equilibrio financiero de éste, no impedirán a los Estados miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los tratados.

Los Estados miembro de la UE, como soberanos en la aplicación de su normatividad social, son los encargados de diseñar su propio sistema de seguridad social, de establecer las prestaciones que les corresponden a sus be-

⁷ Azpitarte Sánchez, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las funciones esenciales de su sistema jurisdiccional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 32, 2013, p. 232.

neficiarios y cómo se calculan dichos beneficios, por lo que existe renuencia en adoptar las normas provenientes de otros Estados y en renunciar a sus competencias, no sólo en los países con modelos de Estados de bienestar más generosos, ante la posible deflación de los beneficios sociales, sino también en aquellos Estados en los que la cobertura es inferior ante la amenaza de ver aminorada su competitividad a consecuencia del aumento de los costes sociales.

Al imperar las disimilitudes entre los sistemas de seguridad social de cada país europeo y la falta de voluntad política para implantar un sistema común de seguridad social aplicable a todos los Estados miembro de la Unión Europea (UE), la armonización es prácticamente irrealizable; por ello, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE se limitan a adoptar medidas tendientes a procurar la cooperación entre los Estados miembro mediante iniciativas tendientes a fomentar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y a evaluar éstas.

Además, frente a la relevancia del ámbito económico y la importancia del ejercicio de la libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales entre los Estados miembro, la política social en general, y la seguridad social en particular, tuvieron un papel secundario al considerarlas como elementos no constitutivos del proceso de integración europea, pues la mejora de las condiciones de vida en el plano social debían ser una consecuencia del funcionamiento del mercado interior. Nada más alejado de la realidad.

Bajo este tenor, el artículo 51 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea mandata que el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión Europea, adoptará en materia de seguridad social las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial un sistema que permitiera garantizar a los mismos y a sus derechohabientes la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir, otorgar y conservar el derecho a las prestaciones de seguridad social y al cálculo de éstas.

De igual manera, el artículo 48 del TFUE dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los operarios, creando un sistema que permita garantizar a los operarios migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así

como para el cálculo de éstas, y b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembro.

De conformidad con los mandatos de los ordenamientos comunitarios, la seguridad social ostenta un carácter doméstico, y al legislador comunitario se le reserva la labor de coordinar los disímiles regímenes de seguridad social de los Estados miembro, con la finalidad de abolir aquellos obstáculos que aminoren o impidan la libre circulación de los operarios, pero sin que ello implique la renuncia o disminución de derechos adquiridos o las expectativas de derecho, toda vez que la coordinación de los esquemas de seguridad social existentes en la UE, lejos de ser una condición previa del funcionamiento del mercado común, fue una consecuencia de éste.

Sin tal coordinación, que convierte a la seguridad social en un instrumento que posibilita el ejercicio del derecho a la libre circulación y soslaya que las personas tengan menos probabilidades de mudarse ante la amenaza de perder sus derechos de seguridad social adquiridos en otro Estado miembro, la intervención comunitaria opera bajo dos líneas de actuación. La primera de ellas es la coordinación reglamentaria que reemplaza a los multitudinarios acuerdos bilaterales, a la vez que propicia la interpretación uniforme de los derechos de los ciudadanos móviles de la Unión Europea. La segunda línea de actuación es la armonización para expeler las contradicciones o las divergencias entre las disposiciones legislativas y administrativas de los Estados miembro y lograr el acercamiento de las mismas; por ello, en este último rubro es posible ubicar a las directivas y decisiones.

IV. ÁMBITO NORMATIVO DE LOS CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Los reglamentos son actos jurídicos que, al tener una mayor jerarquía normativa sobre las legislaciones nacionales, su observancia es obligatoria, automática y uniforme desde su entrada en vigor, que es cuando empieza a producir efectos jurídicos, sin que medie ninguna medida nacional de recepción, transposición o incorporación previa a los sistemas jurídicos nacionales. Los reglamentos que emanan de las instituciones de la UE, pero robustecidos con la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, son el típico instrumento de armonización normativa o, lo que es igual, de imposición a los Estados de un derecho único.

Dentro de los reglamentos se distingue, entre los que se adoptan de manera directa a partir de disposiciones de un tratado, a los que se denomina “reglamentos de base”, y los reglamentos de ejecución, que son adoptados por el Consejo o la Comisión Europea, en función de otros reglamentos, a los que no pueden derogar. Los reglamentos deben publicarse en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en todos los idiomas oficiales, y entran en vigor en la fecha que se fija en la publicación o al vigésimo día de su publicación.⁸

El reglamento no instaura un régimen común de seguridad social, como instrumento de coordinación; su objetivo es impedir que los trabajadores migrantes pierdan sus derechos de seguridad social al ejercitar la libertad de libre circulación y soslayar en las situaciones transfronterizas una cobertura doble; por ello, consignan una serie de principios comunes, que deben asumir y respetar las legislaciones nacionales.

El Reglamento 883/2004 y su reglamento de aplicación no sustituyen a las distintas legislaciones nacionales; se ocupan de coordinar los divergentes sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros para que cualquier persona que ejerza sus derechos de circulación y residencia no sea discriminada con respecto a los trabajadores y residentes en un mismo Estado miembro.

El 30 de abril de 2004 se publicó el Reglamento 883/2004, y aunque se indicó que su entrada en vigor tendría lugar a los veinte días de su publicación, su artículo 91 condicionaba su vigencia a la fecha en que entrara en vigor el Reglamento 987/2009.⁹

Las razones que guiaron la expedición del Reglamento 883/2004 obedecieron, en primer lugar, a la necesidad de perfeccionar los principios y técnicas comunitarios, con la finalidad de mejorar la coordinación entre los disímiles sistemas de seguridad social de los Estados miembro; en segundo lugar, abrir nuevas vías de homogeneización de los sistemas de seguridad social europeos; en tercer lugar, simplificar las reglas de coordinación, y, en cuarto lugar, como resultado de los múltiples cambios sufridos por los reglamentos 1408/71 y 574/72, ajustar las normas comunitarias a la realidad y evolución social de la UE, así como a la interpretación que de manera constante realiza la Corte de Luxemburgo en sus sentencias.

⁸ Artículo 297 del TFUE, disponible en: <https://www.boe.es//doe/2010/083/Z00047-00199.pdf> (fecha de consulta: 24 de julio de 2021).

⁹ El Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social entraron en vigor el 1o. de mayo de 2010 y sustituyen a los reglamentos 1408/71 y 574/72, respectivamente.

El ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la UE a partir del 1o. de mayo de 2010. A partir del 1o. de abril de 2012, el reglamento de base es aplicable a los operarios de la UE y suizos que se desplacen a Suiza, a partir del 1o. de junio de 2012, para los trabajadores nacionales de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE),¹⁰ además de los operarios, cualquiera que sea su nacionalidad, que se trasladen a Croacia a partir del 1o. de julio de 2013.

El Reglamento 883/2004 también es aplicable a los miembros de familia y supervivientes de personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembro, cualquiera que sea la nacionalidad de éstas, si dichos supervivientes son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte del EEE, de Suiza, así como a los refugiados o apátridas residentes de la UE, del EEE o de Suiza.

Los nacionales de terceros países y sus familiares también pueden invocar la aplicación del Reglamento 883/2004 y su reglamento de aplicación, de conformidad con el Reglamento (CE) 1231/2010,¹¹ pero es necesario comprobar la legal residencia en un Estado miembro de la UE. Como puede advertirse, el elemento fundamental para ser sujeto protegido del Reglamento 883/2004 es el sometimiento a un régimen coordinado de seguridad social.

Las contingencias cubiertas por el Reglamento 883/2004 (ámbito de aplicación material) son las siguientes: enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, vejez, supervivencia, subsidios de defunción, desempleo, prejubilación, prestaciones familiares y especiales en metálico no contributivas, así como los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, además de los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.¹²

Bajo esta tesitura, el Reglamento 883/2004 es aplicable tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas. El primer tipo de beneficios exige requisitos mínimos de cotización; es decir, se requiere de haber abonado las aportaciones de la seguridad social durante la temporalidad que fije la legislación aplicable; mientras que las prestaciones de tipo no contributivo se cubren a los ciudadanos que presentan alguna discapacidad, se ubican en una

¹⁰ Islandia, Liechtenstein y Noruega pertenecen al Espacio Económico Europeo.

¹¹ No son aplicables los reglamentos comunitarios de seguridad social a los nacionales de terceros países en Dinamarca.

¹² Artículo 3o. del Reglamento 883/2004, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111> (fecha de consulta: 31 de junio de 2021).

situación de carestía de recursos para subsistir aunque no hayan aportado o no cubran la exigencia de la temporalidad que les permita acceder a los beneficios de naturaleza contributiva.

Y a pesar de que se amplía el ámbito material del Reglamento de base al normar a la prejubilación, se encuentran excluidos de su ámbito material los regímenes complementarios, las prestaciones fiscales, la asistencia social¹³ y médica, así como los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias.

No obstante que el principio 18 del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁴ reconoce el derecho de toda persona a acceder a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, hasta este momento este tipo de prestaciones no se han incluido de forma explícita en el ámbito material del Reglamento 883/2004, aunque se coordinan como prestaciones por enfermedad. El Tribunal de Luxemburgo ha determinado que los cuidados a largo plazo, al estar destinados a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales, aun cuando presenten características propias, deben ser consideradas como prestaciones de enfermedad¹⁵ y sujetarse a las normas de coordinación en el ámbito de seguridad social en la Unión Europea.

En comunión con la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, la CACSSS también ha interpretado que dentro del concepto de atención médica y prestaciones de maternidad es posible incluir a las prestaciones en especie del seguro de dependencia, que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia del asegurado, y en los que se hubiera incurrido para su beneficio directo, por ejemplo,

¹³ Las prestaciones de asistencia social están destinadas a combatir la pobreza, y se conceden normalmente sobre la base de una evaluación individual de las necesidades y circunstancias de la persona que las solicita.

¹⁴ El Pilar Europeo de Derechos Sociales reconoce veinte principios y derechos para apoyar unos mercados de trabajo que funcionen bien y sean justos, que se estructuran en tres capítulos: a) igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, b) condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social, disponible en: https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSSR-booklet_es.pdf.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia del 5 de marzo de 1998, asunto C-160/96, Manfred Molenaar, Barbara Fath-Molenaar y Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg, asunto C-215/99, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0160&from=EN> (fecha de consulta: 2 de julio de 2021).

para cuidados de enfermería o asistencia a domicilio o en establecimientos especializados, para adquirir el equipo de asistencia o la realización de obras para adaptar la vivienda a sus necesidades, toda vez que los beneficios de estas características están destinados a completar las prestaciones en especie del seguro de enfermedad, con el fin de mejorar la salud y las condiciones de vida de las personas dependientes.¹⁶

Por su parte, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de junio de 2019,¹⁷ sin afectar la coordinación de los sistemas de seguridad social de conformidad con el Reglamento 883/2004, reconoce el permiso para cuidadores a todos los trabajadores (hombres y mujeres), que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral definida en la legislación, en los convenios colectivos o en los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La regulación que hace la Directiva (UE) 2019/1158 del permiso para cuidadores, al que conceptualiza como la ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro,¹⁸ tiene por objeto fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares.

En la Directiva (UE) 2019/1158 se reconoce el derecho del cuidador a acceder a un permiso de cinco días laborables al año, aunque los Estados miembro podrán establecer los detalles adicionales respecto de la aplicación y

¹⁶ CACSSS. Decisión S5 del 2 de octubre 2009, para la interpretación del concepto de «prestaciones en especie» según se define en el artículo 1, letra v bis), del Reglamento (CE) no. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en caso de enfermedad o maternidad, de acuerdo con el artículos 17, 19, 20, 22, 24, apartado 1, 25, 26, 27, apartados 1, 3, 4 y 5; 28, 34 y 36, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) no 883/2004, así como para determinar los importes que se reembolsarán de conformidad con los artículos 62, 63 y 64 del Reglamento (CE) no. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo que entró en vigor el 1 de mayo de 2010, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2010.106.01.0054.01.SPAC&toc=OJ%3AC%3A2010%3A106%3AFULL (fecha de consulta: 23 de julio de 2021).

¹⁷ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, disponible en: <https://www.boe.es/doi/2019/188/L00079-00093.pdf> (fecha de consulta: 22 de julio de 2021).

¹⁸ Artículo 3o., núm. 1, inciso c) de la Directiva (UE) 2019/1158, *op. cit.*

modalidades de este permiso conforme a la legislación o los usos nacionales, así como a distribuir los permisos sobre la base de periodos de un año por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso, y supeditar su ejercicio a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales.

Conforme a la Directiva (UE) 2019/1158, también se protege el derecho de los operarios a reincorporarse al mismo puesto de trabajo u otro equivalente al concluir el permiso conferido y a que sus condiciones laborales no sean afectadas o sean despedidos. Los trabajadores deben conservar sus derechos adquiridos o las expectativas de derecho hasta que concluya el permiso conferido.

Al centrarse el permiso para cuidadores en las necesidades de los trabajadores, la Directiva (UE) 2019/1158 posibilita la flexibilización del trabajo, el trabajo a distancia (teletrabajo), la ductilidad de la calendarización laboral o la reducción de la jornada de trabajo. con la finalidad de que los operarios puedan ocuparse de sus responsabilidades de cuidado familiar. Se insta a los Estados miembro a que amplíen el acceso al permiso para cuidadores, con la finalidad de que los solicitantes puedan ocuparse de la atención de familiares adicionales, como abuelos y hermanos.

V. LOS CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN EN LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea, con base en el artículo 48 del TFUE, el 13 de diciembre de 2016 hizo pública la propuesta de modificación a los reglamentos 883/2004 y 987/2009¹⁹ que se materializó en esa misma fecha en la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo de la UE.

¹⁹ En la propuesta de modificación de los reglamentos comunitarios se reproducen los resultados obtenidos de las consultas específicas llevadas a cabo en 2012 y 2013, los resultados que derivan de la consulta general sobre la coordinación de la Seguridad Social en la Unión Europea realizada en 2015 y de las consultas realizadas a las organizaciones no gubernamentales, los Estados miembro en la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, las administraciones nacionales, los interlocutores sociales en el marco del Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, a expertos externos e internos de la Comisión, además de los estudios e informes de la red trESS de expertos jurídicos, de la Red Free Movement of Workers and Social Security Coordination (FreSsco) y de la Red de expertos en estadísticas sobre movilidad dentro de la UE, el estudio de evaluación de impacto realizado por Deloitte Consulting, así como el análisis realizado por el Instituto de Investigación para el Trabajo y la Sociedad (HIVA) de la Universidad de Lovaina y

La Propuesta es parte del paquete de movilidad laboral, y es resultado de la cambiante realidad social y de las reformas legales implementadas a nivel nacional, motivadas en su mayoría por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con objeto de dar continuidad a la modernización de la legislación de la organización internacional en materia de coordinación de la seguridad social, para favorecer el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, garantizar una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre las instituciones de los Estados miembro, lograr un sistema modernizado de la coordinación previsional que responda a la realidad socioeconómica del afiliado, lograr la simplificación administrativa e implementar aquellas medidas que aseguren el cumplimiento de la normativa comunitaria

De acuerdo con el artículo 48 del TFUE y de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad,²⁰ la Propuesta de modificación del órgano ejecutivo de la organización internacional sugiere la introducción de un nuevo capítulo dentro del Reglamento 883/2004 para el reconocimiento de los cuidados de larga duración como una rama de la seguridad social y la coordinación de este tipo de prestaciones, que a pesar de compartir características comunes con las ramas de enfermedad, invalidez y vejez no pueden asemejarse con éstas.

El primer paso para que una prestación se considere como de seguridad social y sea incluida en el ámbito material del Reglamento 883/2004, es su expresa mención y enumeración en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004,²¹ además de concederse a sus derechohabientes al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales en función de una situación legalmente definida. Estos dos requisitos, al ser de orden

por un consorcio formado por la Fondazione Giacomo Brodolini, COWI y Warwick Institute for Employment Research.

²⁰ La responsabilidad de los asuntos sociales corresponde a los gobiernos nacionales, por lo que la UE sólo complementa o coordina las acciones adoptadas por los Estados miembro, y en ningún caso elimina los esfuerzos nacionales realizados en materia social. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, el contenido de lo social no debe exceder los objetivos que figuran en el derecho primario.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, del 16 de septiembre de 2015, asunto C-433/13, Comisión Europea *vs.* República Eslovaca, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-433/13&language=ES> (fecha de consulta: 23 de julio de 2021). Sentencia del Tribunal de Justicia del 25 de julio de 2018, asunto C-679/16, A. *vs.* Espoon kaupungin sosiaali-ja, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CA0679&from=EN> (fecha de consulta: 3 de julio de 2021). Sentencia del Tribunal de Justicia, del 18 de diciembre de 2019, asunto C-447/18, Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&n um=C-447/18> (fecha de consulta: 18 de julio de 2021).

acumulativo, hace ineludible su confluencia, y el incumplimiento de uno de ellos provoca la exclusión de la prestación del ámbito material del reglamento de base.

Dentro de un nuevo capítulo del Reglamento 883/2004 la Comisión Europea propone conceptualizar a los cuidados de largo plazo como cualquier beneficio en especie, en metálico o una combinación de ambos para las personas que durante un periodo prolongado, debido a la vejez, discapacidad, enfermedad o impedimento requieren de una ayuda considerable de otra persona o personas para llevar a cabo actividades cotidianas esenciales, incluso las destinadas a apoyar su autonomía personal; esto incluye las prestaciones concedidas a la persona que presta tal asistencia.²²

La anterior conceptualización toma en cuenta el análisis de la red trESS y es acorde con los fallos de la Corte de Luxemburgo, que considera a los cuidados de larga duración como prestaciones de enfermedad,²³ en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades.

A la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSSS) se le atribuye la facultad de elaborar el listado de los cuidados de larga duración que detalle las prestaciones en especie y en dinero que comprenderían este tipo de beneficios.

En la Propuesta del órgano ejecutivo de la UE se imputa al Estado de residencia la responsabilidad de proporcionar los cuidados de larga duración, que con posterioridad serán reembolsados con un complemento o sin otro por el Estado competente. De manera excepcional, los Estados miembro podrán otorgar las prestaciones en dinero por cuidados de larga duración, conforme

²² Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE), núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE), núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE), núm. 883/2004, *op. cit.*

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia, del 5 de marzo de 1998, asunto C-160/96, Manfred Molenaar, Barbara Fath-Molenaar y Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg, *op. cit.*, Sentencia del Tribunal de Justicia, del 8 de julio de 2004, asunto C-215/99, Friedrich Jauch *vs.* Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0215> (fecha de consulta: 24 de julio de 2021) y Sentencia del Tribunal de Justicia, del 8 de julio de 2004, asuntos acumulados C-502/01 y C-31/02, Silke Gaumain-Cerri y la Kaufmännische Krankenkasse – Pflegekasse, Maria Barth y el Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1CB8982AAA3DE1490C68CE46752353C5?text=&docid=49355&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7032248> (fecha de consulta: 29 de julio de 2021).

a los demás capítulos del título III del Reglamento 883/2004, de cumplirse los siguientes presupuestos: a) que la prestación por cuidados de larga duración y las condiciones específicas a las que esté supeditada se enumeren en el anexo XII del mismo Reglamento de base, y b) que el resultado de tal coordinación sea al menos igual de favorable para los beneficiarios que si la prestación se hubiera coordinado con arreglo al capítulo creado ex profeso para coordinar a los cuidados a largo plazo.²⁴

Respecto de la acumulación de los cuidados de larga duración, el artículo 35 ter de la Propuesta del órgano ejecutivo de la UE recomienda que en caso de que su titular perciba este tipo de beneficios de conformidad con la legislación del Estado miembro competente y simultáneamente se le otorguen los beneficios en especie por cuidados a largo plazo en el lugar de residencia o estancia de otro Estado miembro y una institución del primer Estado miembro deba reembolsar el coste de estos últimos beneficios, se aplique la regla general de no acumulación de las prestaciones; pero se reducirá de la cuantía de la prestación en dinero la suma reembolsable del beneficio en especie que pueda reclamarse a la institución del primer Estado miembro.

Bajo la lógica que se sigue en el artículo 40, apartado 2, del Reglamento 883/2004, respecto de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, se prevé la competencia subsidiaria de las instituciones de seguro respecto del reembolso, ante la inexistencia de una legislación específica para normar los beneficios en especie por cuidados a largo plazo.

VI. LOS CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN EN LA PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al ser fundamental que las reglas de coordinación de seguridad social sigan el ritmo de la evolución jurídica y el contexto social para facilitar el ejercicio de los derechos, soslayar la ambigüedad y posibilitar una justa distribución de la carga financiera entre los Estados miembro, así como la aplicabilidad de las normas comunitarias, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE presentaron el 25 de marzo de 2019 la propuesta de modificación a los reglamentos 883/2004 y 987/2009, que centró su atención en los cuidados de larga duración.

²⁴ En el anexo XII del Reglamento 883/2004 se propone que se enlisten los cuidados de largo plazo.

Esta Propuesta recomienda que los cuidados de larga duración continúen coordinándose bajo las normas aplicables las prestaciones por enfermedad; por ello, sugiere su incorporación expresa dentro del reglamento de base en el capítulo dedicado a las prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas, pero con la inclusión de un sistema legal que sea acorde con la naturaleza específica de este tipo de beneficios y de un listado de éstos en el anexo XII del Reglamento de base.

La Propuesta también recomienda que se conceptualice a los cuidados a largo plazo como beneficios en especie o en efectivo destinados a atender la necesidad de cuidados de una persona que, a causa de una discapacidad, la vejez, discapacidad o enfermedad, requiera de la ayuda considerable de otros para realizar las actividades de la vida diaria durante un tiempo prolongado.²⁵

Prevía consulta a los interlocutores sociales, corresponderá a la CACSSS la elaboración de una lista detallada de los cuidados de larga duración, que distinga a los beneficios en especie de las prestaciones en dinero, además de especificar si el beneficio se proporciona a la persona que necesita atención o a la persona encargada de proporcionar el cuidado.

Cuando el beneficiario de las prestaciones de cuidados a largo plazo en efectivo tenga al mismo tiempo derecho a reclamar beneficios en especie destinados al mismo fin en el lugar de residencia o estancia en otro Estado miembro, y una institución en el primer Estado miembro también esté obligada a reembolsar el costo de los beneficios en especie conforme al artículo 35 del reglamento de base, la disposición general será aplicable sobre la prevención de la superposición de los beneficios establecida en el artículo 10 del mismo ordenamiento de base, bajo la siguiente limitante: si el interesado reclama y percibe el beneficio en especie, el monto del beneficio en efectivo se reducirá o podría solicitarse al primer Estado miembro requerido para que reembolse su costo.²⁶

En materia de cuidados a largo plazo, la Propuesta de ambas instituciones de la UE dispone que la persona asegurada deberá acudir con el proveedor de la atención médica o la atención a largo plazo en el Estado miembro de estancia y presentarle el documento que emita la institución competente que ampa-

²⁵ Artículo 1o. de la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea para la modificación del Reglamento 883/2004, disponible en: <https://emigracion.xunta.gal/files/normativa/2019/09/33298-st-7698-2019-add-1-rev-1.pdf> (fecha de consulta: 1 al 30 de julio de 2021).

²⁶ *Ibidem* artículo 34.

re el derecho a los beneficios en especie de dichas prestaciones. Cuando el asegurado carezca del documento, la institución del lugar de estancia, previa solicitud o si no necesario, se pondrá en contacto con la institución competente para obtener uno.²⁷

Cuando el asegurado se halle en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y tenga la necesidad de cuidados a largo plazo, de acuerdo con la naturaleza de los beneficios y la duración durante su estancia, la institución del lugar de estancia cubrirá las prestaciones con cargo al Estado competente, conforme a las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.²⁸

La institución competente informará a la institución del lugar de estancia sobre la cobertura de los cuidados a largo plazo en efectivo cuando la legislación aplicada por esta última institución prevea este tipo de beneficios.²⁹ Por su parte, el asegurado que se desplace a otro Estado miembro para percibir los cuidados a largo plazo durante su estancia deberá solicitar la autorización de la institución competente.³⁰ Con esta propuesta de modificación al Reglamento 987/2009 se evita que el derechohabiente deba retornar al Estado miembro competente para obtener la atención a largo plazo necesaria antes de concluir la estancia.

Tratándose de los pensionistas, la Propuesta de ambas instituciones europeas recomienda que la institución de un Estado miembro que sea responsable, conforme a su normatividad, de las retenciones en concepto de cotizaciones por enfermedad, cuidados de larga duración, maternidad y paternidad asimiladas, sólo podrá solicitar y recuperar dichas retenciones, cuantificadas de acuerdo con su legislación, en la medida en que el monto de los beneficios regulados en los artículos 23 a 26 del Reglamento 883/2004 sea cubierto por la institución de ese Estado miembro.³¹

²⁷ Artículo 25, apartado A, punto 1 de la Propuesta del Parlamento y del Consejo de la UE para la modificación del Reglamento 987/2009, disponible en: <https://emigracion.xunta.gal/files/normativa/2019/09/33298-st-7698-2019-add-1-rev-1.pdf> (fecha de consulta: 1 al 30 de julio de 2021).

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.* Artículo 31, punto 2 de la Propuesta del Parlamento y del Consejo de la UE para la modificación del Reglamento 987/2009.

³⁰ Artículo 20, punto 1 de la Propuesta del Parlamento y del Consejo de la UE para la modificación del Reglamento 883/2004, *op. cit.*

³¹ *Idem.* Artículo 30, punto 1 de la Propuesta del Parlamento y del Consejo de la UE para la modificación del Reglamento 883/2004.

En los casos que prevé el artículo 25 del Reglamento de base, si la obtención de las prestaciones por enfermedad, cuidados de larga duración, maternidad y paternidad asimiladas está sujeta a la cobertura de las cotizaciones o a otro tipo de pagos similares conforme a la legislación de un Estado miembro en el que resida el pensionista, dichas cotizaciones no serán exigibles en virtud de la residencia.³²

Si la persona está exenta, previa petición, del seguro médico obligatorio o de cuidados a largo plazo y, por consecuencia, no está cubierta por ninguno de los regímenes del seguro de enfermedad o de asistencia a largo plazo a los que se aplica el Reglamento 883/2004, la institución de otro Estado miembro no será responsable, a causa de la exención, de cubrir los beneficios en especie o en dinero provistos a dichas personas o a un miembro de su familia, conforme al capítulo I del título III del Reglamento de base.³³

Como puede advertirse, tanto la Propuesta de la Comisión Europea como la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE de modificación de los reglamentos 883/2004 y 987/2009 coinciden en la necesidad de instaurar un sistema de regulación en el reglamento de base que sea acorde con la naturaleza jurídica de los cuidados a largo plazo.

Un aspecto fundamental de la regulación de los cuidados de larga duración, que reconocen ambas propuestas, es su conceptualización y la identificación de los beneficios que pueden quedar englobados dentro de las definiciones que se proponen con base en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo y en los informes de la OMS y la OIT, así como en señalar a la CACSSS como el organismo que tendrá a su cargo la elaboración del listado de cuidados de larga duración que deberá incluirse en un nuevo anexo del Reglamento de base.

Ambas Propuestas se ocupan del reembolso de los cuidados de largo plazo erogados, así como de instituir las reglas que operarían de tener lugar la acumulación de este tipo de prestaciones. No obstante que las Propuestas tienen múltiples puntos de coincidencia respecto de la regulación de los cuidados de larga duración, difieren en la manera de incluir este tipo prestaciones en el ámbito material del Reglamento 883/2004. Siguiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte de Luxemburgo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europeo proponen que los cuidados de larga duración

³² *Idem.*

³³ Artículo 32, punto 1 de la Propuesta del Parlamento y del Consejo de la UE para la modificación del Reglamento 987/2009, *op. cit.*

se incluyan en el apartado del Reglamento de base dedicado a las prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas, pero con la inserción del sistema legal que sea acorde con la naturaleza específica de este tipo de beneficios; mientras que la Comisión Europea propone crear un capítulo especial para normar a los cuidados de larga duración.

La Propuesta que formulan el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE tiene un ámbito de aplicación más amplio que la del órgano ejecutivo de la organización internacional, porque instituye las reglas procedimentales que han de cumplimentarse para poder acceder a los cuidados de largo plazo y del documento acreditativo que ampara a su titular para acceder a este tipo de prestaciones como auténticos derechos de seguridad social indispensables para asegurar un nivel adecuado y digno a sus beneficiarios.

VII. CONCLUSIÓN

Es necesario que se reconozca a los cuidados de larga duración como prestaciones de seguridad social dentro del Reglamento 883/2004. Su regulación debe producirse con independencia de las prestaciones de enfermedad, al tener una naturaleza jurídica, ámbitos de personales y de protección diversos, así como fines disímiles.

Partiendo de la definición de los cuidados de larga duración, debe construirse el marco conceptual que precise y delimite sus conceptos fundamentales para soslayar ambigüedades que operen en detrimento de los asegurados y obstaculicen el acceso a este tipo de beneficios. Los aspectos que deberá incluir la regulación de los cuidados a largo plazo son la aplicabilidad de los principios del sistema de coordinación de seguridad social respecto de este tipo de beneficios, distinguir sus esquemas prestacionales en especie y en dinero, además de las normas aplicables a los sujetos que las percibirán y a quiénes los prestarán.

En suma, debe instituirse en el sistema de coordinación de seguridad social de la UE un sistema de garantías primarias que aseguren el adecuado reconocimiento de los cuidados a largo plazo como prestaciones de seguridad social y hagan posible su oportuno desarrollo legislativo (legislación aplicable, obligaciones, acciones, prohibiciones, coordinación y cooperación institucional).

A lo anterior, debe adicionarse un sistema de garantías secundarias para instaurar dentro del Reglamento 987/2009 los procedimientos que posibiliten a sus titulares el acceso efectivo al derecho a los cuidados de larga duración y soslayar su instauración como derechos de papel.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, “La autonomía del ordenamiento de la Unión y las funciones esenciales de su sistema jurisdiccional”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.
- Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Decisión S5 de 2 de octubre 2009, para la interpretación del concepto de «prestaciones en especie» según se define en el artículo 1, letra v bis), del Reglamento (CE) no. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en caso de enfermedad o maternidad, de acuerdo con el artículo 17, el artículo 19, el artículo 20, el artículo 22, el artículo 24, apartado 1, el artículo 25, el artículo 26, el artículo 27, apartados 1, 3, 4 y 5, el artículo 28, el artículo 34 y el artículo 36, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) no. 883/2004, así como para determinar los importes que se reembolsarán de conformidad con los artículos 62, 63 y 64 del Reglamento (CE) no. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo que entró en vigor el 1º de mayo de 2010, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2010.106.01.0054.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2010%3A106%3AFULL (fecha de consulta: 23 de julio de 2021).
- Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/188/L00079-00093.pdf> (fecha de consulta: 22 de julio de 2021).
- Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Los cuidados de larga duración*, Gobierno de España, Madrid, 2017.
- Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Estados Unidos de América, OMS, 2015.
- Pilar Europeo de Derechos Sociales, disponible en: https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSSR-booklet_es.pdf (fecha de consulta: 3 de julio de 2021).
- Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) núm. 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) núm. 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) núm. 883/2004 (Text with relevance for the EEA and Switzerland), disponible en: <https://emigracion>.

xunta.gal/files/normativa/2019/09/33298-st-7698-2019-add-1-rev-1.pdf (fecha de consulta: 1 al 30 de julio de 2021)

Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, Estrasburgo, 2016, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0815> (fecha de consulta: 21 de junio de 2021).

SCHEIL-ADLUNG, Xenia, *Long-Term Care Protection for Older Persons: A Review of Coverage Deficits in 46 Countries*, International Labour Office, Geneva, 2015.

Reglamento 883/2004, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111> (fecha de consulta: 31 de junio de 2021).

Social Protection Committee and the European Commission, *Long-term Care Report. Trends, Challenges and Opportunities in an Ageing Society*, European Union, SPC-EC, 2021, volume I.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (fecha de consulta: 24 de julio de 2021).

Tratado de la Unión Europea, en: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> (fecha de consulta: 2 de febrero de 2019).

Tratado de Roma, disponible en: <https://www.pnsd.mssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i12.pdf> (fecha de consulta: 28 de enero de 2020).

LA PRECARIZACIÓN DE LA VIVIENDA Y SU RELACIÓN CON LAS FINANZAS PÚBLICAS MUNICIPALES EN MÉXICO (CASO CULIACÁN, ESTADO DE SINALOA)*

THE PRECARIZATION OF HOUSING AND ITS RELATIONSHIP
WITH MUNICIPAL PUBLIC FINANCES IN MEXICO
(CASE OF CULIACÁN, STATE OF SINALOA)

LA PRÉCARISATION DU LOGEMENT ET SON RAPPORT AVEC
LES FINANCES PUBLIQUES MUNICIPALES AU MEXIQUE
(L'EXEMPLE DE CULIACAN DANS L'ÉTAT DE SINALOA)

Dasaev SOSA ARELLANO**

RESUMEN: Garantizar el acceso a la vivienda se ha convertido en uno de los mayores retos del Estado mexicano, ya que la protección y estímulo al acaparamiento inmobiliario ha provocado que las ciudades se desarrollen periféricamente, generando infraestructura de baja calidad, altos costos tanto para la población como para el gobierno, precarización de la vivienda y un crecimiento en el déficit presupuestal derivado de las claves catastrales de bajo costo.

Palabras clave: centrifricación, impuesto predial, ingresos, municipio, vivienda.

ABSTRACT: Guaranteeing access to housing has become one of the greatest challenges for the Mexican State. The protection and encouragement of real estate hoarding has caused peripheric development, generating and increasing low-quality infrastructure and high expenses both governments and citizens, precariousness of housing, and, at the same time, a growth in the budget deficit derived from low-cost cadastral numbers.

* Recibido el 1 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Profesor-investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Baja California y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.



Key Words: Centrifugation, Property Tax, Income, Municipality, Housing.

Résumé: Garantir l'accès au logement est devenu un défi majeur pour l'état mexicain car le fait de protéger et d'encourager l'appropriation foncière s'est traduit par une extension périphérique des villes avec tout ce que cela implique : des infrastructures de piètre qualité, des coûts élevés pour la population et l'état, une précarisation du logement et un déficit public toujours en hausse en raison d'estimations cadastrales sous-évaluées.

Mots-clés : Gentrification, taxe foncière, revenus, municipalité, logement.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El acceso a la vivienda en México, desde la óptica del derecho a la ciudad.* III. *Mecanismos de financiamiento al desarrollo de vivienda.* IV. *Órganos responsables de la radicación y ejecución de los recursos del Fondo del Infonavit.* V. *Sistema de incentivos fiscales al desarrollo inmobiliario.* VI. *Resultados del Programa Nacional de Vivienda 2014-2018.* VII. *Desarrollo urbano y finanzas públicas municipales.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Propuestas.* X. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas fundamentales de la actualidad es garantizar que todo ser humano cuente con un espacio seguro, confortable y asequible en el que pueda desarrollar una familia, su personalidad y su intimidad. Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4o., párrafo séptimo, ha dispuesto como parte de su contenido social, que toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, y agrega la necesidad de desarrollar instrumentos legales y el establecimiento de apoyos para alcanzar la plena cobertura. Así también lo señala el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al establecer que el contar con una vivienda es una condición indispensable para que todo el mundo pueda acceder un nivel de vida adecuado, a la salud, a la alimentación y al bienestar de sí mismo y de su familia.¹

Debido a esto, en décadas pasadas se constituyeron algunos organismos precursores de los denominados Organismos Nacionales de Vivienda, de-

¹ Gledhill, John, "El derecho a una vivienda", *Revista de Antropología Social*, España, vol. 19, 2010, p. 108.

dicados específicamente a garantizar el acceso al hogar, a través del otorgamiento de créditos, tales como el Fondo de Operaciones de Descuento Bancario a la Vivienda (Fovi) y el Fondo Nacional para Habitaciones Populares (Fonhapo).

Sobre la naturaleza de esos fondos, Miguel Soberón señala lo siguiente:

c) FOVI, o Fondo de Operaciones y Financiamiento de la Vivienda. Es un fideicomiso de Banco de México, cuya acción fundamental consiste en apoyar a los bancos comerciales, subsidiando una parte de los intereses, a efecto de que los deudores, adquirentes de vivienda de interés social, paguen intereses menores a los del mercado.

...

d) FONHAPO, o Fondo Nacional para Habitaciones Populares. Es un fideicomiso de BANOBRAS, que despliega su actuación en grupos sociales no asalariados y con ingresos bajos (de menos de dos y medio salarios mínimos).²

Sumado a esto, con fundamento en lo estipulado en el artículo 123, apartado A, fracción XII, de la Constitución nacional, fueron diseñados mecanismos institucionales y de financiamiento dedicados a ofertar créditos de fácil acceso para la adquisición de vivienda para los trabajadores, tales como los establecidos en el sistema del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), fundado en 1972, cuyo propósito es el de promover la creación de incentivos económicos al desarrollo inmobiliario, entre otros.³

Sobre este organismo, destaca el hecho de contar con un modelo de financiamiento social, que debe impulsar la asequibilidad de la vivienda cómoda e higiénica para los trabajadores y sus familias, así como que cuenten con la posibilidad de obtener recursos que les permitan la remodelación del inmueble de su propiedad.

Aun con las modificaciones constitucionales y la creación de organismos e instituciones, el denominado derecho a la ciudad no se ha puesto en práctica; esto debido a contradicciones fundamentales en el desarrollo de las normas

² Soberón Mainero, Miguel, "Acciones del Estado en materia de vivienda", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Aspectos Jurídicos de la Vivienda*, México, año VI, núm. 18, 1991, p. 456.

³ Aldrete, José Antonio, "Hacia un nuevo enfoque para el estudio de la acción burocrática: la política de vivienda del Infonavit", *Estudios Sociológicos*, México, vol. 1, núm. 2, 1983, p. 317.

que regulan el acceso a la vivienda, las características de ésta, las propiedades del entorno en las que son edificadas, el orden en el crecimiento de las zonas urbanizadas, así como por los problemas estructurales subsistentes en el origen de la propiedad privada en México.

Es así que el problema que analiza el presente artículo trata de la construcción de mecanismos de financiamiento público sobre el desarrollo de nuevas viviendas, los sujetos que intervienen en ellos y las directrices que deben tomarse en cuenta para generar un crecimiento urbano organizado y correspondiente con las políticas y líneas de acción especificadas en los instrumentos jurídicos que dan forma al Programa Nacional de Vivienda y sus efectos sobre los niveles recaudatorios de los municipios, tomando como referencia el caso del ayuntamiento de Culiacán, Sinaloa.

Con ello, podremos observar que las contradicciones normativas y la falta de aplicación de los principios y derechos que regulan el crecimiento urbano han impedido la satisfacción de las necesidades de vivienda e inciden negativamente en las finanzas públicas municipales.

II. EL ACCESO A LA VIVIENDA EN MÉXICO, DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO A LA CIUDAD

No podemos iniciar a explicar el derecho a la ciudad sin antes señalar la importancia del fenómeno de la apropiación de los predios urbanos y el comportamiento de la conexas mercantilización del acceso a la vivienda; esto, debido a que en nuestro caso de análisis y en el resto del país es evidente que la política de vivienda no ha sido exitosa para garantizar la centrificación de la vida urbana.

Al contrario, la apropiación de los bienes privilegiados por su ubicación y por el acceso a los servicios públicos y privados por una determinada clase social, poseedora de los recursos económicos, y la especulación financiera que subsiste sobre dichos predios, ha encarecido la vivienda digna y expulsado a la mayor parte de la clase trabajadora de dichas zonas urbanas.

Sobre esto, María Francisca Zaragoza, al hacer referencia al derecho a la ciudad, señala lo siguiente:

Especialmente, para derechos como el que aquí se estudia, dado que como le ocurre al derecho humano al agua, el derecho a la ciudad, tan básico como el primero para el desarrollo de la personalidad y la vida en calidad, se ubica

dentro de los derechos de solidaridad, derechos históricamente degradados por no encontrar su reflejo normativo en instrumentos de *hard law* y que a pesar de estar constantemente en las actuales agendas políticas, como los conflictos geopolíticos del futuro, no existe acción unitaria estatal que reconozca, garantice y promueva su carácter humano y básico.⁴

Es importante mencionar el planteamiento anterior, ya que el derecho a la ciudad surge teóricamente como una directriz en el análisis de la política de urbanización, que busca la reivindicación de las clases desposeídas por medio de la centrificación de la mancha urbana y la adquisición de vivienda bien ubicada, que permita el acceso a las personas con un menor ingreso a un hogar digno y decoroso.

Así lo menciona Henry Lefebvre al referirse a los efectos de la mercantilización del hábitat señalando lo siguiente:

La clase obrera sufre las consecuencias del estallido de las antiguas morfologías. Es víctima de una segregación, de la estrategia de clase que este estallido permite. Esta es la actual forma de la situación negativa del proletariado. La antigua miseria proletaria, en los grandes países industriales, se atenúa y tiende a desaparecer. Una nueva miseria se extiende, que alcanza al proletariado sin perdonar otras capas y clases sociales: la miseria del hábitat, la del habitante sometido a la cotidianidad organizada (en y por la sociedad de consumo dirigida).⁵

Por esto se considera que una política de intervención estatal que redefina la propiedad inmobiliaria y el desarrollo de nuevos sectores de vivienda para la clase trabajadora es fundamental en la democratización de las zonas urbanas y en la garantía de que todas las personas tengan la oportunidad de integrarse a la comunidad desde el aprovechamiento de todos los servicios y opciones que esta oferta.

Ahora bien, el derecho al acceso a la vivienda, constitucionalizado en el artículo 4o. de nuestra ley fundamental, da pie a la creación de la Ley de Vivienda (LV) y a la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (LGAHOTyDU), en el que se plantean los

⁴ Zaragoza Martí, María Francisca, “City and Law: for the Recognition of de Human Right to the City”, *Architecture, City and Environment*, España, vol 15, Issue 45, 2021, p. 4.

⁵ Henry Lefebvre citado en Ziccardi Alicia, *Derecho a la ciudad. Una evocación de las transformaciones urbanas en américa latina*, Ecuador, Flacso, 2019, p. 69.

lineamientos y principios a los que se debe ajustar el desarrollo inmobiliario y la política de vivienda.

Sobre esto, la Ley de Vivienda tiene como objetivos principales los de establecer una política de acceso al hogar que garantice la equidad en el desarrollo urbano, eliminando la discriminación y disparidades sociales generadas por un crecimiento desordenado, y motivado por el mercantilismo y la exclusión.

En consonancia con lo anterior, una de las características fundamentales de la Ley en mención es que establece en su artículo noveno los lineamientos para definir la política nacional en el rubro, a través de un Programa Nacional de Vivienda (PNV) formulado por la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, aprobado por el titular del Ejecutivo federal, en el que se especificarán tanto las estrategias como las líneas de acción, los métodos de financiamiento y los operadores que buscarán garantizar este derecho humano.

Así también, dentro de su contenido se desarrollan las pautas para definir las características que debe cumplir la vivienda de nueva creación para encontrarse de acuerdo con los conceptos de dignidad y decoro, razón por la cual las regulaciones se enfocan a las características propias del bien inmueble.

Sobre esto, es importante agregar que en su contenido no se considera el espacio territorial en el que se desarrollará el sector inmobiliario, como tampoco su ubicación, o características del entorno, y únicamente estipula en su artículo 68, que los nuevos sectores se construirán según lo estipulado por las disposiciones relativas a los asentamientos humanos, por lo que la LGAHOTyDU es la encargada de establecer las pautas para garantizar el derecho a la ciudad, y coloca en consideración estos aspectos.

Al respecto, la LGAHOTyDU establece los criterios, principios y derechos a los que debe ajustarse el desarrollo urbano y territorial, componentes públicos donde concurren las autoridades y dependencias del orden federal, de la Ciudad de México, estatal y municipal.

Es importante señalar que las personas morales que intervengan en este tipo de procesos, por ser sujetos de financiamiento, también se encuentran obligadas al cumplimiento de la normativa, así como de los instrumentos derivados del Proyecto Nacional de Vivienda, por lo que la construcción de nuevos sectores inmobiliarios, de ninguna manera puede sustraerse del dominio público y de la Ley.

Ahora bien, a diferencia del contenido de la Ley de Vivienda, en la LGAHOTyDU se determinan las pautas que definen el desarrollo territorial donde se definirán los nuevos hogares, y no solamente busca definir las carac-

terísticas de la construcción de la vivienda en aras de garantizar que esta sea digna y decorosa.

Además, reconoce que la posición geográfica del nuevo sector urbano es un elemento fundamental para garantizar otros derechos humanos, razón por la cual en su artículo 2, primer párrafo, integra el concepto de derecho a la ciudad al referir lo siguiente:

Todas las personas sin distinción de sexo, raza, etnia, edad, limitación física, orientación sexual, tienen derecho a vivir y disfrutar ciudades y Asentamientos Humanos en condiciones sustentables, resilientes, saludables, productivos, equitativos, justos, incluyentes, democráticos y seguros.

Sumado a esto, el artículo 4 de la Ley establece los principios y derechos en los que debe basarse la política de creación de asentamientos humanos, organización territorial y desarrollo urbano, entre los que resaltan el derecho a la ciudad, equidad e inclusión, la accesibilidad universal y movilidad, que han quedado definidos de la siguiente forma:

- Derecho a la ciudad: garantizar a todos los habitantes de un asentamiento humano o centros de población el acceso a la vivienda, infraestructura, equipamiento y servicios básicos, a partir de los derechos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales suscritos por México en la materia;
- Equidad e inclusión: garantizar el ejercicio pleno de derechos en condiciones de igualdad, promoviendo la cohesión social a través de medidas que impidan la discriminación, la segregación o marginación de individuos o grupos. Promover el respeto de los derechos de los grupos vulnerables, la perspectiva de género, y que todos los habitantes puedan decidir entre una oferta diversa de suelo, viviendas, servicios, equipamientos, infraestructura y actividades económicas de acuerdo con sus preferencias, necesidades y capacidades;
- Accesibilidad universal y movilidad: promover una adecuada accesibilidad universal que genere cercanía y favorezca la relación entre diferentes actividades urbanas con medidas, como la flexibilidad de usos del suelo compatibles y densidades sustentables, un patrón coherente de redes viales primarias, la distribución jerarquizada de los equipamientos y una efectiva movilidad que privilegie las calles completas, el transporte público, peatonal y no motorizado.

Ahora bien, ambos instrumentos jurídicos tienen incidencia en el desarrollo del Proyecto Nacional de Vivienda, y en teoría deberían ser normas complementarias que contribuyan a un mismo fin; sin embargo, del análisis de ambas normativas se muestran contradicciones fundamentales, que impiden el desarrollo de una política uniforme.

Como ejemplo de lo anterior observamos que el contenido de la Ley de Vivienda no hace referencia a que la construcción de vivienda digna y decorosa debe realizarse protegiendo el derecho a la ciudad con que cuentan los ciudadanos.

Por otro lado, si bien el artículo 68 de la Ley de Vivienda establece el deber de que en el desarrollo inmobiliario se considere lo establecido en los ordenamientos de asentamientos humanos, ordenamiento territorial y desarrollo urbano, también agrega en su artículo 70 que el gobierno federal promoverá e impulsará proyectos de incorporación de territorios ejidales y parcelas a la mancha urbana, entregándolas a asociaciones mercantiles y civiles, lo que implica un desarrollo inmobiliario expansivo periférico y no centrificado.

De esta manera, estamos ante una clara determinación contradictoria, que por una parte establece el derecho a la ciudad como línea de acción y política para el desarrollo de los nuevos sectores de bienes raíces, y por la otra, el señalamiento en la Ley de incentivos a la incorporación de sectores inmobiliarios, principalmente zonas agrícolas, que no pueden de ninguna manera ser consideradas como plenamente consolidadas en términos de su desarrollo urbano, incumpliendo así con el principio del derecho a la ciudad.

III. MECANISMOS DE FINANCIAMIENTO AL DESARROLLO DE VIVIENDA

Ahora bien, toda política emanada de las obligaciones y facultades públicas necesita para desarrollarse, de los recursos materiales y económicos que permitan su operatividad, más aún cuando se trata de estrategias en las que concurren tanto la iniciativa pública como la privada.

Así, para garantizar el acceso a la vivienda se han creado mecanismos de subsidio, basados en aportaciones patronales y de la federación, que son integradas a fondos económicos de inversión inmobiliaria, los cuales promueven la construcción de desarrollos urbanos de interés social y de costo asequible para los trabajadores de México.

Bajo estas consideraciones, el presente artículo tiene por objetivo identificar las relaciones existentes entre los mecanismos de financiamiento del Infonavit y su impacto en los ingresos municipales.

Del análisis pormenorizado del artículo 5 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores podemos observar la forma de integración del patrimonio del Fondo, el cual se compone tanto de las aportaciones y subsidios realizados por la Federación como de los rendimientos que obtenga por las inversiones que realice, los ingresos por multas y recargos, los bienes patrimonio del instituto y las cantidades y comisiones que reciba por la prestación de servicios.

Sobre esto, Israel Aguilar menciona que

El Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) es una entidad financiera, pública y autónoma de carácter tripartita, cuyos órganos de administración se encuentran integrados por representantes de los trabajadores, empresarios y el gobierno Federal. El INFONAVIT es el encargado de administrar el Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores, que se integra con aportaciones de los empleadores, correspondientes al 5% del salario de sus empleados.⁶

Respecto a las aportaciones patronales realizadas a la subcuenta de vivienda que integra la cuenta individual del trabajador, aun cuando el artículo 159 de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social señala que éstas deben ser entregadas al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), estas no se encuentran integradas al patrimonio del Instituto, en los términos de lo estipulado por el artículo 5, último párrafo, de la Ley del Infonavit, incluso pudiendo el trabajador solicitar en sus términos la devolución del capital enterado a él.

Aun así, las aportaciones patronales son fundamentales para el financiamiento de la vivienda, y resulta destacable que generan intereses a favor de los derechohabientes, que serán determinados por el Consejo de Administración del Instituto aplicando el contenido del artículo 39 de la Ley.

Sobre esto, la parte patronal se encuentra obligada a una aportación del 5 por ciento del salario base de cotización (SBC) del trabajador en los términos planteados por la Ley del IMSS, que, cabe señalar, establece un procedimiento

⁶ Aguilar Márquez, Israel, “Nueva gestión pública en México: la experiencia del Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores”, *Buen Gobierno*, México, núm. 9, julio-diciembre, 2010, p. 21.

de integración salarial para determinar la base tributaria de las contribuciones a seguridad social, y en este caso al fondo de vivienda, basado en la selección de los elementos que perciben los trabajadores por concepto de remuneraciones, discriminando aquellas que de acuerdo con la Ley no forman parte de dicho concepto de base.

Ahora bien, como se ha venido mencionando, el desarrollo de nuevos sectores inmobiliarios se suscita bajo esquemas de financiamiento público y privado, derivado de los recursos presupuestales asignados a las denominadas Organizaciones Nacionales de Vivienda (ONAVI), entre las que se integran el Infonavit y otras, así como la emisión de bonos respaldados por hipotecas, que son sistemas de fondeo privado, por lo que es importante analizar las estrategias contenidas en la Ley que regulan esta práctica.

IV. ÓRGANOS RESPONSABLES DE LA RADICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO DEL INFONAVIT

Es importante agregar que el desarrollo de dicha actividad de financiamiento se lleva a cabo por medio de contratos público-privados otorgados a empresas desarrolladoras mediante licitación pública, y es por esto que en la aplicación del mecanismo para determinar a los beneficiarios de la radicación presupuestal tienen una especial connotación e importancia los servidores públicos que intervienen en los procesos de concurso, así como la categoría en que se ubican.

Así, por ejemplo, es decisión del Consejo de Administración del Fondo, a propuesta del director general, definir cuáles serán los proyectos en los que se invertirán los recursos del Infonavit para el desarrollo de nuevos sectores de vivienda.

Esto se debe hacer considerando la cuantía de los fondos económicos, la factibilidad de llevar a cabo las obras inmobiliarias, las necesidades y demanda de vivienda y la capacidad económica del universo de derechohabientes de acuerdo con su ahorro para la vivienda, tal como lo disponen los artículos 16, fracción I; 42, fracción I, y el contenido del artículo 46, ambos de la Ley del Infonavit.

Sobre el método de composición del Consejo de Administración, la Ley en mención establece en su artículo 12, que aquél se integrará por quince miembros, en donde cinco de ellos serán elegidos por la representación en la Asamblea General del Gobierno Federal, cinco por la de los trabajadores

y cinco por la de los patrones, por lo que en apariencia podríamos llegar a la conclusión de que las decisiones de inversión sobre proyectos de desarrollo inmobiliario se toman de manera tripartita, y no corresponde a una determinación unipersonal por parte del Ejecutivo Federal.

Sin embargo, del análisis del contenido del artículo 8 de la propia Ley podemos observar con claridad que es facultad del Poder Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la determinación de las organizaciones de trabajadores y de patrones que participarán en la designación de los miembros que integrarán la Asamblea General del Infonavit.

Así, podemos llegar a la idea de que, independientemente del método de integración tripartita de los organismos del Instituto, en el fondo, sus decisiones pueden estar supeditadas al origen político de su propia conformación.

V. SISTEMA DE INCENTIVOS FISCALES AL DESARROLLO INMOBILIARIO

Por otro lado, el sistema de vivienda tiene como una de sus estrategias fundamentales la de incentivar la creación de sectores urbanos que garanticen asequibilidad, ser dignos, confortables y decorosos.

En ese mismo sentido, la Ley cuenta con una serie de criterios de exención fiscal, que desgravan la adquisición de los inmuebles, tal como lo menciona el artículo 42 en su antepenúltimo párrafo, al estipular lo siguiente:

Los contratos y las operaciones relacionados con los inmuebles a que se refiere este artículo, así como el desarrollo y ejecución de los conjuntos de habitaciones que se edifiquen con financiamiento del Instituto, estarán exentos del pago de toda clase de impuestos, derechos o contribuciones de la Federación, de los Estados o del Distrito Federal y, en su caso, el precio de venta a que se refiere el artículo 48 se tendrá como valor de avalúo de las habitaciones.

Sin embargo, es importante agregar que en el caso de los impuestos inmobiliarios municipales y pago de derechos por registro de carácter estatal, no les será aplicable el desgravamiento, por lo que el desarrollo de sectores financiados por el Infonavit representa una entrada importante de ingresos para los ayuntamientos, principalmente.

Aun así, existen otros mecanismos de incentivo fiscal que funcionan para aumentar las inversiones en materia de desarrollo inmobiliario, enfocadas

principalmente a proyectos que tengan como finalidad el financiamiento de nuevos sectores inmobiliarios, que aunque no son tema de esta investigación, inciden en la consecución de los fines del Proyecto Nacional de Vivienda.

VI. RESULTADOS DEL PROGRAMA NACIONAL DE VIVIENDA 2014-2018

En relación con los planes de desarrollo urbano, Jan Bazant señala que éstos deben encontrarse incluidos en un cuerpo legal, y modificar los instrumentos jurídicos ya existentes, para que se adapten a la evolución que sufre tanto la infraestructura urbana como la determinación de usos de suelo, en una sociedad que tiende al crecimiento poblacional y demanda cada vez más servicios públicos básicos, razón por la cual refiere la necesidad de que los ordenamientos jurídicos se realicen por el gobierno en acuerdo con la comunidad.⁷

En el caso de nuestra nación, el Programa Nacional de Vivienda es el instrumento en donde cobran forma las líneas políticas de vivienda plasmadas en el Plan Nacional de Desarrollo, especificando los objetivos, estrategias, métodos de financiamiento y procedimientos de ejecución, que materializarán el derecho a la vivienda, razón por la cual es importante observar sus criterios y resultados.

Así, cada programa, además de encontrarse dotado de los elementos antes descritos, comienza por realizar un diagnóstico sobre la situación de la vivienda heredada de sexenios anteriores y los resultados de sus programas nacionales, señalando sus fortalezas y debilidades, en aras de definir sus propias estrategias.

Acerca de esto, resulta destacable que hasta el último diagnóstico los resultados en la implementación de los proyectos nacionales de los últimos dos sexenios no han sido los esperados en cuanto a la consecución de garantizar el acceso a la vivienda asequible, ni en que ésta sea desarrollada de acuerdo con las características de confort, dignidad o decoro, sino al contrario, es notable la precarización de la vivienda que oferta el instituto en agravio de los derechos de los trabajadores y sus familias, obligándolos circunstancialmente a adquirir créditos que no son apropiados a sus ingresos y vinculados a desa-

⁷ Bazant, Jan, "Lineamientos para el ordenamiento territorial de las periferias urbanas de la Ciudad de México", *Papeles de Población*, México, vol. 7, núm. 27, 2001, p. 225.

rollos de bienes raíces que no fueron construidos siguiendo los lineamientos del Programa de Vivienda.

Sobre este punto, debemos señalar que ya en 2013, el Plan Nacional de Desarrollo vigente hasta 2018 señalaba en su punto II.1 de Diagnóstico, específicamente en el apartado de “Acceso a una vivienda digna, infraestructura social básica y desarrollo territorial”, que el desarrollo de nuevos sectores inmobiliarios promovidos en sexenios pasados fue realizado propiciando la expansión territorial urbana y la construcción de espacios de convivencia que no tienen acceso a la infraestructura urbana ya creada.

Esto tuvo como consecuencia la generación de condiciones precarias de vida, el alejamiento de la vivienda de las fuentes de trabajo y el aumento en el coste de transportación de los propietarios y sus familias, impulsando el fenómeno del abandono de las propiedades inmobiliarias, además de la afectación al tejido social, tal como a continuación se transcribe:

El modelo de crecimiento urbano reciente ha fomentado el desarrollo de viviendas que se encuentran lejos de servicios como escuelas, hospitales y centros de abasto. Es decir, la producción de vivienda nueva ha estado basada en un modelo de crecimiento urbano extensivo. Los desarrollos habitacionales se ubicaron en zonas alejadas de los centros de trabajo y de servicios, sin una densidad habitacional adecuada que permitiera costear servicios, vías de comunicación y alternativas de transporte eficientes. Esto ha generado comunidades dispersas, un debilitamiento del tejido social y un uso poco eficiente de los recursos de la economía a través de altos costos de transporte para los trabajadores y las empresas.

Este punto del diagnóstico coincide plenamente con lo estipulado en el atlas de abandono de vivienda emitido por el Infonavit,⁸ en el que se ilustra con precisión que los factores relativos a la ubicación de la vivienda y la ministración de servicios públicos y privados en los sectores inmobiliarios influyen de manera directa en este fenómeno, señalando además que según los datos de 2015, cuatro de cada diez personas que habitan las zonas urbanas acuden una vez al mes a los espacios públicos, situación que promueve la pérdida del tejido social.

Por otro lado, de la propia redacción del mencionado PND se observa la determinación de una propuesta para generar condiciones que reduzcan estos

⁸ Infonavit, “Atlas de abandono de vivienda”, 2015, disponible en: <https://infonavit.janium.net/janium/Documentos/67994.pdf>, p. 50.

y otros efectos de la expansión de la zona urbana, al señalar en su texto que, ante esta coyuntura, es necesario impulsar el desarrollo de ciudades más compactas con mayor densidad de población y actividad económica.

Así también, en su punto II.2 de plan de acción: integrar una sociedad con equidad, cohesión social e igualdad de oportunidad, señala lo siguiente:

Por otro lado, un México incluyente tendrá como objetivo proveer un entorno adecuado para el desarrollo de una vida digna. Para ello, se plantea dar impulso a soluciones de vivienda digna, así como el mejoramiento de espacios públicos. En específico, la Política Nacional de Vivienda consiste en un nuevo modelo enfocado a promover el desarrollo ordenado y sustentable del sector; a mejorar y regularizar la vivienda urbana, así como a construir y mejorar la vivienda rural. Esta política implica: i) lograr una mayor y mejor coordinación institucional; ii) transitar a un modelo de desarrollo urbano sustentable e inteligente; iii) reducir de manera responsable el rezago en vivienda; y iv) procurar una vivienda digna para los mexicanos. Por tanto, se plantea impulsar acciones de lotificación, construcción, ampliación y mejora de hogares, y se propone orientar los créditos y subsidios del gobierno de la república hacia proyectos que fomenten el crecimiento urbano ordenado.

Sobre la estrategia 2.51 del Plan Nacional de Desarrollo (PND), se describe en las primeras dos líneas de acción el deber ser de la política de vivienda, dirigida a garantizar el derecho a la ciudad, como elemento esencial en la planeación y construcción de los nuevos proyectos inmobiliarios, al establecer lo siguiente:

1. Fomentar Ciudades más compactas, con mayor densidad de población y actividad económica, orientando el desarrollo mediante la política pública, el financiamiento y los apoyos a la vivienda;
2. Inhibir el crecimiento de las manchas urbanas hacia zonas inadecuadas;

Ahora bien, de los propósitos señalados en el PND, fue formulado el Programa Nacional de Vivienda 2014-2018, que retoma entre otros el objetivo de controlar la expansión de las manchas urbanas a través de la política de vivienda, enfocándose en desarrollar cuatro diferentes estrategias para lograrlo:

Estrategia 1.1: Promover que el crecimiento y reemplazo del parque habitacional se concentre hacia el interior de los centros urbanos existentes.

Estrategia 1.2: Establecer y aplicar criterios claros para que el desarrollo de vivienda contribuya al crecimiento ordenado de las ciudades.

Estrategia 1.3: Promover mecanismos para hacer accesible el suelo intraurbano, evitando la especulación y subutilización de este.

Estrategia 1.4: Diseñar mecanismos para que la construcción de vivienda contemple la integración social.

Sobre estas tácticas, es importante resaltar que si bien cada una de ellas cuenta con distintas líneas de acción, sólo nos enfocaremos en aquellas que se encuentran estrictamente vinculadas a la materialización del derecho a la ciudad como derecho humano y política pública, siendo estas las siguientes:

1. Generar instrumentos normativos y guías técnicas para la redensificación habitacional y coordinar su aplicación por los gobiernos locales.

2. Fomentar, entre gobiernos locales, la revisión de topes a densidades y alturas de centros urbanos buscando una mayor densidad habitacional;

3. Estimular, entre desarrolladores de vivienda, la construcción de vivienda vertical de calidad con espacios recreativos buscando ciudades con crecimiento ordenado.

4. Controlar, a través de Desarrollos Certificados, la expansión urbana fuera de los perímetros de contención urbana.

5. Fomentar la creación de Desarrollos Certificados Intraurbanos mediante el otorgamiento de financiamientos.

6. Definir instrumentos para la incorporación de terrenos intraurbanos baldíos y subutilizados a la oferta de vivienda sustentable.

7. Impulsar un mercado habitacional con ocupación de baldíos o predios vacíos en zonas intraurbanas con servicios rentables, evitando la especulación.

A sabiendas de no ser las únicas líneas de acción del programa, se seleccionaron las antes señaladas, debido a que se trata de acciones tendientes a garantizar el desarrollo inmobiliario con base en el concepto de derecho a la ciudad; sin embargo, no basta con que dichas estrategias y líneas de acción se determinen en diversos instrumentos jurídicos, ya que si éstas no se aplican tampoco se podrá observar la materialización de los resultados esperados.

Así pues, para poder verificar la efectividad de las estrategias y líneas de acción antes planteadas debemos remitirnos al Programa Nacional de Vivienda en su versión 2021- 2024, en esta ocasión observando el contenido del capítulo 5 del análisis del estado actual, que se refiere a las deficientes características de los asentamientos urbanos creados con anterioridad, al señalar lo siguiente:

En la actualidad, millones de mexicanos viven en asentamientos precarios que carecen de servicios y equipamientos mínimos, donde los tiempos y costos de transporte para tener acceso al trabajo, la educación y el abasto, son elevados... El derecho a la ciudad y a la vivienda involucra aspectos fundamentales del hábitat como la seguridad jurídica, la disponibilidad de infraestructura, servicios y equipamientos urbanos, de salud, educación y trabajo.

Sobre esto, como se ha definido anticipadamente, uno de los elementos que deben considerar los nuevos desarrollos inmobiliarios para efectos de darle cumplimiento al derecho a la ciudad de las personas es el de construir viviendas que se encuentren ubicadas de forma orgánica, con fuentes de empleo, servicios públicos, espacios de esparcimiento y deporte, centros educativos, culturales, y donde los programas de seguridad pública tengan presencia.

Cabe señalar que buena parte de la estrategia del Programa Nacional de Vivienda del sexenio anterior se refiere a esas características en la definición de las líneas de acción en las que se basan los nuevos desarrollos inmobiliarios, sin embargo, las conclusiones indicadas por el nuevo Programa Nacional de Vivienda 2021-2024 exhiben la nula aplicación.

Esto es así, a juzgar por la falta de resultados que relata el propio instrumento, en donde se señala que según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), de los 2.2 millones de nuevas viviendas construidas por la industria inmobiliaria y financiadas por los Organismos Nacionales de Vivienda, sólo el 8% se encuentra en las denominadas zonas urbanas plenamente consolidadas, que podemos definir según lo plantea Isabel Arriaga⁹ al realizar el comparativo entre zona periférica y zonas urbanas consolidadas, como aquellas que se encuentran integradas al espacio urbano central, que gozan de servicios públicos y privados, fuentes de trabajo, zonas de esparcimiento, espacios deportivos, entre otras características.

Así, se menciona que parte de la problemática que ha impulsado la descentricación de la vida urbana tiene que ver con los criterios utilizados para mantener una inversión baja en la producción de vivienda, en donde la perspectiva del constructor busca abaratar los costos de desarrollo a través de disminuir el gasto en el suelo, adquiriendo terrenos ubicados en las denominadas áreas periféricas, incluso algunas de ellas sin encontrarse aún reconocidas por

⁹ Arteaga Arredondo, Isabel, “De periferia a ciudad consolidada: estrategias para la transformación de zonas urbanas marginales”, *Bitácora Urbano Territorial*, Colombia, vol. 9, núm. 1, enero-diciembre, 2005, p. 101.

los ayuntamientos como zonas urbanas, situación que se complementa con los créditos económicos emitidos por el Infonavit a favor de los derechohabientes.¹⁰

Sumado a esto, es evidente el quebrantamiento del principio de equidad en el acceso a la vivienda, considerando que de las viviendas económicas creadas en 2017, que resultan ser las más accesibles para personas con ingresos promedio, únicamente el 2.9% de ellas cumplen con el derecho a la ciudad respecto a su ubicación.

Lo anterior es así, ya que el hecho de ser desarrolladas en zonas periurbanas, sin acceso a transporte público, fuentes de empleo, equipamiento y servicios, precariza la situación de vida de las personas con menores rentas, tomando en cuenta que sumado al costo económico del acceso a un crédito hipotecario, que en múltiples ocasiones sobrepasa el 30% de los ingresos de quienes lo solicitan, también se incrementan los gastos de transporte de la familia, situación que no permite el ahorro y desarrollo del núcleo familiar.

Sobre esto, Voltaire Alvarado, parafraseando a Borsdorf y Guasch, hace referencia a que la manifestación de la equidad en la vivienda se alcanza dimensionando el impacto de la ubicación de los desarrollos inmobiliarios, así como los aspectos relativos a los mecanismos de movilidad, al señalar lo siguiente: “Esta trama conceptual sobre la equidad y la sostenibilidad se expresa de forma robusta en los circuitos de producción de espacio residencial, en planos tan distintos como un principio ético en la ordenación territorial o alternativas de transporte en ciudades europeas”.¹¹

Además, es menester agregar que el hecho de crear zonas urbanas alejadas de los servicios públicos genera situaciones de falta de cohesión social, desintegración del tejido social y un incremento en los problemas de seguridad pública.

En relación con esto, Nicolas Angelcos¹² explica sobre la política de vivienda en Chile, que si bien ésta tuvo a bien disminuir los índices de déficit de

¹⁰ Lara Pulido, José Alberto, “Los costos de la expansión urbana: aproximación a partir de un modelo de precios hedónicos en la zona metropolitana del valle de México”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, México, vol. 32, núm. 1, 2017, p. 11.

¹¹ Alvarado, Voltaire *et al.*, “Las ideas de sostenibilidad y equidad sobre la vivienda socia en Chile. Dos casos metropolitanos en Valparaíso y Santiago”, *Naturaleza, territorio y ciudad en un mundo global*, Madrid, UAM Ediciones, 2017, p. 908.

¹² Angelcos, Nicolás, “Luchas por el significado del derecho a la ciudad. El caso de la coordinadora «Plebiscito por la Reina» Santiago de Chile”, *EURE*, Chile, vol. 47, Issue 140, 2021, p. 180.

vivienda, al promover una estrategia de creación masiva de hogares, también fue acompañada por la denominada “segregación residencial”, que se explica en razón de la expulsión de las personas con menos recursos de las áreas centralizadas y con mayores gamas de servicios, lo que trajo como consecuencias, entre otras, deserción escolar, inactivismo, delincuencia, drogadicción, entre otras patologías sociales, situación que coincide con lo que se viene desarrollando en el ámbito internacional, a partir de la implementación de la política neoliberal, y con ella la guetización de los barrios populares.

Esta condición se relaciona íntimamente con el cumplimiento de las obligaciones gubernamentales, que representan dificultades económicas para los tres órdenes de la administración, a juzgar por el método de financiamiento del quehacer de las ciudades, así como la determinación de los elementos de los ingresos propios de los que dependen los municipios en México, que se sostienen principalmente por contribuciones sobre bienes raíces.

VII. DESARROLLO URBANO Y FINANZAS PÚBLICAS MUNICIPALES

Así pues, es relevante señalar el íntimo vínculo entre la política de desarrollo urbanístico y las finanzas públicas municipales, a juzgar por el rol que juegan los ingresos que por impuestos inmobiliarios perciben los ayuntamientos de la República, en particular del denominado predial urbano, siendo éste la principal fuente de ingresos propios del municipio y un factor sumamente relevante para el cálculo de las prerrogativas que por concepto de los ramos 28 y 33 presupuestales¹³ ingresan a las tesorerías municipales provenientes de las participaciones federales en razón de la aplicación de la Ley de Coordinación Fiscal Federal y las de los estados.

Para ejemplificar lo anterior, podemos utilizar la Ley de Ingresos del Municipio de Culiacán, del estado de Sinaloa, México, aprobada por el H. Congreso del estado, en donde para el ejercicio fiscal de 2021 se observa que al proyectar una expectativa de recaudación de 445.818,196.78 pesos mexicanos por concepto de predial urbano, solamente por este concepto se obtendría el 12.7% de los ingresos totales del ayuntamiento; sin embargo, es primordial dejar en claro que en cuanto a la recaudación por concepto de ingresos

¹³ Espinoza, Salvador *et al.*, “¿Por qué algunos municipios de México son mejores recaudadores de impuesto predial que otros?”, *Gestión y Política Pública*, México, vol. 27, núm. 2, 2018, p. 390.

propios, este impuesto participa de ella con un 61.3% en este municipio, circunstancia que se replica en la mayoría de los ayuntamientos de las grandes ciudades mexicanas.

Así también, es importante señalar que para la definición de la base tributaria del impuesto predial, el estado, por medio del Instituto Catastral, al determinar la creación de claves por la incorporación de nuevos sectores a la mancha urbana del municipio, debe comenzar por definir el valor de los bienes como predios con construcción y sin ella, de acuerdo con su ubicación geográfica, el potencial de desarrollo, la existencia de servicios públicos, la calidad del suelo para construir, entre otros factores que determinarán su costo.¹⁴

Además, una vez urbanizado y fraccionado, debe realizar la valuación de bienes construidos y determinar su coste atendiendo a las características de la construcción, los acabados, la calidad de los servicios públicos y privados con los que cuenta, incluso algunos aspectos sociales y de seguridad para la determinación del valor de suelo y de la construcción, que una vez integrados al proyecto anual de decreto por el que se establecen los valores unitarios de suelo y construcción pasará al H. Congreso del estado para su análisis por la Comisión de Hacienda y Administración, su dictaminación y su aprobación por el pleno del parlamento.

Respecto a lo anterior, debemos enfatizar que si bien, como lo menciona Hugo Carrasco,¹⁵ existe en la mayoría de las leyes municipales de hacienda de los estados la facultad para que el propietario de un bien pueda declarar el valor de la base tributaria del impuesto predial, a través de un análisis realizado por perito registrado ante catastro, esta práctica no corresponde con la generalidad de los casos de determinación del valor catastral, sino que su utilización es sumamente aislada, y por ende, la determinación por medio de la valoración realizada por el instituto, antes descrita, puede ser tomada como regla general en la determinación del valor de los inmuebles.

De tal suerte que la precisión del valor de las claves catastrales a través del decreto en mención es un elemento fundamental para la determinación de la base tributaria del impuesto predial y, en consecuencia, incide directamente sobre la expectativa de recaudación de los municipios.

¹⁴ Cabe señalar que algunos de los aspectos que contribuyen al cálculo del impuesto predial tienen presencia en las características que debe cumplir la vivienda y los sectores inmobiliarios, para que estos bienes inmuebles cumplan con el derecho a la ciudad.

¹⁵ Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho fiscal II*, IURE Editores, 2011, p. 143.

Sobre este punto, Ignacio Ruelas Ávila coincide plenamente al afirmar que

La recaudación del impuesto predial es producto de la tasa impositiva multiplicada por la base del tributo. Esto último depende directamente del valor catastral, el cual, en estricto sentido, debiese ajustarse a los valores de mercado. Tal como se mencionó arriba, la tasa puede ser propuesta por los municipios, pero se aprueba en las legislaturas locales.¹⁶

Ahora bien, una de las características del impuesto predial en Sinaloa, México, es la de buscar la aplicación del principio de progresividad tributaria a través de la determinación de rangos establecidos de forma ascendente, que buscan que aquellos bienes que cuenten con un valor catastral elevado aporten con cuotas y tasas de mayor cuantía, y en el caso de los bienes inmuebles de menor valor contribuyan en menor proporción.

Sin embargo, debemos señalar que lo anterior no significa que los bienes que se encuentren en el rango superior, por contar con un valor catastral mayor, sean los que contribuyan en mayor medida al ingreso que por concepto de predial percibe el ayuntamiento, ya que para poder analizar la distribución de la carga tributaria de dicho impuesto resulta necesario prestar particular atención al rango en que se ubican la mayoría de los bienes y su participación en el presupuesto municipal.

Así por ejemplo, según lo indica el oficio TM/508/2019 emitido por la tesorería municipal del H. Ayuntamiento de Culiacán, a solicitud de la Comisión de Hacienda Pública y Administración del H. Congreso del Estado de Sinaloa, hasta esa fecha, del total de 174,877 predios con construcción que conforman las claves catastrales de Culiacán, Sinaloa, registradas ante el Instituto Catastral del Estado de Sinaloa, el 70.29% o 126,437 de ellas corresponden a bienes inmuebles ubicados en el rango de costo de 0- 640000 pesos, siendo éstas en su mayoría las denominadas habitaciones de interés social.

Sobre este particular, de los mismos datos arrojados por el oficio en cita podemos realizar el comparativo entre el año 2018 y el año 2019, y observar con claridad un crecimiento del número de predios con construcción ubicados en el rango menor del impuesto predial en Sinaloa de 0.1 a 640 000 pesos mexicanos, ya que de un año a otro el porcentaje de claves catastrales dentro de ese rango creció del 56.10% al 70.29%, tal como se señala en el párrafo

¹⁶ Ruelas Ávila, Ignacio, “Evaluación de las características del impuesto predial en México”, *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, Santiago de Chile, núm. 12, agosto-diciembre, 2015, p. 73.

anterior, es decir, la integración de 41,070 propiedades a ese rango en un lapso de un año.

Cabe señalar que la política de desarrollo urbano para la vivienda en este municipio ha privilegiado la construcción de nuevos desarrollos ubicados en las zonas periféricas de la ciudad, promoviendo la expansión de la mancha urbana, situación que exige la redefinición del uso de suelo donde se edificarán los nuevos sectores inmobiliarios, así como una inversión considerable en materia de servicios públicos, como drenaje, acceso al agua potable, alumbrado, electricidad, parques, seguridad pública, atención hospitalaria, entre otras.

Esta situación propicia la precarización presupuestal, debido a que los posibles incrementos en la recaudación por la integración de nuevas claves catastrales trae a la par la incorporación de nuevos conceptos de gasto público, derivados de las obligaciones a cargo del ayuntamiento, que constitucionalmente se encuentran señaladas en el artículo 115.

Sobre lo anterior, Alicia Ziccardi señala que

La dotación de infraestructura y servicios básicos de la vivienda es también competencia de los gobiernos locales. Sin embargo, los gobiernos municipales muestran limitaciones institucionales y de recursos humanos y financieros para dotar de infraestructura y servicios de calidad a los nuevos y masivos desarrollos habitacionales.¹⁷

Agrega que los gobiernos municipales no han podido sortear la responsabilidad del control del uso del suelo ni contener el acaparamiento y la especulación inmobiliaria.

Por esto coincidimos con lo que a manera de síntesis comparte la autora al expresar lo siguiente:

...durante la última década se construyó mucha vivienda y poca ciudad, y en lugar de diseñarse una política sustentada en el derecho constitucional a la vivienda incluyendo a las familias que poseen menores recursos, en los hechos se generó un mercado que valorizó la masa de capital nacional e internacional que busca la obtención de una elevada tasa de ganancia. Este proceso se sustentó en un modelo de expansión territorial discontinuo, signado por la especulación en los procesos de apropiación del suelo, que afecta a zonas de

¹⁷ Ziccardi, Alicia, “Política de vivienda y municipios en México”, *Habitabilidad y política de vivienda en México*, México, UNAM, 2015, pp. 51 y 52.

origen rural, o inclusive suelo de conservación y áreas de valor ambiental, y que eleva el costo de la provisión de la infraestructura de los servicios urbanos generando negativos efectos sociales y ambientales.¹⁸

Respecto a esto, es relevante señalar que la propia Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Linfonavit), en su artículo 45, al determinar la existencia de financiamientos para la construcción de vivienda que satisfaga las necesidades de carácter social, ha establecido como principios que rigen dichos proyectos inmobiliarios el de equidad y de procuración de la desconcentración de las zonas urbanas densamente pobladas.

Esta situación en apariencia podría significar espacio y confort para los nuevos sectores urbanos, pero en la práctica no se desarrolla de esa forma, ya que al relegar a las familias de menores ingresos a sectores alejados o periféricos, incumple con el derecho a la ciudad y promueve la creación de sectores excluidos con múltiples problemas estructurales y sociales.

VIII. CONCLUSIONES

Aun cuando los programas nacionales de vivienda han planteado el derecho a la ciudad como base para la determinación de las estrategias y líneas de acción que definen la política de desarrollo inmobiliario, éstas no se han llevado a la práctica, a juzgar por lo señalado en los diagnósticos estipulados en el nuevo programa, así como los resultados que indica el informe emitido por el ayuntamiento de Culiacán, en donde se expone el crecimiento de la vivienda periférica precarizada.

Esto subsiste en gran medida debido a que las leyes que sirven de base para la determinación de esta política son contradictorias entre sí, tomando en cuenta que la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano establece el derecho a la ciudad y otros principios como fundamentos para la determinación de la política de crecimiento de la mancha urbana, y, por otro lado, la Ley de Vivienda va en contra de dichos postulados, al promover una política de incorporación de bienes inmuebles periféricos y rurales a la mancha urbana.

Estas circunstancias y los resultados aludidos afectan directamente la recaudación de los municipios, debido a que la mayor parte de los ingresos municipales propios, entendidos éstos como aquellos que provienen de im-

¹⁸ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

puestos y otros conceptos contributivos cuya recaudación es potestad constitucional de los ayuntamientos, es aportada a través de impuestos reales, los que utilizan como base tributaria el valor de los bienes inmuebles.

Lo anterior, debido a que la creación de nuevas zonas de desarrollo de vivienda e industria implica la necesidad de recursos económicos para satisfacer la nueva demanda de servicios públicos y privados, incrementando el gasto presupuestal y manteniendo la dependencia de los municipios sobre las aportaciones federalizadas.

IX. PROPUESTAS

En aras de uniformar la política de vivienda, es necesario reformar los artículos 2 y 69 de la Ley de Vivienda, para incluir en ellos el concepto de derecho a la ciudad y otros principios, homologando sus postulados con los de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

También es necesario proponer la derogación del artículo 70 de la Ley en mención, ya que establece determinaciones contrarias a las políticas de desarrollo centrificado, al promover e impulsar la incorporación de tierras rurales y ejidales a la zona urbana.

Asimismo, se debe hacer la homologación de las anteriores prerrogativas en las leyes de carácter local, en aras de dotar de mayores facultades a los ayuntamientos, para que cuenten con control suficiente sobre la planeación en el crecimiento urbano y la expedición de licencias de urbanización, de tal forma que pueda fungir como contrapeso sobre las prácticas constantes de especulación inmobiliaria y desarrollo periférico

X. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. *Bibliografía*

ALVARADO, Voltaire *et al.*, “Las ideas de sostenibilidad y equidad sobre la vivienda socia en Chile. Dos casos metropolitanos en Valparaíso y Santiago”, *Naturaleza, territorio y ciudad en un mundo global*, Madrid, UAM Ediciones, 2017.

CARRASCO IRIARTE, Hugo, *Derecho fiscal II*, IURE editores, 2011.

- ZICCARDI, Alicia, “Política de vivienda y municipios en México”, *Habitabilidad y política de vivienda en México*, México, UNAM, 2015.
- ZICCARDI, Alicia, *Derecho a la ciudad. Una evocación de las transformaciones urbanas en américa latina*, Ecuador, Flacso, 2019.

2. Hemerografía

- AGUILAR MÁRQUEZ, Israel, “Nueva gestión pública en México. La experiencia del Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores”, *Buen Gobierno*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2010.
- ALDRETE, José Antonio, “Hacia un nuevo enfoque para el estudio de la acción burocrática: la política de vivienda del Infonavit”, *Estudios Sociológicos*, México, vol. 1, núm. 2, 1983.
- ANGELCOS, Nicolás, “Luchas por el significado del derecho a la ciudad: el caso de la coordinadora «Plebiscito por la Reina» Santiago de Chile”, *EURE*, Chile, vol. 47, Issue 140, 2021.
- ARTEAGA ARREDONDO, Isabel, “De periferia a ciudad consolidada: estrategias para la transformación de zonas urbanas marginales”, *Bitácora Urbano Territorial*, Colombia, vol. 9, núm 1, enero-diciembre de 2005.
- BAZANT, Jan, “Lineamientos para el ordenamiento territorial de las periferias urbanas de la ciudad de México”, *Papeles de Población*, México, vol. 7, núm 27, 2001.
- ESPINOZA, Salvador *et al.*, “¿Por qué algunos municipios de México son mejores recaudadores de impuesto predial que otros?”, *Gestión y Política Pública*, México, vol. 27, núm. 2, 2018.
- GLEDHILL, John, “El derecho a una vivienda”, *Revista de Antropología Social*, España, vol. 19, 2010.
- LARA PULIDO, José Alberto, “Los costos de la expansión urbana: aproximación a partir de un modelo de precios hedónicos en la zona metropolitana del Valle de México”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, México, vol. 32, núm. 1, 2017.
- RUELAS ÁVILA, Ignacio, “Evaluación de las características del impuesto predial en México”, *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, Santiago Chile, núm. 12, agosto-diciembre de 2015.
- SOBERÓN MAINERO, Miguel, “Acciones del Estado en materia de vivienda”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Aspectos Jurídicos de la Vivienda*, México, año VI, núm 18, 1991.

ZARAGOZA MARTÍ, María Francisca, “City and Law: for the Recognition of de Human Right to the City”, *Architecture, City and Environment*, España, vol. 15, Issue 45, 2021.

3. *Páginas de internet*

INFONAVIT, “Atlas de abandono de vivienda”, 2015, disponible en: <https://infonavit.janium.net/janium/Documentos/67994.pdf>.

4. *Instrumentos jurídicos*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Vivienda

Ley de Ingresos del Municipio de Culiacán del Estado de Sinaloa, México, aprobada por el H. Congreso del Estado para el ejercicio fiscal 2021.

Ley del Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores

Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social

Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano

Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018

Programa Nacional de Vivienda 2021-2024

Programa Nacional de Vivienda 2014-2018

5. *Documentos públicos*

Oficio: TM/508/2019 emitido por la Tesorería Municipal del H. Ayuntamiento de Culiacán, a solicitud de la Comisión de Hacienda Pública y Administración del H. Congreso del Estado de Sinaloa.

**EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE Y COLOMBIA.
LA NARRATIVA JUDICIAL RESPECTO A LA JUSTICIABILIDAD
DEL DERECHO A LA SALUD, EN LOS ORDENAMIENTOS
CONSTITUCIONALES DE AMBOS PAÍSES***

THE RIGHT TO HEALTH IN CHILE AND COLOMBIA.
THE JUDICIAL NARRATIVE REGARDING THE JUSTICIABILITY
OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE CONSTITUTIONAL
SYSTEMS OF BOTH COUNTRIES.

LE DROIT À LA SANTÉ AU CHILI ET EN COLOMBIE.
LE RÉCIT JUDICIAIRE CONCERNANT LA JUSTICIABILITÉ
DU DROIT À LA SANTÉ DANS LES SYSTÈMES
CONSTITUTIONNELS DES DEUX PAYS.

Rodrigo Andrés POYANCO BUGUEÑO**
Édgar Hernán FUENTES-CONTRERAS***

RESUMEN: El presente artículo de identifica y compara la narrativa jurisprudencial sostenida por la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Chile en relación con la justiciabilidad directa del derecho

* Recibido el 18 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

Trabajo derivado de los resultados de los autores, respectivamente, en relación con el proyecto de investigación patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), folio PAI77190095, denominado “Estudio de la nueva jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Chile”; y de la investigación posdoctoral adelantada en la Universidad de los Andes, Chile, bajo la dirección del profesor José Ignacio Martínez Estay, y del proyecto “Constitución en tiempos de convencionalidad” adscrito a la Universidad La Gran Colombia Armenia.

** Doctor en derecho, Universidad de Santiago de Compostela (España) y profesor de derecho constitucional y político de la Universidad Finis Terrae (Chile). Correo electrónico: rpoyanco@uft.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7767-6760>.

*** Investigador posdoctoral, como becario, de la Universidad de los Andes, Chile, y profesor-investigador de la Universidad La Gran Colombia Armenia (Colombia). Correo electrónico: edherfucon@gmail.com, edgar.fuentes@miuandes.cl. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-1066-0999>.



a la salud. A partir de una metodología exploratoria, correlaciona las decisiones analizadas y encuentra puntos comunes, pese al disímil diseño constitucional de ambos países, lo cual permite sostener una hipótesis crítica en relación con los riesgos que dicho modelo decisional puede generar para la garantía de los derechos en su conjunto y la dictación de políticas sociales integrales. Así, durante tres acápite principales, se expone un marco conceptual sobre las relaciones entre los derechos a la vida y la salud; la regulación constitucional de estos derechos en cada uno de dichos ordenamientos y las modificaciones que ha sufrido su entendimiento en la narrativa jurisprudencial de los tribunales mencionados, y, por último, las reflexiones finales correspondientes.

Palabras claves: bien común, derecho a la vida, derecho a la salud, derechos sociales, políticas públicas.

ABSTRACT: This research article identifies and compares the jurisprudential narrative elaborated by the Colombian Constitutional Court and the Supreme Court of Chile in relation with the justiciability of the right to health through direct adjudication by Courts. Based on an exploratory methodology, that correlates some decisions and find common analysis points, although dissimilar constitutional design in both countries, it is possible to state some critical hypothesis. These hypotheses are related with the risks that such decisional model may generate for guarantying the concept of rights. These risks also arise in relation to the enactment of comprehensive social policies. Thus, during three main sections, the research describes a conceptual framework on the relationship between the rights to life and health; an analysis of the constitutional regulation of these rights in each system and the modifications that Court's narrative is producing over the right and social policies concepts. Finally, corresponding final reflections states our critics on the matter.

Key words: common good, right to life, right to health, social rights, public policies.

Résumé: L'objet de la présente étude est d'identifier et de comparer l'analyse jurisprudentielle soutenu par la Cour constitutionnelle de Colombie et la Cour suprême du Chili en ce qui concerne la justiciabilité directe du droit à la santé. Sur la base d'une méthodologie exploratoire, on fait la corrélation des décisions analysées et on trouve des points communs, malgré la conception constitutionnelle dissemblable de ces deux pays, ce qui permet de soutenir une hypothèse critique par rap-

port aux risques que ce modèle décisionnel peut générer vis-à-vis de la garantie des droits dans leur ensemble et l'élaboration des politiques sociales intégrales. Ainsi, au cours de trois sections principales, on propose un cadre conceptuel de la relation entre les droits à la vie et à la santé ; la réglementation constitutionnelle de ces droits dans chacun de ces systèmes et les modifications que leur compréhension a subies dans la jurisprudence des tribunaux mentionnés ; et enfin, les réflexions finales correspondantes.

Mots clés : Bien commun, droit à la vie, droit à la santé, droits sociaux, politiques publiques.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Relaciones entre el derecho a la vida y la protección a la salud*. III. *Abordaje jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia y Chile*. IV. *Acercamiento crítico a los efectos de la narrativa jurisprudencial del derecho a la salud*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que difieren en el modelo de constitucionalismo que instauran, tanto la Constitución colombiana de 1991 —en adelante CP—, de forma expresa, como la Constitución chilena de 1980 —en adelante CPR—, tácitamente, coinciden en considerar al derecho a la salud, desde una perspectiva general, como un derecho social que carece de justiciabilidad directa, y cuyo desarrollo normativo ha sido entregado especialmente a las autoridades político-representativas. Sin embargo, ello no ha impedido la creciente judicialización, a través de acciones constitucionales, del derecho a obtener medicamentos y servicios propios del acto médico de parte del Estado o de empresas de salud, desde los primeros años de vigencia de la CP y, desde 2017, respecto del Estado en Chile.¹

Bajo dicho panorama, y en uso de una metodología exploratoria, este trabajo busca establecer las coordenadas principales de este fenómeno y

¹ Vivanco Martínez, Ángela, “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 37, núm. 1, enero-abril de 2010, pp. 141-162; Martínez Estay, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre de 2010, pp. 125-166.

efectúa un estudio comparado entre la judicialización de la salud que se produce en Colombia versus la que se produce en Chile, dentro de los marcos constitucionales vigentes a 2021; concluye que ambos contextos cuentan con coincidencias que dan a entender una forma común de interpretar el constitucionalismo social, que se sobrepone al diseño constitucional de ambos países.²

Para ello, mediante el método censitario,³ se han recolectado las más importantes decisiones en materia de derecho a la salud, adoptadas tanto por la Corte Constitucional de Colombia —en su función de revisión de las acciones de tutela— como por la Corte Suprema de Chile, como juez de apelación en los recursos de protección, lo que genera un acercamiento crítico a la narrativa jurisprudencial, para así demostrar la existencia de ciertos riesgos de la garantía directa de contenidos prestacionales de los derechos a través de las decisiones judiciales, lo que lleva a una lógica de confrontación antes que de armonización de los intereses individuales y generales que deben ser atendidos por las autoridades a la hora de implementar políticas de salud.

II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD⁴

En su sentido tradicional, el derecho a la vida ha sido concebido de forma fundamentalmente negativa o abstencionista. De allí que se le haya carac-

² Karam de Chueiri, Vera y Schneider van der Broecke, Bianca M. (eds.), *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021; Yáñez Yáñez, Karla Ayerim, y Mila Maldonado, Frank Luis, “Construcción de espacios transnacionales. El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Foro*, Quito, núm. 35, enero-junio de 2021, pp. 146-168; Crawford, Colin y Bonilla Maldonado, Daniel (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2018; Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Derecho del Estado*, Bogotá, D. C., núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50; Gargarella, Roberto, “El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano»”, *Estudios Sociales*, Santa Fe, vol. 48, núm. 1, enero-junio de 2015, pp. 169-174; Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho”, *Jurídica Digital UANDES*, Santiago, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2019, pp. 13-42.

³ Fuentes-Contreras, Édgar Hernán y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), *Método(s) y derecho(s): construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para derechos y garantías*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

⁴ Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Estudios Constitucionales*, Santiago (en prensa).

terizado como una facultad para exigir la protección de la vida, como bien jurídico, frente a agresiones ilegítimas —lo que incluye el derecho a defender la propia vida y el derecho a nacer—: en otros términos, siendo un “derecho de defensa”⁵ frente a atentados que sobre el bien pudiesen recaer. Así, Núñez Poblete señala que el verdadero significado del derecho a la vida consiste en un deber⁶ o en un “no derecho”, en la terminología W. N. Hohfeld,⁷ que afecta tanto a los particulares como al Estado, y que exige el no atentar arbitrariamente contra las funciones vitales del individuo.

En consecuencia, “el «derecho a la vida» no es sino la prohibición de que alguien atente contra la vida ajena; prohibición que no genera derecho alguno”,⁸ sino que sustenta el deber ético elemental de respetar la vida.

Ahora bien, la postura tradicional entiende que este derecho “se refiere como es obvio a la vida corporal”, es decir, consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás, que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto. Siendo, por ende, un derecho natural de todo humano, por el solo hecho de serlo, y constituido a partir de un precepto natural primario: no matar, que no admite ni siquiera mutación excepcional.⁹ *Mutatis mutandis*, estas mismas consideraciones pueden extenderse al derecho a la integridad física y psíquica.

Así entendido, el derecho a la vida tiene poco que ver con la protección de la salud, al menos en un sentido restringido; esto es, como “el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.¹⁰ Una dolencia o enfermedad, si bien puede producir una afectación de las funciones del o los órganos que componen al ser humano físico, en ningún caso constituye un “atentado arbitrario” o voluntario al derecho a la vida o a la integridad física de una persona, que pueda ser imputado a alguna persona o autoridad. Ese significado restringido de salud se contrapone al sentido “amplio” del mismo

⁵ Martínez Estay, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *op. cit.*, p. 153.

⁶ Núñez Poblete, Manuel Antonio, “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida”, García-Huidobro, Joaquín *et al.*, *Lecciones de derechos humanos*, Valparaíso, Edeval, 1997, p. 51.

⁷ Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2017.

⁸ Requena López, Tomás, “Sobre el “derecho a la vida”, *Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 12, julio-diciembre de 2009, pp. 283-342.

⁹ Ugarte Godoy, José Joaquín, “El derecho a la vida y la Constitución”, *Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, núm. 3, septiembre-diciembre de 2006, p. 514.

¹⁰ Real Academia Española, “Salud”, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, noviembre de 2001, disponible en: <http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>.

concepto, que se refiere a un estado de completo bienestar físico, mental y social; no únicamente a la ausencia de enfermedades, minusvalías y dolencias, sean físicas o psíquicas.¹¹

La diferencia entre las concepciones restringidas del derecho a la vida/integridad física y psicológica y el concepto de salud se extienden a la forma en que estos derechos han sido reconocidos en la generalidad de las Constituciones contemporáneas, incluyendo las propias Constituciones colombiana y chilena. Mientras el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica son considerados como derechos de primera generación, justiciables mediante acciones constitucionales directas,¹² el derecho a la salud ha sido visto por las Constituciones —tal como otros derechos sociales—¹³ como un derecho prestacional, de justiciabilidad sólo indirecta o mediata, condicionada a las políticas sociales que adopten los poderes públicos.

Esto resulta lógico, cuando se recuerda que las cláusulas típicas del constitucionalismo social¹⁴ o las cláusulas de igualdad material¹⁵ son normas “finalistas” o aspiracionales; esto es, señalan un objetivo constitucional, pero no dicen cómo debe concretarse,¹⁶ lo que dificulta cualquier intento de otorgarles efecto jurídico directo ante su indeterminación.¹⁷ Si bien en algunos países las normas constitucionales sociales describen aquellos objetivos con más detalle,¹⁸ lo cierto es que esta clase de preceptos no agotan todos los aspectos de las decisiones políticas y técnicas imprescindibles para concretarlos. A mayor generalidad de las cláusulas, más amplio el espectro de políticas que pue-

¹¹ Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2012, pp. 332 y 333.

¹² En el caso de la CPR, el “recurso de protección” del artículo 20 y, en la CP la “acción de tutela” del artículo 86.

¹³ Glendon, Mary Ann, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, enero-marzo de 1992, pp. 519-538.

¹⁴ Por ejemplo, Ley Fundamental de Alemania, artículo 20.1; Constitución española de 1978, artículo 1.1; CP, art. 1.

¹⁵ Por ejemplo, Constitución española, artículo 9.2; Constitución italiana, artículo 3.2.

¹⁶ Otto y Pardo, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 41 y 42

¹⁷ Martínez Estay, José Ignacio, *Constitución, conceptos indeterminados y conceptos controvertidos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021; Martínez Estay, José Ignacio, “Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional”, *Derecho Político*, Madrid, núm. 105, mayo-agosto de 2019, pp. 161-196.

¹⁸ Verbigracia, la Constitución portuguesa frente al derecho al “servicio nacional de salud”, o la CPR referente a los niveles de educación gratuita de cargo estatal.

den adoptarse para lograr los objetivos constitucionales sociales.¹⁹ Por eso, numerosos tribunales se han abstenido de reconocer justiciabilidad directa a esta clase de preceptos, tanto en Europa²⁰ como en América Latina.²¹

Sin embargo, como se verá, las jurisdicciones colombiana y chilena han desechado esta aproximación, optando por avanzar hacia la adjudicación directa del derecho a la salud a través de la conexión entre este derecho y derechos de primera generación, como el derecho a la vida e integridad física y psicológica, a través de ciertos valores constitucionales, como la dignidad, e, incluso, mediante la redefinición de los propios bienes jurídicos cubiertos por éstos.²²

III. ABORDAJE JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA Y CHILE

El proceso de adjudicación directa del derecho a la salud, como se anticipó, ha estado marcado por una narrativa jurisprudencial, que en buena parte parece coincidir en los contextos pese a sus distancias geográficas y la diferencia entre los propios diseños constitucionales. De tal modo, en el presente acápite se expone cómo ha sido construida dicha narrativa en Colombia y, en segundo momento, en Chile, para apreciar sus similitudes, tal como sigue:

1. *La judicialización de la salud en el contexto colombiano*

Desde 1991, la comprensión de los derechos a la vida y a la salud en Colombia está mediada por el diseño constitucional de un Estado social de dere-

¹⁹ Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXIII, enero-diciembre de 2017, pp. 327-347.

²⁰ Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia *Numerus Clausus*, 1972 (BVerfGE 33, 303); en Italia, las sentencias Rol núm. 36/2000 (03/02/2000) y 3/2010 (11/01/2010) de la Corte Constitucional; en España, el Tribunal Constitucional mediante STC 80/1982, STC 189/1987, SSTC 30/1988, SSTC 31/1988, SSTC 32/1988 y SSTC 33/1988; en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Airey v. Ireland*.

²¹ En Brasil, STA 91/AL (ALAGOAS) de 26/02/07; en Colombia, la sentencia T-586/1999 de la Corte Constitucional; y, en Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol núm. 0011-2002-AI/TC, de 10 de junio de 2002.

²² Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.

cho, según el artículo 1o., CP, y, además, por los fines del Estado, artículo 2o., CP, donde se incluyen, entre otros, el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y el deber de las autoridades, de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.²³

En cuanto a los derechos en examen, el artículo 11, ubicado en el título II, capítulo 1 (“De los derechos fundamentales”), reconoce al derecho a la vida como un derecho inviolable, y prohíbe la pena de muerte, mientras que el derecho a la salud, por su parte, se presenta con una doble faz: por una parte, en el mismo título II, sólo que en el capítulo 2 (“de los derechos sociales, económicos y culturales”), el artículo 49, CP, alude a la atención en salud como un servicio público y como derecho referente al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [de cualquier forma, dejando a la ley los aspectos referidos a la atención básica para todos los habitantes, de carácter gratuito y obligatorio]. Ahora, por la otra, se incluye la consignación explícita de la salud como derecho fundamental para los niños, en el artículo 44, CP.²⁴

Pues bien, como puede verse, la referencia inicial a la salud como “servicio público” implica la voluntad del constituyente colombiano de dejar el desarrollo de este derecho, al menos primariamente, en manos de las autoridades político-representativas antes que a de los jueces, conclusión que se refuerza con el precepto del artículo 85, CP, en donde no se incluye a dicho derecho dentro de la categoría de derechos de aplicación inmediata. En otras palabras, deja a la salud, en principio, por fuera de los derechos justiciables de modo directo mediante la acción de tutela, la cual fue diseñada para garantizar los derechos fundamentales, como quedó dicho en el artículo 86, CP.

²³ Conjunto a ello, no pueden dejarse de lado disposiciones como los incisos 2 y 3 del artículo 13 CP, donde se integra, como derecho, la igualdad material. *Cfr.* Parra Dussan, Carlos, *El derecho a la igualdad en nuestro Estado social*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005; Mendieta, David y Tobón, Mary Luz, “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, vol. 10, núm. 3, septiembre-diciembre de 2018, pp. 278-289.

²⁴ “El derecho a la salud tiene como fundamento constitucional los artículos 1o. (dignidad humana), 11 (vida), 13 (igualdad); y su desarrollo en los artículos 48 (seguridad social), 49 (la salud como servicio público a cargo del Estado), 50 (atención a los niños menores de un año) y 366 (mejoramiento de la calidad de vida). De esa manera, la Carta Política de 1.991 consagra la salud como un derecho fundamental del niño (artículo 44) y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso se garantiza a todas las personas”. Corte Constitucional Colombia, sentencia T-116/1993.

No obstante a lo anterior, la Corte Constitucional, desde sus primeros años, ha reconocido que la identificación de los derechos fundamentales no se basa solamente en criterios formales, sino que señaló que existían los siguientes criterios:

TABLA 1
CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL MARCO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO, A PARTIR DE 1991

Criterios de distinción de los derechos fundamentales	Analíticos	Consagración expresa	Cuando el constituyente los señaló de tal forma, incluyendo el carácter de aplicación inmediata.
		Remisión expresa	Vinculado con el artículo 93, CP, dado que allí existe una remisión a disposiciones internacionales, y algunas de ellas consagrarán derechos con garantías especiales.
		Conexión directa con derechos expresamente consagrados	Se presentan cuando hay derechos que no son expresamente consagrados como fundamentales, pero tiene conexión con derechos que sí cuentan con dicha designación, y el desconocimiento de ello podría poner en riesgo a derechos fundamentales.
		Carácter de derecho inherente a la persona	Relacionado con el artículo 94, CP, implica que no todos los derechos fundamentales están consagrados, pero se pueden extraer de normas constitucionales o surgir de las realidades sociales que escaparon al momento de crear la obra constitucional.
	Fácticos	Importancia del hecho	A partir de las normas y hechos, el operador debe construir una interpretación razonable para la protección de la carta política y los valores constitucionales del preámbulo.
		Carácter histórico	Dado que no todos los derechos fundamentales han sido reconocidos de tal manera en todos los tiempos ni colectividades, el derecho fundamental depende también de la visión que tiene la sociedad en la que se discute.

FUENTE: creación propia, basado en la sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional.

Estos criterios sirvieron de sustento para que la Corte Constitucional introdujera diferentes elementos para la judicialización del derecho a la salud, teniendo como especial referencia la existencia de un “Plan Obligatorio de Salud” o, por sus siglas, POS, el cual debía ser suministrado por las entidades promotoras de salud —EPS—, mediante el pago, por parte de cada afiliado, de la unidad de pago por capitación, que dependía de las características socioeconómicas de la población beneficiaria. Precisamente, a partir de la ley 100 de 1993, que estableció el sistema integral de seguridad social, y dentro de él, el sistema de salud, se dictaron las regulaciones de un POS para el régimen contributivo y otro para el subsidiado.

Fue esta configuración legislativa la que llevó a muchos a exigir, en esencia, la prestación y/o entrega de elementos propios del acto médico que estaban excluidos de los POS, a través de la acción de tutela, situación que a la postre permitió a la Corte Constitucional, en desarrollo de la función contemplada en el artículo 241.9, CP, revisar esas acciones desde 1992:²⁵ generando diversas técnicas para convertir al derecho a la salud en un derecho directamente justiciable. Esto es: *a)* en situaciones de “conexidad”; *b)* en sujetos de especial protección; *c)* en relación con su contenido esencial; *d)* de conformidad con su reconocimiento como fundamental, mediante ley estatutaria.

Respecto a la tesis de la conexidad, ésta fue una técnica prevalente durante los primeros años de esta jurisprudencia. En esos primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional sostuvo que derechos sociales como la salud podrían obtener una protección judicial, mediante la acción de tutela, cuando la negativa de la prestación del servicio implicara un riesgo inminente o una puesta en peligro efectiva de los derechos fundamentales,²⁶ teniendo como primer pronunciamiento en esa dirección la sentencia T-491/92.²⁷ Adicionalmente, lo mismo sucedía cuando, en opinión de la Corte, los medicamentos o servicios solicitados permitían lograr la dignidad humana e imponían, en con-

²⁵ Entre otros: T-402/1992, T-426/1992, T-484/1992, T-487/1992, T-548/1992, T-571/1992.

²⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada”, en Cervantes Alcayde, Magdalena *et al.* (eds.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, UNAM y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 65-89; Lário do Valle, Vanice Regina, “Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective”, *Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, núm. 2, mayo-agosto de 2014, pp. 67–102.

²⁷ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-491/1992.

secuencia, un derecho subjetivo,²⁸ todo lo cual contribuyó a una amplia concepción del bien jurídico de la “salud”, tal como la define el mismo Tribunal:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.²⁹

Así, la consecuencia directa de este vínculo entre el derecho a la salud, el derecho a la vida³⁰ y la idea de dignidad permitió la posibilidad de obtener por la vía judicial una amplia variedad de bienes y servicios no comprendidos en los POS,³¹ incluyendo algunos de precios elevados y la financiación en el exterior de tratamientos que no se encuentran disponibles en Colombia.³²

Al lado de esta posición se encuentra aquella que reconoce el carácter fundamental del derecho respecto de poblaciones de especial protección,³³ iniciando con la niñez desde la sentencia T-402 de 1992, en los siguientes términos:

Algunos derechos, por ser inherentes a la persona humana son fundamentales (v. gr. derecho a la vida, libertad de locomoción etcétera). Otros, no son fundamentales para algunas personas, pero sí para otras que se encuentran en circunstancias específicas u ostentan determinada condición: es el caso del derecho a la salud que, no siendo inherente a la persona, tampoco es derecho fundamental ni tiene aplicación inmediata, pero que, tratándose de los niños, sí adquiere carácter fundamental (CP, artículos 44 y 50).

²⁸ Cortés Nieto, Johanna del Pilar *et al.*, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 9, julio-diciembre de 2007, pp. 109-141.

²⁹ Corte Constitucional Colombia, sentencia C-313/2014.

³⁰ Corte Constitucional Colombia, sentencias T-16/2007, T-760/2008.

³¹ Para efectos de los supuestos de hecho en los que procedía la acción, véanse, entre otras, T-1204/2000, T-1083/2006, T-760/2008, T-613/2012, T-512/2016.

³² Un resumen de la posición del tribunal, véase la sentencia T-279/2017.

³³ Yamin, Alicia Ely *et al.*, “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud: ¿una promesa difícil de cumplir?”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, pp. 127-157.

Debido a su condición de debilidad manifiesta, e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente, los niños requieren una protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad.³⁴

Empero, no fue la única población a la cual se le reconoció un “derecho fundamental” a la salud. Entre las diferentes apreciaciones y abordajes de la Corte Constitucional de Colombia, se ampararon, entre otras, los siguientes grupos poblacionales:³⁵

TABLA 2
EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DIRECTO EN POBLACIONES DE ESPECIAL PROTECCIÓN, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA



FUENTE: creación propia.

³⁴ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-402-92.

³⁵ Sentencias T-111/2003, T-859/2003, T-760/2008, T-1087/2012, T-174/2013, T-405/2014. De manera reciente, por la pandemia, se ha reiterado la posición frente a la situación de migración y la protección de su derecho a la salud, sobre el tema véase Rivas-Ramírez, Daniel y Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Los migrantes irregulares en Colombia ante la crisis del Covid-19 ¿Los últimos en lista?”, *Dereitos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória Editora, 2021, pp. 178-197.

Más allá de las anteriores técnicas, pasados los años, la Corte terminaría reconociendo al derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, tal como manifestó en la sentencia T-859 de 2003.³⁶

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado —Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias—, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas —contributivo, subsidiado, etcétera—.³⁷

El cambio generado condujo a que el propio tribunal criticara su doctrina de la conexidad como “artificiosa”, aun en el tema de prestaciones excluidas de los planes de salud oficiales y privados, o de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14.³⁸ Así, en lugar de determinar si el derecho a la salud era susceptible de protección mediante tutela en un caso determinado, la preocupación del tribunal se dirigió a establecer cuáles aspectos de los derechos fundamentales de la salud eran exigibles, ya fuera en lo inmediato, ya con sujeción a una realización progresiva,³⁹ lo que llevó a rezagar la distinción entre derechos. Como resume Uprimny Yepes:

...si la esencia del constitucionalismo es proteger la vida digna, entonces no tiene sentido hacer la distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, pues todos son indispensables para asegurar la dignidad y la libertad de las personas...⁴⁰

³⁶ Sentencias T-060/2007, T-148/2007, T-760/2008, T-815/2012, T-931/2012, T-314/2016, T-239/2017.

³⁷ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-859/2003.

³⁸ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-760/2008.

³⁹ “La Corte reconoce actualmente a la salud como un derecho fundamental autónomo del cual, debido a los limitados recursos con los que cuenta el Estado, se derivan dos tipos de obligaciones: (i) el de inmediato cumplimiento y (ii) las de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho. En concordancia con lo anterior, este Tribunal ha expresado que el derecho a la salud debe protegerse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política”. Corte Constitucional, Colombia, sentencia T-104/2010.

⁴⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

Atendiendo este desarrollo jurisprudencial, los derechos sociales terminarían convirtiéndose en una de las materias más litigadas en la jurisdicción constitucional colombiana, principalmente en materia de salud y seguridad social, lo que llevó a dictar diversas leyes⁴¹ para atender lo exigido por las decisiones de la Corte Constitucional, tales como los de universalidad y progresividad —que venían orientándose como rectores—, además de la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud, según la referencia dada por las obligaciones internacionales que ha adquirido el país,⁴² bajo el concepto de bloque de constitucionalidad.⁴³ A estos principios y obligaciones se sumaron una serie de órdenes que dictó el tribunal, de carácter muy técnico y detallado, describiendo los problemas y señalando las soluciones respectivas, para atender a lo que denominó como un “estado de cosas inconstitucional”.⁴⁴

En ese marco, el legislador terminaría aludiendo al derecho a la salud mediante la ley estatutaria 1751 de 2015, en los siguientes términos: “Artículo 2o. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

⁴¹ Entre ellas, Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Acto legislativo 2 de 2009, Ley 1384 de 2010, Ley 1414 de 2010, Ley estatutaria 1751 de 2015, Ley 1769 de 2015, Ley 1805 de 2016.

⁴² T-1228/2005, T-585/2012.

⁴³ Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.

⁴⁴ Con la sentencia T-025/2004 y los autos de seguimiento posteriores, la Corte utilizó la doctrina del “estado de cosas inconstitucional” para dictar una serie de órdenes a diversos órganos públicos, relacionadas con las políticas destinadas a atender las necesidades de la Población Internamente Desplazada por la guerrilla. *Cfr.* Fuentes-Contreras, Édgar Hernán *et al.*, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, Bogotá, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre 2014, pp. 41-64.

Esta declaración, por parte del Congreso de la República,⁴⁵ terminó abriendo una nueva etapa en las decisiones de la Corte, por lo menos en lo formal.⁴⁶ a la vista del tribunal, esta reforma legal era una reiteración de su doctrina, como lo expresó al momento de revisar el proyecto de legislación correspondiente mediante la sentencia C-313 de 2014:

Por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues, como se anotó en el apartado dedicado a describir los varios momentos del derecho fundamental a la salud, ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo.

Para la Sala, está suficientemente decantado el carácter autónomo del derecho y la procedibilidad de la tutela encaminada a lograr su protección, garantía y respeto efectivo.⁴⁷

Dicha determinación tuvo que adaptarse al establecimiento de nuevas herramientas para la comprensión del sistema integral de seguridad social en salud: como la modificación de los POS para la implementación de un Plan de Beneficios en Salud, que buscó igualar las prestaciones relacionadas con el derecho sin distinción entre regímenes de los beneficiarios, y la atribución a la Superintendencia Nacional de Salud funciones jurisdiccionales para atender los temas relacionados sobre el derecho.⁴⁸

⁴⁵ Torres Corredor, Hernando y Colorado Acevedo, Diana del Pilar, *El derecho fundamental a la salud: retos de la ley estatutaria*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020; Gómez-García, Carlos A. y Builes-Velásquez, Alejandro, “El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 48, núm. 128, enero-junio de 2018, pp. 135-167.

⁴⁶ Otálvaro Castro, Gabriel Jaime *et al.* (eds.), *El derecho fundamental a la salud en Colombia en el siglo XXI. Una aproximación interdisciplinaria*, Medellín, Universidad de Antioquia y Personería de Medellín, 2019.

⁴⁷ Posterior a ella, desatan sentencias sobre la obligación de suministrar los servicios de transporte, alojamiento, alimentación y acompañamiento (T-414/2016, T-405/2017, T-069/2018, T-288/2020) y sobre el derecho a ser atendido oportuna, continua e integralmente, de suerte que pueda gozar del nivel más alto de salud (T-196/2018, T-232/2020).

⁴⁸ Para comprender la posición de la Corte sobre los límites de dicha función, véanse, entre otras, las sentencias SU-124/2018 y T-245/2020.

Sin embargo, esta evolución legal no logró la disminución de las demandas,⁴⁹ dado que los usuarios siguieron prefiriendo los tribunales, pues éstos eran más rápidos y, virtualmente, siempre daban la razón a los accionantes.⁵⁰ Tampoco parece haber constituido una limitante real para que la Corte Constitucional siguiera actuando como una verdadera agencia que elabora políticas para resolver un determinado problema social, pasando incluso por su implementación y fiscalización.⁵¹ Destaca, por ejemplo, la creación de indicadores; la dictación de órdenes detalladas al gobierno sobre creación de programas básicos y una burocracia que los atienda; la realización de audiencias públicas periódicas en las que se solicita la opinión de los grupos de la sociedad civil y organizaciones gubernamentales sobre la cuestión a resolver;⁵² decisiones de seguimiento y la creación de salas especializadas en la materia.⁵³

Como puede verse, entonces, la Corte Constitucional colombiana, en la práctica, ha transformado al derecho a la salud —al menos en determinadas situaciones—, de un derecho prestacional de justiciabilidad mediata o diferida, a un derecho de justiciabilidad inmediata, tal como si fuera un derecho de primera generación. Se verá a continuación cómo la Corte Suprema chilena ha comenzado a transitar el mismo sendero.

⁴⁹ Gañán Echavarría, Jaime León, “Barrera de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la salud”, en Sepúlveda Aguirre, Jovany (comp.), *Derecho, sociedad y justicia para el desarrollo*, Medellín, Coruniamericana, 2020.

⁵⁰ Landau, David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 53, núm. 1, enero-marzo de 2012, pp. 190-247; Julio Estrada, Johann *et al.*, “El índice de acceso efectivo a la justicia como una herramienta para el diseño de políticas públicas, de cara al ODS 16”, en Correa Henao, Magdalena *et al.* (eds.), *2020-2030: Disminución de la pobreza y la desigualdad ¿La década de la esperanza? Estudios desde el derecho público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

⁵¹ Ministerio de Salud y Protección Social, “Cumplimiento del sector salud a las órdenes de la Corte Constitucional”, disponible en: https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/Victimas_Cumplimiento_Corte_Constitucional.aspx.

⁵² Landau, David, *op. cit.*, pp. 434-437.

⁵³ Parra Vera, Óscar, “Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada”, *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y otro, 2012, pp. 85-145.

2. *La judicialización de la salud en el contexto chileno*

Bajo el esquema impuesto por la CPR,⁵⁴ las garantías previstas para la protección de los derechos constitucionales no buscan tanto afirmar la acción del Estado en materia de derechos sociales —aunque tampoco la impiden—, sino asegurar la presencia y actividad de los particulares en cuestiones relativas a educación, salud y seguridad social, así como asegurar la libertad de elección de los ciudadanos entre los sistemas público y privado.⁵⁵

Por ello, la CPR carece de un principio de Estado social, y otorga destacada importancia al principio de subsidiariedad —determinante en la regulación de los derechos sociales—, y a la protección de los cuerpos intermedios de la sociedad. El listado de derechos expresamente reconocidos por la CPR se encuentra en el artículo 19, ubicado en el capítulo III de la Constitución. En sus 26 numerales se reconocen, de forma mayoritaria, derechos civiles y políticos clásicos —entre los que destacan las libertades—, derechos laborales tradicionales y, finalmente, tres derechos sociales prestacionales: el derecho a la protección de la salud (artículo 19.9), el derecho a la educación (artículo 19.10) y el derecho a la seguridad social (artículo 19.18). Estos últimos carecen de justiciabilidad directa, salvo en sus aspectos de libertad, al no proceder respecto de ellos el denominado “recurso de protección”, acción constitucional que se tramita ante los tribunales superiores de justicia,⁵⁶ y que es equivalente a la tutela colombiana o al amparo español.

Lo anterior tiene como consecuencia que, en principio, y de acuerdo con el diseño original de esta Constitución, no es posible exigir prestaciones sociales mediante acciones constitucionales directas, con base exclusiva en lo dis-

⁵⁴ En el momento en que se escribe este artículo, se acaba de dar inicio en Chile al proceso constituyente, siendo uno de los puntos en discusión, precisamente, la inclusión o no en la nueva carta fundamental, de un principio de Estado social y de derechos sociales con una protección aumentada.

⁵⁵ Bertelsen Repetto, Raúl, “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 14, núm. 1, pp. 49-62; Guzmán, Jaime, “Intervención de Guzmán sobre indefinición del gobierno acerca del papel del Estado”, *Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 320a., Ordinaria. Sesión 15a.*, 10 de julio de 1990, disponible en: <https://bit.ly/3aEnODQ>.

⁵⁶ No obstante que Chile cuenta con un Tribunal Constitucional —que sería el equivalente de la Corte Constitucional colombiana—, el hecho de que en Chile el recurso de protección sea conocido por los tribunales superiores de justicia, y no por aquél, obliga a hacer la comparación considerada en este artículo, entre la jurisprudencia sobre derecho a la salud de la Corte Suprema de Justicia chilena y la de la Corte antes referida.

puesto por la carta fundamental, ni siquiera respecto de los derechos sociales prestacionales reconocidos en ella.

Ahora, como se anticipó, uno de los derechos sociales reconocidos en la CPR es el derecho a la protección de la salud (artículo 19.9).⁵⁷ Éste garantiza a todas las personas “el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. El Estado tiene a su cargo “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”, y debe garantizar su ejecución⁵⁸ (incisos 2, 3 y 4). Pero, además, la Constitución reconoce el derecho de las personas “a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado” (inciso 5).

El principal efecto de esta regulación constitucional consiste en asegurar la intervención de los particulares, en pie de igualdad con el Estado, en la prestación de servicios de salud a la población.⁵⁹ De esta manera, junto al sistema público de salud, a cargo del Fondo Nacional de Salud (Fonasa),⁶⁰ en Chile opera el sistema de las Instituciones de Salud Previsional, o Isapres, que funciona bajo la lógica de seguros individuales de salud.⁶¹ La libertad de las personas para escoger entre el sistema público o privado de salud —inciso

⁵⁷ La anterior Constitución chilena, de 1925, establecía, dentro del derecho a la seguridad social del numeral 16 del artículo 10, el derecho a la atención médica, el deber del Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país y la existencia de un servicio nacional de salud.

⁵⁸ Sobre el concepto de “acciones de salud” en el ordenamiento chileno, véase el artículo 131 D. F. L. núm. 1, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley núm. 2.763 de 1979 y de las Leyes 18.933 y 18.469. *Cfr.* García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo, *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2014.

⁵⁹ En otras palabras, el sistema privado de salud no es en Chile un simple seguro contra contingencias que complementa al sistema público, sino que puede reemplazarlo, en su totalidad, respecto de aquellas personas que deseen atenderse en exclusiva en el sistema privado. *Cfr.* Sojo, Ana, “Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas”, *Ciência & Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 16, núm. 6, junio de 2011, pp. 2673-2685.

⁶⁰ La regulación de los deberes impuestos al Estado, y del derecho recién mencionado, descansa en la actualidad de manera particular en el precitado D. F. L., núm. 1, de 2005.

⁶¹ La relación entre las personas y las ISAPRE es de carácter contractual, según se desprende del art. 184 del D. F. L., núm. 1 de 2005, y la libertad de las partes está regulada y limitada por una serie de condiciones y prohibiciones, que incluyen mecanismos para limitar las alzas de los precios de los planes de salud (véase artículo 199 del mismo texto legal). Esto no ha impedido una abundante litigación ante el Tribunal Constitucional y los tribunales superiores de justicia respecto del tema del reajuste de los precios respectivos.

final del artículo 19.9, es el único aspecto de este derecho que se encuentra amparado jurisdiccionalmente mediante el recurso de protección.

Cabe aclarar que, como es lógico, esta regulación constitucional no impide la participación del Estado o de sus organismos en la prestación de servicios de salud, o en la dictación de políticas o programas públicos —algunos, con importante financiamiento estatal— en beneficio de toda la población.⁶² Un ejemplo de ello es el sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo (Ley 20.850, de 2015, conocida coloquialmente como “ley Ricarte Soto”, en honor a un conocido personaje de televisión, que la inspiró), que regula el apoyo financiero estatal para tratamientos de salud cuyos costos son catastróficos para el paciente.

El fondo previsto en el artículo 12 de la ley, reglamentado por el Decreto 1.618 del Ministerio de Hacienda, del 27 de octubre de 2015,⁶³ financia el 100% del diagnóstico o medicamento en favor de aquellos beneficiarios que tengan alguna de las patologías cubiertas por la ley, siendo irrelevante el sistema previsional de salud o la situación socioeconómica del paciente. En todo caso, los recursos públicos que pueden destinarse a este tipo de políticas son limitados, lo que obliga a una rigurosa selección de las patologías y tratamientos a financiar.⁶⁴ El objetivo es que dicho Fondo sea autosustentable, y, por tanto, la estabilidad de éste es vital para su operatividad.⁶⁵

⁶² El sistema público de salud contempla también aranceles diferenciados, en función del ingreso de los usuarios, aunque el subsidio estatal a su financiación hace que los valores sean notoriamente más bajos que los del sistema privado de salud. Por otro lado, en Chile también existe el sistema AUGE-GES, que es un conjunto mínimo de prestaciones aseguradas que debe entregarse tanto en el sector público como en el privado.

⁶³ El Fondo tiene naturaleza de un fondo mancomunado de recursos, que incluye aportes fiscales, privados e internacionales, y la rentabilidad e intereses que genere la inversión de los propios recursos del Fondo. La Dirección de Presupuestos (Dipres) de Chile informaba, en septiembre de 2018, que el fondo ascendía a la suma de 179.570 millones de pesos chilenos (unos 245 millones de dólares). Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, *Serie Constitucional*, febrero de 2019, disponible en: https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/#_ftn12.

⁶⁴ Para que un diagnóstico o tratamiento esté garantizado por la Ley Ricarte Soto, se deben cumplir una serie de procedimientos y requisitos establecidos en los artículos 5 al 9 de la ley.

⁶⁵ Observatorio Judicial, *op. cit.* Por esta razón, la Ley Ricarte Soto establece un límite de gastos anuales (artículo 9o.) y limita el financiamiento a los medicamentos o diagnósticos de alto costo que estén recogidos en un decreto supremo firmado por los ministros de Salud y de Hacienda (en la actualidad, el Decreto Supremo núm. 2, del 8 de junio de 2019, que determina los diagnósticos y tratamientos de alto costo con sistema de protección financiera de la ley 20.850).

La precitada regulación constitucional y legal resulta fundamental para entender la evolución de la jurisprudencia que estudiaremos a continuación, que se refiere al sistema público de salud (Fonasa). En ella, la Corte Suprema ha transitado desde una etapa deferente con las decisiones del legislador en materia de políticas de salud, hasta una nueva jurisprudencia marcadamente activista.⁶⁶

Precisamente, durante mucho tiempo, la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena parecía concordar con una concepción restringida de los derechos a la vida e integridad física y psíquica, y la falta de relación entre estos derechos y el derecho a la protección de la salud. De esta manera, sentenció que el recurso de protección sólo protegía, dentro del derecho a la protección de la salud, el derecho de elección de las personas en el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado; que el derecho a la vida e integridad física o síquica apunta a proteger sólo las conductas que ponen en riesgo y en peligro la vida humana; que el peligro a la vida derivado de una enfermedad no entra en ese supuesto ni es imputable a autoridad alguna;⁶⁷ o que la acción no podía fundarse en una presunta lesión al derecho a la vida, cuando en verdad lo que se pretendía era obtener una prestación de salud, cuestión que queda fuera de tutela judicial, en virtud del artículo 199.⁶⁸

Sin embargo, a partir de la sentencia de la Corte Suprema, Rol 43.250-2017, ese tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencial compuesta por diferentes pronunciamientos, en los que el problema a resolver es de una naturaleza similar: una persona recurre de protección reclamando por la negativa de los servicios públicos de salud⁶⁹ a financiar medicamentos de alto costo, en situaciones de enfermedades poco usuales. Las razones opuestas por los cita-

⁶⁶ En extenso, véase Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, *op. cit.*

⁶⁷ Corte Suprema chilena, sentencias Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud, considerando 7o.; Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte, de 26 de marzo de 2002, considerando 8o.; Rol 6894-2009, Barriga Aguilera y otros contra Ministerio de Salud, 2 de noviembre de 2009, considerando 8o.; Corte Suprema, Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, 16 de diciembre de 2009; Rol 31.897-2014, JLCT con Ministerio de Salud, 22 de diciembre de 2014, considerando 6o.

⁶⁸ Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, *op. cit.*

⁶⁹ En Chile, los organismos encargados de la prestación de los servicios de salud, o de diseñar las políticas respectivas, son el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Salud Pública, los servicios de salud regionales, el Fondo Nacional de Salud y, en ocasiones, los hospitales públicos que atienden a los recurrentes.

dos servicios son variadas: la falta de legitimidad jurídica pasiva de la entidad recurrida para hacerse cargo de la solicitud; la falta de *stock* del medicamento en las bodegas del servicio; la inexistencia de financiamiento o de normativa que autorice al servicio a efectuar el dispendio solicitado por el recurrente; la falta de eficacia comprobada del medicamento, etcétera. En no pocos casos, la razón ha consistido en que algunas de las características antes mencionadas —el altísimo costo,⁷⁰ la baja eficacia,⁷¹ o ambos— no han permitido al medicamento superar la etapa de evaluación necesaria para incluirlo dentro del mecanismo de la antes citada ley 20.850. Tampoco han faltado menciones a un eventual perjuicio a terceros, en caso de darse lugar a la demanda.⁷²

Llevada la negativa de los organismos públicos a la Corte Suprema, a través del recurso de protección, empero, ésta ha considerado que esa decisión denegatoria pone en peligro, de manera arbitraria, la vida o la integridad física de los recurrentes. Las diversas y a menudo interconectadas razones opuestas por los servicios de salud son subsumidas por la Corte Suprema en una sola: la injustificada inexistencia de financiamiento (o de un procedimiento administrativo para lograrlo) respecto del tratamiento o medicamento solicitado. En la práctica, los razonamientos de los servicios públicos recurridos son reducidos por la Corte a “miramientos”, esto es, argumentos meramente económicos o administrativos, que no pueden prevalecer contra la normativa de rango constitucional que ese tribunal estima vulnerada en esta situación.

A esta verdadera reducción argumental se agrega una afirmación, en apariencia irrefutable: la supremacía jurídica que favorece a la regulación constitucional del derecho a la vida se impone por sobre la normativa legal o reglamentaria que gobierna el financiamiento o provisión de los mecanismos requeridos. En un considerando que ha pasado a transformarse en un considerando “molde” o “tipo”, el máximo tribunal señala que

⁷⁰ Así sucedió, por ejemplo, en el considerando 2o. de la sentencia de la Corte Suprema Rol 92.151-2020, 27 de agosto de 2020. Fonasa explica que el tratamiento con el medicamento “Nusinersen” no logró entrar a la etapa de evaluación, ya que el tratamiento en cuestión supera con creces la disponibilidad del fondo de la citada ley.

⁷¹ Informe de Fonasa, transcrito en la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol ICA 3.459-2018, Elvira Jazmín Fuentealba Castro por Ignacio León Alfaro Fuentealba con Hospital Las Higueras de Talcahuano y Otro, confirmada por la Corte Suprema en su sentencia Rol 22.960-2018, 28 de noviembre de 2018.

⁷² Sentencias de la Corte Suprema Rol 8.523-2018, considerando 4o.; Rol 17.043-2018, considerando 7o.; y Rol 2.494-2018, que confirma en todas sus partes la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol ICA 5.846 – 2017, considerando 10o.

...es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos.⁷³

Este criterio suele citarse con apoyo en alguna o varias de las siguientes sentencias, presentadas como *leading cases* de este razonamiento: los roles de Recurso de Protección 43.250-2017, 8523-2018, 2494-2018, 17.043 de 2018, y 27.591-2019.⁷⁴ También destaca la alusión estándar al argumento de supremacía constitucional.⁷⁵ Además, en algunos casos la alusión al derecho a la vida ha sido reforzada acudiendo a tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile⁷⁶, en particular cuando el caso dice relación con menores, en virtud del interés superior del niño y sus derechos.⁷⁷

De esta manera, en Chile se ha alterado de forma radical el entendimiento del derecho a la protección de la salud, en principio carente de justiciabilidad directa, para convertirlo en un derecho exigible, en determinadas circunstancias, a través de la acción constitucional de protección.⁷⁸

⁷³ Corte Suprema, Rol 17.043- 2018, considerando 8o. *Cfr.* Dirección de Estudios Corte Suprema, “Protección del derecho a la vida e integridad física y psíquica frente a la denegación de cobertura de medicamentos: Análisis de jurisprudencia”, *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema*, Santiago, diciembre de 2019, disponible en: <https://cutt.ly/Zmsm8Ep>.

⁷⁴ Véanse sentencias de la Corte Suprema Roles 25.009-2018, considerando 8o.; 11.195-2020, considerando 10o.; 33.083 – 2020, considerando 8o.; 62.945-2020, considerando 7o.

⁷⁵ Sentencias de la Corte Suprema, Rol 11.195-2020, considerando 10o.; Rol 33.083 – 2020, considerando 8o.; Rol 69.806-2020, considerando 9o.

⁷⁶ Véanse ejemplos jurisprudenciales que se refieren tanto al artículo 4o. de la Convención Interamericana, o al artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, en: Dirección de Estudios Corte Suprema, *op. cit.*

⁷⁷ Así, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema: Roles 25.161-2018, considerandos 8o.-9o.; 11.195-2020, considerandos 8o.-9o.; 33.083–2020, considerandos 7o. y 8o.

⁷⁸ El Tribunal Constitucional de Chile había expresado una aproximación similar en una serie de fallos relacionados con la legislación de ISAPRES (sentencias roles 976, 1218, 1273, 1287 y 1770).

IV. ACERCAMIENTO CRÍTICO A LOS EFECTOS DE LA NARRATIVA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD

Como puede notarse, los tribunales de Colombia y Chile aquí estudiados observan que el derecho a la salud puede tener justiciabilidad directa en determinadas circunstancias, alterando la concepción dogmática tradicional respecto de estos derechos. No obstante, esto acarrea una serie de consecuencias que, dada la similitud, merecen un análisis conjunto, según lo que se señalará a continuación:

1. *La redefinición del derecho a la vida/integridad física y psíquica*

Valorar que la negativa a otorgar un determinado medicamento o tratamiento médico vulnera los derechos a la vida o a la integridad física implica una redefinición —tácita de Chile, y expresa en el caso de la Corte Constitucional colombiana— tanto de los derechos a la vida e integridad física o psicológica y la salud como de las relaciones que se traban entre ellos.

Desde esta óptica, el derecho a la vida ha dejado de ser un derecho que sólo protege a su titular de agresiones injustificadas de terceros, para pasar a uno que protege contra determinadas contingencias de salud que, según estimen los tribunales, pongan en peligro esa vida. Por eso, este derecho exige conductas prestacionales activas del Estado o de particulares, si se invoca contra prestadores privados de salud.⁷⁹

Por otro lado, dicha “redefinición” termina otorgando al concepto de vida un sentido “sustantivo” más cercano al entendimiento de la vida como “calidad de vida”. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede afirmarse del derecho a la integridad física y psicológica.

2. *¿Deben los jueces suplir a las autoridades político-representativas?*

Usualmente se argumenta, tanto en Chile como en Colombia, que las autoridades político-representativas no están cumpliendo con su encargo constitucional de materializar las disposiciones constitucionales que se refieren a

⁷⁹ Julio Estrada, Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y el Estado*, México, UNAM y otros, 2002, pp. 267-296.

materias económicas y sociales.⁸⁰ Empero, aunque esto fuera cierto, ello no habilita, del todo, a los tribunales a intervenir en las políticas envueltas en los derechos sociales.

Dichas políticas, lejos de reducirse a un enunciado constitucional o, incluso, a una cuestión puramente presupuestaria, son decisiones cuya materialización involucra complejas cuestiones sanitarias, técnicas y hasta ideológicas, que están lejos de poder ser aquilatadas por un juez.⁸¹ Ello explica, entre otros factores, que en los propios países cuyas Constituciones ejemplificaron por primera vez el Estado social de derecho, su resolución sea una cuestión entregada a las autoridades político-representativas, especialmente dotadas en términos jurídico-competenciales y técnicos, para procesar las demandas de naturaleza económica o social que efectúe la población.

Por ende, las cuestiones envueltas en la justiciabilidad de estas prestaciones no pueden ser zanjadas mediante la reducción del argumentario de los servicios públicos recurridos a una cuestión de costo de los bienes demandados.

Por su parte, la evaluación acerca de si existe o no un problema social, ante la llegada masiva de demandas y recursos alegando la misma pretensión es, en sí misma, una disquisición de orden metajurídico. Esto porque, en primera instancia, dicho argumento no considera la enorme cantidad de cuestiones que inciden en una negativa de los servicios públicos a atender una determinada demanda, y que no siempre encuentran su razón de ser en una mera negativa injustificada del servicio a otorgar un determinado beneficio social (en el caso de Chile, por ejemplo, la necesidad de mantener la viabilidad financiera del sistema en beneficio de otros usuarios).⁸²

Adicional a ello, se puede pensar que es el resultado de la propia jurisprudencia la que termina provocando un efecto “llamada”: la promoción de una vía rápida de satisfacción de necesidades sociales termina incentivando a las personas a obtener, por ejemplo, medicamentos de alto costo por la vía judicial, en vez de la administrativa. Así, eludiendo, parcialmente y para ciertos casos, la naturaleza cautelar y urgente de las acciones constituciona-

⁸⁰ Schuck, H., “El Poder Judicial en una democracia”, *SELA*, 2004, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31.

⁸¹ Al respecto, Poyanco, Rodrigo, *op. cit.*

⁸² Por ello, como se ha sostenido, la declaración de la Corte Suprema respecto de que no está afectando las políticas públicas de salud “es una evidente falacia performativa, es decir, negar lo que realmente se está haciendo”. Así, por ejemplo, algunas sentencias de la Corte Suprema impusieron la entrega del medicamento *Spinraza*, no obstante haber sido rechazado por las comisiones científicas del Fondo Ricarte Soto. Véase Observatorio Judicial, *op. cit.*

les; volviendo a éstas en medidas definitivas que, sin duda, siendo procesos cortos, limitados, no permiten siempre obtener los elementos suficientes para adoptar un juicio razonable de los intereses en juego, por la misma inmediatez de la decisión.

En consecuencia, la existencia de una presentación judicial no puede tomarse como reflejo único para determinar la gravedad de un problema social, ni siquiera en relación con el recurrente, quien no necesariamente es el que tiene menos recursos, sino, por el contrario, quien tiene el capital económico o cultural para litigar.⁸³

3. *La visión de los derechos desde un carácter individualísimo*

Dado su rango constitucional, la justiciabilidad de este nuevo contenido (una especie de derecho a la vida-salud) parece sobreponerse a todo obstáculo legal o administrativo que regule la forma en que el Estado otorga los medicamentos o tratamientos médicos que puede financiar.

Por ello, uno de los principales problemas de esta jurisprudencia es “que al momento de fallar los jueces no consideran los impactos adversos que sus sentencias, en globalidad, provocan en el sistema público de salud. Por tanto, cuando los jueces no acatan dichas soluciones en pos de «hacer justicia», terminan cometiendo mayores inequidades”.⁸⁴ Una de las manifestaciones más claras de esto es el dinero que se gasta por paciente en virtud de estas sentencias versus el que se gasta por paciente en virtud de las políticas generales de salud.⁸⁵

En estas condiciones, si se valoran los alcances potenciales de esta nueva concepción del derecho a la vida, se puede llegar a la creación, como se anticipó, a un derecho a la “máxima atención de salud”, esto es, la garantía de un nivel de satisfacción material a través de prestaciones sociales de cargo del Estado, lo cual, sin duda, es difícilmente alcanzable aun en los países con más

⁸³ Yamin, Alicia Ely *et al.*, *op. cit.*

⁸⁴ Observatorio Judicial, *op. cit.*

⁸⁵ En Chile, por ejemplo, durante 2019 el Fondo desembolsó un promedio de aproximadamente 12,000 dólares para sus 8,127 beneficiarios. El mismo cálculo respecto de los beneficiarios de las sentencias de la Corte Suprema arroja que 41 personas obtuvieron beneficios por un promedio de aprox. 465,410 dólares, esto es, un valor 38 veces mayor por recurrente. Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0: Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019”, *Serie Constitucional*, junio de 2020, disponible en: <https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto-2-0/>.

recursos económicos. Por consiguiente, se crea un derecho individualísimo a obtener las mejores prestaciones de salud, con cargo a fondos públicos, en exclusivo favor de quienes litigan, y cuyo éxito en estrados puede significar un perjuicio para todos los demás usuarios del sistema público de salud cuya atención dependa de los mismos fondos públicos. Por eso cobran valor las palabras de los votos disidentes que pueden encontrarse en algunas de las sentencias chilenas aquí examinadas, que recuerdan el carácter colectivo del bien derivado de la salud pública y la necesidad de que los recursos destinados a la atención de salud vayan en beneficio no sólo de personas concretas, sino de la comunidad toda, en condiciones de igualdad; esto es, sin crear “instancias de privilegio”.⁸⁶

Por otra parte, los efectos regresivos de esta jurisprudencia son particularmente claros en Colombia.⁸⁷ Como se ha señalado, las acciones de tutela para protección de este derecho han beneficiado más a personas de clase media que a los sectores más pobres y excluidos, que dependen del régimen público subsidiado. De hecho, las personas que más frecuentemente usan la tutela como mecanismo de protección son aquellas que gozan de un cierto acceso a la salud y de una mayor capacidad económica.⁸⁸ Landau estima como factor clave de este efecto regresivo de la jurisprudencia, el alejamiento de la acción de tutela de su sentido original, dirigido a favorecer a los más desposeídos: entendida en términos individuales, y enfocada en los derechos a pensiones y salud, la acción de tutela pasó a ser un derecho de la clase media, abierto a cualquiera, con la ventaja de que los tribunales pueden ordenar la entrega de cualquier medicamento o tratamiento aunque esté fuera de las políticas oficiales de salud o de los programas sociales de otro tipo.

Por ende, surge la pregunta: ¿hay evidencias, finalmente, de que esta jurisprudencia haya mejorado la atención de salud de la población que depende de los servicios públicos? De acuerdo con Landau, los efectos de esta masiva jurisprudencia apoyan fuertemente el argumento de que los principales reclamantes, en estos casos, han sido grupos relativamente ricos. Adicionalmente,

⁸⁶ Corte Suprema, Rol 33.329-2019, considerandos 9o. y 10o.

⁸⁷ En Chile estos efectos aparecen morigerados, pues el sistema de Fonasa, contra el cual se dirigen las sentencias aquí estudiadas, es utilizado por la población de más bajos ingresos. Subsiste, sin embargo, el problema de la desigualdad entre los usuarios del sistema público que litigan versus los que no litigan.

⁸⁸ Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Franco, Diana, “Aciertos e insuficiencias de la Sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, Medellín, vol. 7, núm. 18, diciembre de 2008, pp. 12-16.

parece que esta jurisprudencia ha tenido escasos efectos sistemáticos en la conducta o efectividad de la burocracia encargada de proveer servicios o monitorear y regular su entrega. Esta conclusión es particularmente importante, debido a que la tutela colombiana parece ser uno de los más baratos y simples dispositivos de este tipo en el mundo, desde que carece de formalidades, puede ser potencialmente presentado sin abogado, y debe ser decidido por los tribunales de manera muy rápida.⁸⁹

Las dimensiones que está adquiriendo esta jurisprudencia en Chile, y la experiencia que ha vivido durante tres décadas en Colombia, han estimulado la aparición de intentos de solucionar al menos sus alcances presupuestarios. En el caso de la Corte Suprema chilena, algunas de sus propias sentencias han intentado poner algunas restricciones a la nueva concepción del derecho a la vida. Así, la Corte ha rechazado un recurso de protección interpuesto cuando no se ha probado que la falta del medicamento compromete el derecho a la vida del recurrente, sino que incide “sólo” en la “calidad de vida”.⁹⁰

A su vez, en Colombia, los intentos de limitación han provenido tanto del constituyente como del legislador. El primero dictó el acto legislativo 03 de 2011, por el cual se introdujo en la CP el principio de “sostenibilidad fiscal” y el “incidente de impacto fiscal”. A través de estas modificaciones, se trató de limitar el gasto que derive de sentencias judiciales, por un mecanismo que respeta la autonomía judicial, pues dentro de sus competencias el tribunal requerido podría acoger o no la propuesta.⁹¹

En lo referido al legislador, y dentro de los diversos preceptos legales, se destaca la antes mencionada ley estatutaria 1751 de 2015, la cual fortaleció, por ejemplo, las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, estableciendo así un proceso diferente a la acción de tutela para descongestionar la rama judicial y un ejercicio de control directo sobre las entidades prestadoras del servicio, más allá de la mera concesión del medicamento o tratamiento.

Sin embargo, hasta el momento estas reformas parecen aún limitadas para frenar, como se expuso, el uso de las acciones de tutela y la concesión de éstas, en ciertos casos.⁹²

⁸⁹ Landau, David, *op. cit.*, pp. 421 y 422.

⁹⁰ Corte Suprema, Rol 41.248-2019; 29.215-2019; 25147-2019.

⁹¹ López Daza, Germán, “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *DIXI*, vol. 14, núm. 15, enero-junio de 2012, pp. 22-39.

⁹² Duque Giraldo, Mateo, “Derecho al acceso a tratamientos y medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia”, *Dikaion*, Chía, vol. 29, núm. 1, enero-junio de 2020, pp. 66-91.

4. *La falta de relación entre la jurisprudencia y el diseño constitucional*

No deja de ser llamativo que ambas jurisdicciones constitucionales aquí estudiadas insistan en convertir al derecho a la salud en un derecho de justiciabilidad directa, obviando la circunstancia de que en ambos casos la letra de las respectivas cartas fundamentales no lo califican como perteneciente a esa clase de derechos; y, sobre todo, que se está ante modelos constitucionales distintos: el del Estado social, en Colombia, versus el de Estado subsidiario, en Chile.

Esto plantea una interrogante sobre la naturaleza de la labor de los jueces en este ámbito, y el respeto a los límites constitucionales de su labor, dados tanto por el principio de separación de poderes, reconocido en ambas Constituciones, como por la propia naturaleza de los derechos sociales prestacionales.

Ante la letra expresa de los textos constitucionales en examen, y en presencia de modelos constitucionales tan distintos, parece criticable que estas jurisdicciones traten derechos que dependen de políticas socioeconómicas —esencialmente contingentes a la regulación constitucional y la situación propia de cada país— de modo tan semejante, lo que pone en jaque la viabilidad de los sistemas de salud, como mecanismo de garantía de los derechos, y al derecho mismo desde el propio concepto de bien común.

V. CONCLUSIONES

Como puede verse, en primer término, tanto la Corte Suprema chilena como la Corte Constitucional colombiana han incursionado en la senda de otorgar justiciabilidad directa a pretensiones relacionadas con el derecho a la salud, con base en su vinculación con el derecho a la vida o, directamente, como en Colombia, declarando fundamentales algunos aspectos de este derecho.

Con todo, esta senda ha dado lugar a un derecho que se satisface con prestaciones de cargo estatal, pero que cuenta con la justiciabilidad propia de un derecho de primera generación, lo que se manifiesta en la posibilidad de poder accionarlo, sea mediante la acción de tutela en Colombia, sea mediante el recurso de protección, en Chile. El carácter “constitucional” de esta creación jurisprudencial permite a esta figura, sobreponerse a cualquier limitación reglamentaria, legal o incluso constitucional que se oponga a la justiciabilidad directa de este nuevo derecho.

En ambos países, además, se advierte la influencia que esta clase de jurisprudencia causa sobre el desarrollo de las políticas sociales de salud dirigidas a la generalidad de la población, atendida la ingente cantidad de recursos públicos que obligan a desviar desde aquéllas hacia la atención de los litigantes exitosos. En ambos casos, aunque con diferentes argumentos, los tribunales aquí estudiados niegan excederse de sus atribuciones constitucionales, y señalan estarse limitando sólo a ejecutar disposiciones constitucionales.

Pero la diferencia entre los derechos constitucionales clásicos y los derechos sociales no está dada tanto por la necesidad o no de prestaciones para su satisfacción, sino en el fin que se busca con cada clase de derecho: la limitación del poder versus la satisfacción de necesidades materiales de las personas. Esta distinta naturaleza justifica las diferencias de justiciabilidad que pueden encontrarse entre ambas clases de derechos. La confusión en la naturaleza de ambas categorías en materia de derecho a la salud, con objeto de facilitar las pretensiones envueltas en este último, aumenta de manera considerable la posibilidad de que demandas de medicamentos o servicios médicos alcancen una judicialización expedita cuando, en circunstancias normales, debieran haber sido atendidas sólo por las políticas pertinentes.

De esta forma, se crea un derecho personalísimo a la salud, que si bien puede favorecer grandemente a los litigantes exitosos en las acciones constitucionales aquí estudiadas, parece ir en perjuicio de las políticas de salud que afectan a toda la población. No se trata, entonces, de cuestionar la legitimidad de las demandas de aquellas personas que por distintos motivos no encuentran respuestas a sus necesidades en el sistema de salud público, sino de recordar que el Estado debe procurar atender a la mayor cantidad posible de personas, y en los casos de patologías mortales, otorgar a todos los afectados, al menos, tratamientos y medicamentos en condiciones de igualdad, lo que no parece ocurrir con esta jurisprudencia.⁹³

Ante una modalidad de desarrollo del derecho a la salud, que si bien suele ser visto como un ejercicio de la llamada interpretación evolutiva, progresista o no originalista,⁹⁴ implica una aplicación carente de límites,⁹⁵ y que asume la

⁹³ Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Buguëño, Rodrigo Andrés, *op. cit.*

⁹⁴ Pérez Fuentes, Carlos Alfredo *et al.*, “Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia”, *Academia & Derecho*, Cúcuta, año 10, núm. 19, julio-diciembre de 2019, pp. 87-124.

⁹⁵ Laise, Luciano D., “¿Puede el «nuevo originalismo» garantizar la inteligibilidad de la Constitución?”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 73, julio-diciembre de 2015, pp. 61-115; Laise, Luciano D., “El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Derecho Político*, Madrid, núm. 105, mayo-agosto de 2019, pp. 225-250;

argumentación como forma de validar cualquier respuesta. Así, se provocan dificultades serias:⁹⁶ tanto para la garantía de una ingeniería constitucional estable y que pueda mantener el equilibrio armónico de los poderes como para el propio ejercicio democrático de construcción del bien común.⁹⁷

Finalmente, es de notar la similitud en los supuestos y consecuencias fundamentales de la jurisprudencia de ambos países. Ahora, pese a que la necesidad de un reconocimiento igualitario de los derechos humanos, con independencia de épocas y fronteras, resulta plenamente justificada respecto de derechos que emanan de la naturaleza humana, esto no quiere decir que se requiera de una segunda mirada cuando, como en el caso estudiado, supone la judicialización de políticas públicas esencialmente dependientes de los contextos socioeconómicos y de las competencias constitucionales de las autoridades político-representativas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Gabriel *et al.*, “Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores”, *CES Derecho*, Medellín, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre de 2016.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 14, núm. 1.

Laise, Luciano D., “Convencionalismo semántico e interpretación jurídica”, *Problema*, México, núm. 11, enero-diciembre de 2017, pp. 273-339; Laise, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción”, *Ius et Praxis*, Talca, vol. 25, núm. 3, septiembre-diciembre de 2019, pp. 249-276.

⁹⁶ “...el hecho de que se permanezca en un constante cambio en materia normativa no ha dejado madurar o por lo menos estandarizar de una manera lógica, todos los conceptos jurídicos que deben intervenir en la elaboración estructurada de un sistema, que requiere estar a la vanguardia en tecnología, en información, en políticas de atención etc.”. Álvarez, Gabriel *et al.*, “Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores”, *CES Derecho*, Medellín, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre de 2016, p. 118.

⁹⁷ Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional y otros escritos*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016; Pereira-Menaut, Antonio-Carlos y Pereira Sáez, Carolina, *Teoría general de la Política*, Lima, Rimay, 2016.

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 34, enero-junio de 2015.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2012.
- CORTÉS NIETO, Johanna del Pilar *et al.*, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 9, julio-diciembre de 2007.
- CRAWFORD, Colin y BONILLA MALDONADO, Daniel (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2018.
- Dirección de Estudios Corte Suprema, “Protección del derecho a la vida e integridad física y psíquica frente a la denegación de cobertura de medicamentos. Análisis de jurisprudencia”, *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema*, Santiago, diciembre de 2019, disponible en: <https://shortest.link/rbq>.
- DUQUE GIRALDO, Mateo, “Derecho al acceso a tratamientos y medicamentos experimentales, caso Estados Unidos-Colombia: críticas a su traslación al ordenamiento interno”, *Dikaion*, Chía, vol. 29, núm. 1, enero-junio de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.3>.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán *et al.*, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, Bogotá, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre de 2014, disponible en: <https://doi.org/10.22518/16578953.178>.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán y RIVAS-RAMÍREZ, Daniel (eds.), *Método(s) y derecho(s): construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para derechos y garantías*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio preliminar sobre el modelo del Estado convencional de derecho, en el contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, Santiago, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.24822/rjduandes.0302.2>.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.
- GAÑÁN ECHAVARRÍA, Jaime León, “Barrera de acceso a los servicios de salud en Colombia. Negación real al goce efectivo del derecho fundamental a la

- salud”, en SEPÚLVEDA AGUIRRE, Jovany (comp.), *Derecho, sociedad y justicia para el desarrollo*, Medellín, Coruniamericana, 2020.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “El «nuevo constitucionalismo latinoamericano»”, *Estudios Sociales*, Santa Fe, vol. 48, núm. 1, enero-junio de 2015.
- GLENDON, Mary Ann, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, enero-marzo de 1992, disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uchrev/vol59/iss1/16>.
- GÓMEZ-GARCÍA, Carlos A. y BUILES-VELÁSQUEZ, Alejandro, “El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 48, núm. 128, enero-junio de 2018.
- GUZMÁN, Jaime, “Intervención de Guzmán sobre indefinición del gobierno acerca del papel del Estado”, *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 320a., Ordinaria. Sesión 15a., 10 de julio de 1990, disponible en: <https://bit.ly/3aEnODQ>.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2017.
- JULIO ESTRADA, Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y el Estado*, México, UNAM y otros, 2002.
- JULIO Estrada, Johann *et al.*, “El índice de acceso efectivo a la justicia como una herramienta para el diseño de políticas públicas, de cara al ODS 16”, en CORREA HENAO, Magdalena *et al.* (eds), *2020-2030: Disminución de la pobreza y la desigualdad ¿La década de la esperanza? Estudios desde el derecho público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- KARAM DE CHUEIRI, Vera y SCHNEIDER VAN DER BROOKE, Bianca M. (eds.), *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021.
- LAISE, Luciano D., “¿Puede el “nuevo originalismo” garantizar la inteligibilidad de la Constitución?”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 73, julio-diciembre de 2015, disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.73.61-115>.
- LAISE, Luciano D., “Convencionalismo semántico e interpretación jurídica”, *Problema*, México, núm. 11, enero-diciembre de 2017.
- LAISE, Luciano D., “El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista de Derecho Político*, Madrid,

- núm. 105, mayo-agosto de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25273>.
- LAISE, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción. Una visión crítica del originalismo del significado público”, *Ius et Praxis*, Talca, vol. 25, núm. 3, septiembre-diciembre de 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300249>.
- LANDAU, David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 53, núm. 1, enero-marzo de 2012, disponible en: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf.
- LANGFORD, Malcolm *et al.* (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina, “Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, núm. 2, mayo-agosto de 2014, disponible en: <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>.
- LÓPEZ-DAZA, Germán, “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *Dixi*, vol. 14, núm. 15, enero-junio de 2012.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago (en prensa).
- MARTÍNEZ Estay, José Ignacio, “Los conceptos jurídicos indeterminados en el lenguaje constitucional”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 105, mayo-agosto de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25272>.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Constitución, conceptos indeterminados y conceptos controvertidos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre de 2010, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200006>.
- MENDIETA, David y TOBÓN, Mary Luz, “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudos Constitucionais*, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, vol. 10, núm. 3, septiembre-diciembre de 2018.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida”, en GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín *et al.*, *Lecciones de derechos humanos*, Valparaíso, Edeval, 1997.

- Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019”, *Serie Constitucional*, junio de 2020, disponible en: <https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto-2-0/>.
- Observatorio Judicial, “Corte Suprema versus Ricarte Soto. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo”, *Serie Constitucional*, febrero de 2019, disponible en: https://observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/#_ftn12.
- OTÁLVARO CASTRO, Gabriel Jaime *et al.* (eds.), *El derecho fundamental a la salud en Colombia en el siglo XXI. Una aproximación interdisciplinaria*, Medellín, Universidad de Antioquia y Personería de Medellín, 2019.
- OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001.
- PARRA DUSSAN, Carlos, *El derecho a la igualdad en nuestro estado social*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2012.
- PARRA VERA, Óscar, “Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada”, en *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y otro, 2012.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional y otros escritos*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016.
- PEREIRA-MENAUT, Antonio-Carlos y PEREIRA SÁEZ, Carolina, *Teoría general de la política*, Lima, Rimay, 2016.
- PÉREZ FUENTES, Carlos Alfredo *et al.*, “Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia”, *Academia e Derecho*, Cúcuta, año 10, núm. 19, julio-diciembre de 2019.
- POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, “Derechos sociales y políticas públicas: El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXIII, enero-diciembre de 2017.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás, “Sobre el «derecho a la vida»”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, núm. 12, julio-diciembre de 2009, disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/11Requena.htm>.
- RIVAS-RAMÍREZ, Daniel y FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, “Los migrantes irregulares en Colombia ante la crisis del Covid-19 ¿Los últimos en lista?”, *Derechos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória Editora, 2021.

- SCHUCK, Peter H., “El Poder Judicial en una democracia”, *SELA*, 2004, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31.
- SOJO, Ana, “Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas”, *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 16, núm. 6, junio de 2011, disponible en: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232011000600002>.
- TORRES CORREDOR, Hernando y COLORADO ACEVEDO, Diana del Pilar, *El derecho fundamental a la salud: retos de la ley estatutaria*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, “El derecho a la vida y la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 33, núm. 3, septiembre-diciembre de 2006, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372006000300004>.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, Medellín, vol. 7, núm. 18, diciembre de 2008.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada”, en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena *et al.* (eds.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 37, núm. 1, enero-abril de 2010.
- YAMIN, Alicia Ely *et al.*, “Colombia: la protección judicial del derecho a la salud: ¿Una promesa difícil de cumplir?”, en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (eds.), *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- YÁNEZ YÁNEZ, Karla Ayerim, y MILA MALDONADO, Frank Luis, “Construcción de espacios transnacionales: El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Foro*, Quito, núm. 35, enero-junio de 2021, disponible en: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.8>.

DEL DERECHO AL TRABAJO DIGNO AL RÉGIMEN LABORAL NEOLIBERAL: CAPTURA ESTATAL Y AUTORITARISMO EN EL ECUADOR CONTEMPORÁNEO*

FROM THE RIGHT TO DECENT WORK TO THE NEOLIBERAL
LABOR REGIME: STATE CAPTURE AND AUTHORITARIANISM
IN CONTEMPORARY ECUADOR

DU DROIT À LA DIGNITÉ AU TRAVAIL AU SYSTÈME
NÉOLIBÉRAL DE L'EMPLOI: MAIN-MISE DE L'ÉTAT
ET AUTORITARISME DANS L'ÉQUATEUR CONTEMPORAIN

Adoración GUAMAN HERNÁNDEZ**
Soledad STOESSEL***

RESUMEN: El texto tiene como objetivo abordar el modo en que se re-instaló en Ecuador el régimen laboral neoliberal a partir de 2017 aún en un marco constitucional caracterizado por una orientación tuitiva del trabajo. La hipótesis que sostiene el texto afirma que la acelerada renovación del modelo de regulación laboral fue posible por la permeabilidad estatal a la agenda del Fondo Monetario Internacional y de las elites económicas comprometidas con el organismo, sumado a la debilidad del campo organizativo popular para hacer frente a dicha agenda. El artículo recoge resultados de una investigación que abordó el problema de modo interdisciplinario, en una articulación entre el derecho laboral, la sociología del derecho y la sociología política. Los hallazgos de la investigación apuntan que el proceso de retorno neoliberal en el campo de las relaciones y derechos laborales atravesó tres etapas. La primera se caracterizó

* Recibido el 25 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia; guaman@um.es; teléfono: +34 687 49 17 70.

*** Profesora invitada FLACSO-Ecuador; Docente e investigadora en UNLP-CONICET; soledad.sto@gmail.com; teléfono: +593 979351560.



por una pronta captura estatal por parte de las elites económicas. La segunda etapa se abrió con la llegada del FMI al país y la concomitante puesta en marcha de un conjunto de medidas neoliberales, y la última etapa se inauguró con la aparición de la pandemia, que actuó como catalizador para la implementación final del ajuste estructural.

Palabras clave: Régimen laboral neoliberal, derechos laborales, Fondo Monetario Internacional, captura estatal, Ecuador

ABSTRACT: The aim of this paper is to address the way in which the neoliberal labor regime has been reinstated in Ecuador since 2017, even within a constitutional framework characterized by a pro-labor orientation. The hypothesis supported by the text states that the accelerated renewal of the labor regulation model was made possible by the state's permeability to the agenda of the International Monetary Fund and the economic elites committed to the organization, in addition to the weakness of the popular organizational field to resist this agenda. The article presents the results of a research project that approached the problem in an interdisciplinary way, in an articulation between labor law, the sociology of law and political sociology. The research findings show that the process of neoliberal return in the field of labor relations and labor rights went through three stages. The first was characterized by early state capture by economic elites. The second stage opened with the arrival of the IMF in the country and the concomitant implementation of a set of neoliberal measures, and the last stage was inaugurated with the emergence of the pandemic that acted as a catalyst for the final implementation of structural adjustment.

Keywords: Neo-liberal labour regime, labour rights, International Monetary Fund, state capture, Ecuador

RÉSUMÉ: Le texte vise à aborder la manière dont le régime néolibéral du travail a été rétabli en Équateur depuis 2017, malgré le cadre constitutionnel caractérisé par une orientation protectrice du travail. L'hypothèse que soutient le texte affirme que le renouvellement accéléré du modèle de régulation du travail a été possible, grâce à la perméabilité de l'État face à l'agenda du Fonds Monétaire International et l'engagement des élites économiques avec l'organisme, en plus de la faiblesse du champ organisationnel populaire pour résister et faire face à cet agenda. L'article recueille les résultats d'un projet de recherche qui éclaircit le problème d'une manière interdisciplinaire, dans une articulation entre

droit du travail, sociologie du droit et sociologie politique. Les résultats de la recherche dévoilent que le processus de retour néolibéral dans le domaine des relations et des droits du travail a franchi trois étapes. La première étape caractérisée par une capture rapide de l'État par les élites économiques. La deuxième étape, a commencé avec l'arrivée du FMI dans le pays et la mise en œuvre concomitante d'un ensemble de mesures néolibérales, et la dernière étape, a débuté avec l'apparition de la pandémie qui a agi comme un catalyseur pour la mise en œuvre définitive de l'ajustement structurel.

Mots-clés: Régime néolibéral du travail, droits du travail, Fonds Monétaire International, captation de l'État, Équateur

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El carácter transaccional del derecho del trabajo: derecho capitalista y derecho neoliberal del trabajo.* III. *El bloque de laboralidad en la Constitución de Ecuador de 2008.* IV. *El FMI y Ecuador: reinstalación del régimen neoliberal laboral.* V. *Pandemia y consolidación del régimen laboral neoliberal.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos vinculados al trabajo, plasmada en el carácter tuitivo del derecho laboral, es un objeto de discusión que involucra distintas dimensiones, que van más allá de los textos normativos. De hecho, es posible afirmar que el iuslaboralismo es la rama del ordenamiento jurídico que refleja en mayor medida la permeabilidad de las instituciones (del Estado) a la influencia de los actores sociales, de las elites económicas o de las instituciones financieras supranacionales. Así, el estudio de la evolución de la normativa laboral precisa combinar distintas aproximaciones metodológicas y teóricas que a su vez permitan apreciar de manera amplia la evolución de la correlación de fuerzas, y el papel y capacidad real del Estado para moldear la política general y la socioeconómica en particular.

La afirmación enunciada en el párrafo anterior es de especial actualidad en las situaciones de cambio institucional en América Latina, entre las cuales Ecuador ocupa un lugar destacado. La evolución político-institucional ecuatoriana se ha reflejado de manera notable en el campo laboral, y este campo laboral ha sido a su vez la arena de conflicto entre la pretensión de posicionar

al Estado como elemento central en la decisión del sistema laboral y la voluntad de otros actores de decidir e incidir en la normativización de las relaciones capital-trabajo.

El análisis de las relaciones entre instituciones y actores socioeconómicos en el campo de lo laboral en Ecuador es el objetivo de este texto,¹ que parte de la afirmación de la reinstalación del modelo neoliberal de regulación de las relaciones de trabajo. Esta reinstalación ha tenido lugar en un marco constitucional caracterizado por encuadrar un modelo tuitivo, incompatible con el “derecho neoliberal del trabajo” vigente, si acaso esta frase no reviste una contradicción en sí misma. Como se presentará en las siguientes páginas, este modelo se reinstauró explícitamente a partir de febrero de 2019 con el acuerdo entre el gobierno de Lenin Moreno y el Fondo Monetario Internacional (FMI), sin modificar el bloque de laboralidad constitucional y sin una contestación notable por parte de los actores sociales del campo popular, como los sindicatos. De hecho, el modelo normativo tuitivo ya había comenzado a reformarse desde la llegada al poder de Moreno, pero se aceleró una vez consolidados los efectos de la consulta popular de 2018 y los cambios en el gabinete presidencial de finales de ese año, terminando de arraigarse con la emergencia sanitaria por la pandemia por el coronavirus.

El presente texto parte de la hipótesis de que la acelerada y “pacífica” renovación del modelo de regulación laboral da cuenta de dos fenómenos: la permeabilidad del Estado a las agendas de las instituciones financieras institucionales y las elites económicas comprometidas con éstas, y la incapacidad de los actores sociales de posicionar una agenda de contestación de reforma laboral permanente al Estado. El texto hace hincapié en el primero, y realiza un análisis de las correlaciones entre el acuerdo con el FMI y las reformas llevadas a cabo, evitando el error de afirmar que los cambios en el derecho del trabajo ecuatoriano acontecidos en el último lustro derivan únicamente del desarrollo formal de los pactos fondomonetaristas. En todo caso, la cuestión estriba en analizar cómo la entrada a Ecuador del FMI, que sin dudas influyó en el campo de lo laboral, fue posible por una conjunción de elementos previos. De hecho, entre estos elementos ocupa un lugar destacado el conflicto largamente sostenido entre el sindicalismo y el gobierno de Rafael Correa;

¹ Este artículo recoge los resultados de la investigación realizada en el marco del proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Académico -FDA- de FLACSO-Ecuador, titulada “Estado, «sujeto trabajo» e instituciones laborales en el Ecuador de la Revolución Ciudadana (2007-2017)”, IP1090.

pero también la radical apertura que el gobierno de Lenin Moreno operó tempranamente para que las elites económico-financieras que actúan en red con *think tanks* y organismos internacionales incidan de modo directo en el terreno estatal y la toma de decisiones públicas. Este giro se produjo desde la asunción de Moreno a la presidencia, cuando se concretó la “captura estatal” por parte de estos grupos de poder por medio de distintos mecanismos (como puerta giratoria y *lobby*), sumado a la disposición autoritaria y represiva gubernamental para llevar adelante las medidas y tramitar las resistencias sociales a las mismas.

Dicha captura permitió el retorno neoliberal iniciando un nuevo ciclo político que contrastó, de largo, con el modo en que durante la década 2007-2017 se habían ampliado y garantizado derechos laborales a través de una fuerte intervención estatal con una orientación universalista e inclusiva, y un equilibrio, tenso, pero estable, entre el capital y el trabajo.

Este artículo procura abordar la influencia de los grupos de poder —elites y organismos internacionales— en las medidas gubernamentales orientadas a la devaluación de los derechos laborales, afirmando que la consolidación del régimen laboral neoliberal atravesó tres etapas, marcadas por distintas intensidades y rasgos de la captura estatal. La primera estuvo caracterizada por la transición gubernamental aupada en el “diálogo nacional” convocado por Moreno, diálogo que prontamente se convirtió en una clara captura estatal por parte de las elites económicas. La segunda etapa se abrió con la llegada del FMI al país y la concomitante puesta en marcha de un conjunto de medidas neoliberales. La última etapa se inauguró con la aparición de la pandemia, que actuó como una “tormenta perfecta” para que el gobierno terminara por realizar el ajuste estructural.

El artículo se divide en tres secciones. En la primera se desarrolla el marco teórico conjugando el análisis del derecho laboral como reflejo normativo privilegiado de la correlación de fuerzas político-social, con el análisis del Estado como un terreno conflictivo que de acuerdo con las coyunturas cambiantes y las “selectividades estratégicas” que lo atraviesan² está más o menos abierto a la incidencia de los intereses y estrategias de las fuerzas sociales.

Tras enunciar este marco analítico, la segunda parte aborda los elementos fundamentales del bloque de laboralidad constitucional ecuatoriano, así como algunos elementos de la constitución económica con los aspectos normativos del régimen de regulación de las relaciones individuales de trabajo con

² Jessop, Bob, *The State: Past, Present and Future*, Cambridge, Polity Press, 2016.

marcado carácter tuitivo reconfigurado durante la etapa posneoliberal en el gobierno de Rafael Correa. En la tercera sección se desarrolla el proceso que promueve la ruptura con dicho régimen laboral para instalar el régimen laboral neoliberal, proceso que evoluciona en las tres fases señaladas.

II. EL CARÁCTER TRANSACCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO: DERECHO CAPITALISTA Y DERECHO NEOLIBERAL DEL TRABAJO

La configuración de las normas laborales como un conjunto ordenado con carácter tuitivo y compensador de la desigualdad de fuerzas en las relaciones entre capital y trabajo es un producto histórico, un elemento clave del Estado social que, como tipo ideal, y siguiendo el modelo europeo, tuvo tres características fundamentales: un fuerte reconocimiento de derechos de igualdad y bienestar (redistribución de la riqueza), la participación de las clases populares en la toma de decisiones políticas (redistribución del poder) y el establecimiento de mecanismos de solución pacífica de los conflictos entre capital y trabajo.

En América Latina, el modelo de Estado social comenzó de forma incipiente, incluso con anterioridad a su despliegue en el continente europeo, con la Constitución de Querétaro en México en 1917, que tuvo influencia en el constitucionalismo antes descrito. Este cuerpo normativo fue el primero en el mundo en incluir una sección sobre derechos sociales (trabajo, educación y tierra). Reconoció, además, a la clase obrera como “agrupamiento diferenciado” y definió la relación entre capital y trabajo como un vínculo fundamental que debía ser regulado.³ La excepcionalidad de la Constitución de 1917 fue el reconocimiento de la responsabilidad estatal frente a los derechos de los trabajadores, y del paso de una concepción liberal en la que los individuos son protegidos por garantías frente a la acción del Estado, hacia una en la que el Estado interviene para garantizar los derechos colectivos de los trabajadores. El artículo 123 tenía un carácter prescriptivo muy detallado en cuestiones de jornada laboral, salario mínimo, descanso obligatorio, seguridad y condiciones de trabajo, prohibición del trabajo nocturno para mujeres

³ Ramírez Gallegos, Franklin y Stoessel, Soledad, “Transformations of Workers’ Mobilization in Latin America”, en Rossi, Federico M. (ed.), *The Oxford Handbook of Latin American Social Movements*, Oxford, Oxford University Press, Forthcoming.

y niños, instancias de arbitraje laboral y el tema de los accidentes de trabajo y las indemnizaciones.⁴

Este Estado social en ciernes incidió en el resto de países de la región entre los años treinta y cincuenta. Luego de la crisis de 1929, América Latina experimentó un ciclo de desarrollo económico y crecimiento de la clase obrera industrial con fuerte intervención estatal en los procesos de acumulación (estrategia nacional, popular y desarrollista). Se expandieron así las oportunidades para el auge de movimientos subalternos de proyección nacionalista, popular y obrera. Los sindicatos comenzaron a agruparse en organizaciones mayores, como centrales y confederaciones. La configuración de bloques de poder nacionales, en pugna con los regímenes oligárquicos, significó una ampliación de derechos sociales y laborales y la institucionalización del movimiento obrero, ya sea para contener su avance o para incorporar políticamente al sector de los trabajadores.⁵ No es casualidad que entre 1930 (Chile) y 1960 (Paraguay) todos los países de la región adoptaran, en respuesta a la movilización obrera, amplios códigos laborales. No obstante, como sostienen Viciano Pastor y Martínez Dalmau,⁶ el Estado social en América Latina fue parcial y volátil. Algunas sociedades, como Argentina, Uruguay, México y Venezuela, gozaron de un constitucionalismo social embrionario, que al calor de la crisis de los regímenes nacional-populares y la abrupta y autoritaria ofensiva neoliberal (recordemos que esta irrumpió en el Chile de Pinochet) se desmembró rápidamente. Esta desintegración implicó el trastrocamiento del modelo tuitivo y colectivo de derechos, incluido el ataque a la organización sindical.

Como se verá en el epígrafe siguiente, la constitucionalización del trabajo en Ecuador, caso que aquí interesa, supone una evolución en el modelo tuitivo en cuanto a las relaciones individuales de trabajo; en contraste, la regulación de las relaciones capital-trabajo y de los derechos colectivos es parca, y ha experimentado distintas reformas, que han supuesto una marcada confrontación entre sindicatos y Estado, lo cual ha incidido directamente en la implantación del modelo neoliberal que aquí se analiza.

⁴ Garza, Enrique de la y Melgoza, Javier, “Los ciclos del movimiento obrero mexicano en el siglo XX”, *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, 2 (2), 1996, pp. 127-162.

⁵ Collier, Ruth y Collier, David, *Shaping the Political Arena. Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America*, Princeton, Princeton University Press, 1991.

⁶ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 22, 2017, pp. 485-505.

Volviendo al relato general, es bien sabido que no es posible pensar en los modelos laborales propios de la forma Estado social como un conjunto ni homogéneo ni rectilíneo en su desenvolvimiento. De hecho, es aceptable situar el inicio del cuestionamiento del “derecho capitalista del trabajo”, del pacto social, en el marco de la embestida neoliberal comenzada a partir de los años setenta. En aquel momento, y en escenarios como el Reino Unido, el ordenamiento laboral y las organizaciones sindicales comenzaron a ser el objeto a abatir, siendo acusados de disfuncionalidad y rigidez. Las acusaciones de culpabilidad por la crisis económica, y, por tanto, el ataque a la acción colectiva (en particular a la negociación colectiva salarial) y las políticas anti-sindicales, fueron marca del incipiente pero agresivo neoliberalismo. Asimismo, el Estado fue acusado de ser un problema, más que una solución, para el cambio estructural y el desarrollo.⁷ El clima ideológico imperante colocó al Estado como un reducto presto a perder relevancia, o en su defecto, según las tesis minimalistas neoutilitarias, a conservar mínimas funciones, como garantizar las relaciones de propiedad privada. Los organismos internacionales de crédito fueron defensores de esta ortodoxia. Asimismo, comenzó a operar una visión proempresarial y corporativa acerca de las bondades de la gestión pública en manos de los representantes del capital privado, lo cual derivó a nivel global en lo que desde la sociología se conoce como “captura estatal”.

Así, puede afirmarse por tanto que la ofensiva neoliberal se ha fraguado en un largo periodo, con impacto desigual y no lineal, actuando desde vectores nacionales, aunque fundamentalmente orquestada en el ámbito supranacional, y fundamentalmente a través de la incidencia directa de factores de poder, como grandes grupos económicos, dentro del Estado. El concepto de captura del Estado o captura corporativa ha sido definido por Oxfam como el ejercicio de influencia abusiva por parte de una(s) elite(s) extractiva(s) —en favor de sus intereses y prioridades y en detrimento del interés general— sobre el ciclo de políticas públicas y los organismos del Estado (u otros de alcance regional o internacional), con efectos potenciales en la desigualdad (económica, política o social) y en el correcto desempeño de la democracia.⁸

Pero como el Estado no es un bloque institucional monolítico que cumple siempre funciones ligadas a la reproducción del capital y el refuerzo de los intereses de las clases dominantes, es necesario indagar cómo el Estado,

⁷ Evans, Peter, “El Estado como problema y como solución”, *Revista Desarrollo Económico*, núm. 140, vol. 35, 1996, pp. 529-562.

⁸ Cañete, Rosa, *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos*, Oxfam Internacional, 2018.

en tanto terreno conflictivo, relacional y cambiante⁹ está, según, las coyunturas cambiantes, más o menos abierto a la incidencia en él de los intereses y estrategias de las distintas fuerzas sociales. Asimismo, las “selectividades estratégicas” que atraviesan al Estado también operan tanto restricciones, o como oportunidades, para que dichas estrategias sean exitosas. Herencias institucionales, legados normativos, formas de representación política que se configuran históricamente, pueden funcionar a modo de selectividades que se incrustan en el Estado, y ante las cuales tanto gobiernos como agentes sociales y elites deben hacer frente para ejercer influencia en él. Retomando esta concepción estatal, es posible sostener que el bloque constitucional de laboralidad que se desarrollará a continuación se ha presentado, por parte de las organizaciones sindicales y demás actores afectados, como dique de contención ante la avanzada neoliberal desde 2017, pero al mismo tiempo no ha impedido la implementación de políticas atentatorias contra los derechos laborales. Eso fue posible, en parte, por el poder estructural y la capacidad de articulación de los sectores financieros dominantes para infiltrarse en las áreas estatales de toma de decisión pública.

III. EL BLOQUE DE LABORALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR DE 2008

La Asamblea Constituyente de 2007-2008 marcó un punto de inflexión en la regulación de las relaciones de trabajo en Ecuador. A modo de caracterización básica del modelo anterior, cabe recordar que el mismo reflejaba una indudable apuesta por la devaluación laboral como vía para la atracción de inversión extranjera y para el aumento de las rentas del capital frente a las del trabajo. En este sentido, cabe recordar que en 1990 se expidió la Ley de Régimen de Maquila y de Contratación Laboral a Tiempo Parcial; en 1991 entró en vigencia la Ley de Zonas Francas, que admitía la posibilidad de que los contratos de trabajo sean temporales; en 1991 se expidió la Ley 133, reformativa del Código de Trabajo, que aumentó el número de trabajadores exigidos para conformar una organización sindical pasando de quince a treinta personas; la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, que permitió la remuneración por horas y el despido libre; la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, que aumentó la precarización laboral facilitando la contratación temporal y limitando los derechos colectivos; la

⁹ Jessop, Bob, *op. cit.*, nota 2.

reforma al Código de Trabajo en 2006, que maximizó las facilidades para la tercerización, etcétera.

Ante esta realidad, la nueva norma constitucional fraguada en el proceso constituyente y aprobada en 2008 se posicionó para acercarse a lo que desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se entiende como “trabajo decente” o digno; esto es, la consideración del trabajo como un derecho, la protección social, las oportunidades de empleo y el diálogo social. Así, la Constitución de 2008 supuso un cambio de paradigma en cuanto a la concepción del trabajo al reconocer su centralidad en la economía por sobre el capital y como su fin, el buen vivir. Como han señalado distintos autores, la Constitución de 2008 reconoce que “el trabajo no sólo es un derecho y un deber social, sino que además es fuente de realización personal y base de la economía”,¹⁰ tal como se reconoce en el artículo 33 de la Constitución. Además, ni bien se instaló la Asamblea en 2008, el gobierno anunció el mandato constituyente 8, mediante el cual se eliminaba toda forma de precarización laboral, incluyendo la tercerización, hecho que generó altas expectativas entre los trabajadores y organizaciones sindicales respecto a la agenda laboral del gobierno.¹¹

El bloque de laboralidad incluido se encuentra en la vanguardia del panorama latinoamericano en cuanto al grado de protección y desarrollo de los derechos laborales y de seguridad social. Esto se recoge entre los artículos 325 y 333 de la Constitución, que enmarcan los márgenes inamovibles para la estructura normativa del sistema laboral ecuatoriano, y que presentan un grado de evolución en cuanto al concepto de trabajo, la lucha contra la precarización y la terciarización y búsqueda de la eliminación de la división sexual del trabajo, entre otras cuestiones.

En concreto, el artículo 325 de la Constitución de Montecristi, auténtica piedra de base del bloque de laboralidad de esta norma, señala que el Estado debe garantizar el trabajo y reconoce todas las modalidades de trabajo, con inclusión de las labores de autosustento y cuidado humano, independientemente de si trabajan “en relación de dependencia o de forma autónoma, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano”. Todas ellas gozan de reconocimiento y protección del Estado. Por añadidura, el artículo 329

¹⁰ Porras, Angélica, “Las reformas laborales en el Ecuador 2009”, *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Programa Andino de Derechos Humanos, Quito, Abya Yala, p. 321, 2010.

¹¹ Herrera Revelo, Gonzalo Stalin, “Situación, estrategia y contexto de los sindicatos en el Ecuador”, en Documentos de Trabajo CLACSO-UMET, “Nuevos modelos sindicales en América Latina y el Caribe”, 2015.

señala: “Se reconocerá y protegerá el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos... Se prohíbe toda forma de confiscación de sus productos, materiales o herramientas de trabajo”. También se reconocen como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores y un buen número de cuestiones que determinan de manera clara el carácter tuitivo que debe tener el ordenamiento laboral ecuatoriano, como el mandato constitucional de respetar el principio de *favor laboris*.

Además, el conjunto de los parámetros que enmarcan el trabajo en la Constitución del Ecuador compromete al Estado a garantizar asimismo el pleno empleo, la eliminación del subempleo y del desempleo (326) y prohibir cualquier forma de precarización (327.1), así como proteger los derechos reproductivos (332).

Con importancia fundamental, el artículo 327 de la Constitución señala lo siguiente:

La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, la Constitución reconoce el derecho de formar sindicatos, la libertad sindical positiva y negativa, el derecho a la contratación colectiva y a la huelga, con los límites derivados de la ley. El artículo 326, que recoge en sus apartados 7 y siguientes estos derechos, contrasta por su parquedad con los artículos relativos al ámbito individual de la relación de trabajo.

En concreto, es remarcable la contradicción entre el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la huelga y el impulso a la creación de organizaciones, y la prohibición de paralización de actividades de los servicios públicos y sectores estratégicos (artículos 326 y 313, respectivamente). Así, la inclusión de determinados principios constitucionales no se traducía necesariamente en el fortalecimiento de las organizaciones sindicales.

Por añadidura, el artículo 326, en su apartado 16 (siempre respecto de la acción colectiva en el sector público), fue objeto de diversas enmiendas

aprobadas por la Asamblea Nacional en 2015, que fueron impugnadas ante la Corte Constitucional por un amplio conjunto de sindicatos mediante una acción pública de inconstitucionalidad. Con estas enmiendas se incluía un último inciso en el artículo 326.16,¹² que limitaba la acción colectiva a los servidores públicos e impedía la contratación colectiva en el sector público. Estas enmiendas recibieron una dura crítica por parte de organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo, y enconaron el enfrentamiento entre el gobierno de Rafael Correa y las organizaciones sindicales. Posteriormente, mediante Resolución de la Corte Constitucional núm. 18, publicada el 30 de abril del 2019, ésta declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas y quedó vigente el texto original de la Constitución.

Evidentemente, el reconocimiento del trabajo con carácter tuitivo y garantista entraba en tensión con el Código de Trabajo (CT) vigente, que databa de 1936, y al que se le habían realizado algunas reformas durante las décadas neoliberales, profundizando aún más la precarización laboral y la desorganización de los trabajadores (Ley 133 aprobada en 1991). Era, por tanto, necesario acometer una serie de reformas del Código, entre las que se pueden destacar las siguientes: Ley orgánica para la defensa de los derechos laborales (2012); Ley Orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo (2016), Decreto ejecutivo 860, que crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Capacitación Profesional (2015); Resolución C.D. 492, que expide el Reglamento para la Afiliación de las Personas que Realizan Trabajo No Remunerado del Hogar (2015), Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar (2015).

Como se señalaba al inicio, una de las debilidades del momento actual que ha permitido la rápida instauración del modelo neoliberal recuperado por el gobierno de Moreno ha sido la compleja relación entre los sindicatos y el gobierno anterior, de Rafael Correa. Esta relación vino marcada tanto por una permanente tensión como por una conflictividad, y finalmente por la ruptura de las organizaciones sindicales con el gobierno de Correa, lo cual se reflejó

¹² En concreto, la enmienda establecía lo siguiente (artículo 9): “En el artículo 326 numeral 16, luego de las palabras «o profesionales» inclúyanse las palabras «y demás servidores públicos» y sustitúyase la frase: «Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo» por el siguiente texto: «Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado»”.

en el aumento de la conflictividad laboral protagonizada por las organizaciones de trabajadores.¹³ En efecto, la conflictividad laboral, entendida como “la serie de eventos desencadenada a partir de una acción conflictiva realizada por un grupo de trabajadores con el objeto de alcanzar sus reivindicaciones laborales”,¹⁴ fue el tipo de conflicto más recurrente durante el periodo 2007-2012 (gráfico 1). Pese al mejoramiento de las condiciones de vida y laborales de las mayorías de los trabajadores durante ese periodo, fueron ellos (organizados y no organizados) los que contribuyeron con el 50% de la conflictividad total del periodo (gráfico 2), siendo los no organizados en sindicatos (trabajadores autoconvocados o autoorganizados) los que protagonizaron la mayoría de los conflictos. Esto refleja la debilidad de las estructuras organizativas sindicales en Ecuador, ya debilitadas ampliamente durante la década de los noventa, ante las cuales el gobierno de Correa hizo poco para promover su fortalecimiento. A pesar de que, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, la Constitución reconoce el derecho de formar sindicatos, y la libertad sindical positiva y negativa, el sindicalismo sufrió un aún mayor retroceso, específicamente el sindicalismo público. En ese sentido, es notable que durante este periodo no se haya hecho una reforma para flexibilizar los requisitos para la conformación de sindicatos.¹⁵

Con base en la apuesta gubernamental por recuperar las capacidades estatales y desprenderlas de los intereses particulares, el gobierno se alejó de las organizaciones sindicales. Las mediaciones entre trabajadores y Estado —los sindicatos— se diluyeron y se configuraron vínculos directos entre los trabajadores y el Estado. En ese sentido, es remarcable la contradicción entre el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la huelga y el impulso a la creación de organizaciones, y la prohibición de paralización de actividades de los servicios públicos y sectores estratégicos (artículos 326 y 313, respectivamente). Así, la inclusión de determinados principios constitucionales no se tradujo necesariamente en el fortalecimiento de las organizaciones sindicales.

¹³ Stoessel, Soledad, “Conflictividad laboral en el Ecuador de la Revolución Ciudadana”, en prensa.

¹⁴ Palomino, Héctor, “Un nuevo indicador del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Los conflictos laborales en la Argentina 2006-2007”, *Serie Estudios*, (7), 2007, p. 19.

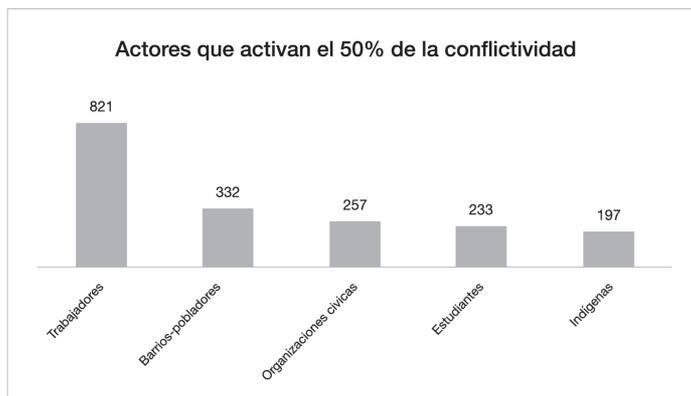
¹⁵ Ecuador constituye uno de los países latinoamericanos en que los requisitos para conformar sindicatos son más exigentes. Así, mientras México y Perú estipulan que se requiere un mínimo de veinte trabajadores para conformar un sindicato, Colombia veinticinco y Chile ocho (para establecimientos de menos de cincuenta trabajadores) o veinticinco (para empresas de más de cincuenta trabajadores), en Ecuador el mínimo es de treinta, siendo uno de los umbrales más altos en la región.

GRÁFICO 1 CONFLICTIVIDAD LABORAL EN ECUADOR (2007-2012)



FUENTE: Observatorio de Conflictividad Social (Franklin Ramírez Gallegos, coordinador), FLACSO-Ecuador. Elaboración: propia.

GRÁFICO 2 ACTORES PROTAGONISTAS DE LA CONFLICTIVIDAD EN ECUADOR (2007-2012)



FUENTE: Observatorio de Conflictividad Social (Franklin Ramírez Gallegos, coordinador), FLACSO-Ecuador. Elaboración: propia.

IV. EL FMI Y ECUADOR: REINSTALACIÓN DEL RÉGIMEN NEOLIBERAL LABORAL

1. *El FMI en América Latina*

Como es bien sabido, en 1944, 44 países industrializados firmaron los Acuerdos de Bretton Woods, y se creó tanto el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el BIRF, convertido posteriormente en el llamado grupo del Banco Mundial) como el FMI.¹⁶ En el Convenio del FMI se señala como uno de sus fines, “facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales”. Por su parte, el Convenio del BIRF incluyó una referencia al vínculo entre la inversión extranjera, el aumento de la productividad y la mejora del nivel de vida y de las condiciones de trabajo en sus territorios.

Más allá de esta cuestión, el nuevo sistema mundial orientado a conseguir la gobernanza económica no incluyó ninguna mención a la justicia social. La omisión de una referencia explícita a la actuación en materia laboral no ha impedido, como es habitual en las experiencias de integración económica,¹⁷ la actuación incisiva de las instituciones financieras en este ámbito.¹⁸

En los años noventa, las recomendaciones del Fondo se multiplicaron, desde luego no sólo en materia laboral, pero con especial incidencia en esta materia, durante el bien conocido Consenso de Washington. A manera de resumen, en la década de los noventa el FMI impulsó las reformas estructurales (como privatizaciones, reducción de gasto público y flexibilización laboral) y asumió el rol de prestamista y garante de pago de las deudas externas.¹⁹ El propio FMI reveló en un informe²⁰ que entre las principales recomendaciones

¹⁶ Para un repaso a la evolución del FMI se remite a Ugarteche, Oscar, *Arquitectura financiera internacional. Arquitectura financiera internacional. Una genealogía (1850-2015)*, Madrid, Akal, 2015.

¹⁷ Sobre esta cuestión en extenso véase Guamán Hernández, Adoración y Noguera Fernández, Albert. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad, la UE contra el constitucionalismo social*, Albacete, Bomarzo, 2015.

¹⁸ Guamán Hernández, Adoración, “Los desafíos del derecho internacional del trabajo: la OIT enfrentada a la «Lex Mercatoria» (en tiempos de Covid-19)”, *Revista de Derecho Social*, 90, 2020, pp. 47-70.

¹⁹ Nemiña, Pablo y Larralde, Juan, “Prestamista, garante y deudor. El FMI en América Latina y el Caribe en la década posterior a la crisis financiera”, *Revista Sociedade e Cultura*, 23, 2020.

²⁰ Singh, Anoop *et al.*, *Stabilization and Reform in Latin America: A Macroeconomic Perspective on the Experience since Early 1990s*, International Monetary Fund, 2005, disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/op/238/index.htm>.

para los países de América Latina, “a fin de aumentar el crecimiento económico”, se encontraban las siguientes: promover la apertura económica y la liberalización del comercio; reducir al máximo la intervención del Estado en la economía; reducir el gasto social para el saneamiento presupuestal; en materia laboral, desregular y flexibilizar el mercado laboral a fin de hacer frente a la excesiva rigidez laboral en la región.²¹

Esta intromisión del FMI en materia laboral se mantuvo más allá de los años noventa. Entre los años 1994 y 2007, el 50% de todos los programas de préstamo del FMI conllevaban condiciones laborales.²² Además, y en concreto, un tercio de las cartas de intención firmadas entre el FMI y los Estados entre 1998 y 2005 contenían compromisos de flexibilizar la regulación del mercado de trabajo.

Siguiendo con el recorrido histórico y centrando la mirada en América Latina, es interesante señalar un cierto repliegue del FMI durante una década cuyo inicio se puede cifrar en 2003. A partir de esa fecha, y por un periodo largo, países como Brasil, Argentina y Uruguay cancelaron el total de su deuda, mientras que otros, como Ecuador, consiguieron mayores márgenes de autonomía frente al capital financiero. Las razones del repliegue son variadas. Nemiña y Larralde²³ señalan, entre otras, la bonanza económica, la decisión política de los gobiernos del ciclo progresista, el restablecimiento del acceso a los mercados internacionales de crédito, la política preventiva de acumulación de reservas y la asistencia financiera de China. Todos estos factores combinados pudieron desplazar durante años al FMI como prestamista, manteniéndose su rol como garante o consultor y con la novedad de que cuatro países de la región (Brasil, México, Chile y Perú) se convirtieron en prestamistas del Fondo. Además, la presencia del FMI se mantuvo en dos aspectos: la aprobación de créditos precautorios a México, Colombia y Centroamérica y los desembolsos a países del Caribe.

El hecho de que no interviniera con la misma intensidad en América Latina no supuso, en absoluto, una inacción del FMI como prestamista. De hecho,

²¹ Ermida Uriarte, Oscar, “Globalización y relaciones laborales”, *Las relaciones laborales en el siglo XXI*, Lima, III Congreso Regional de las Américas, 1999; Goldin, Adrian, *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*, Ginebra, OIT, 2005.

²² Bohoslavsky, Juan Pablo, *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, Consejo de Derechos Humanos, 34 Período de Sesiones, Naciones Unidas A/HRC/34/57, 2017.

²³ Nemiña, Pablo y Larralde, Juan, *op. cit.*, nota 18.

aun cuando con matices, la transferencia trasatlántica de aquellos postulados y mecanismos del Consenso de Washington se plasmó en la Unión Europea durante la crisis comenzada en 2008 en el llamado “Consenso de Bruselas”.²⁴ En materia laboral, entre 2010 y 2015 se emprendieron reformas en el sentido precarizador antedicho en 89 países. Además de los países afectados por el Consenso de Bruselas, 49 eran países en desarrollo.

El regreso del FMI a América Latina era, para diversos analistas, sólo una cuestión de tiempo. Diversos condicionantes, como la falta de consolidación de una institucionalidad regional que permitiera la asistencia financiera mutua, la caída de los precios de las *commodities*, el descenso brusco de las remesas (fruto de la crisis financiera internacional) y la llegada al poder de gobiernos que aplicaron recetas neoliberales, como en Argentina (2015-2019) y Ecuador (2017-2021) abrió las puertas de nuevo al desembarco del FMI con su más clásica actuación.

2. *Captura estatal y reformas laborales preparatorias del acuerdo entre el Ecuador y el FMI*

El marco jurídico de las relaciones de trabajo y de seguridad social en el Ecuador ha experimentado desde la Constitución de Montecristi una profunda transformación en el ámbito del empleo público y privado, así como en lo relativo a las relaciones laborales individuales y colectivas. El marco constitucional documentado anteriormente no impidió que, fundamentalmente a partir de 2017, comenzaran a adoptarse normas en sentido claramente precarizador y contrario a los principios constitucionales, devaluando de manera rápida las condiciones de trabajo y rompiendo las líneas rojas constitucionales señaladas previamente.

Este proceso “deconstituyente” por la vía de la actuación directa del Poder Ejecutivo en materia laboral comenzó poco después de la toma de posesión del gobierno de Lenin Moreno en mayo de 2017.²⁵ Debe tenerse en cuenta

²⁴ Por Consenso de Bruselas entendemos el periodo de ajuste impuesto a los Estados miembros de la UE, fundamentalmente entre 2009 y 2015, en primer lugar desde la Troika y en segundo lugar desde las “Recomendaciones por país” y el “Semestre Europeo”. Sobre esta cuestión véase Guamán Hernández, Adoración y Noguera Fernández, Albert, *op. cit.*, nota 17.

²⁵ Lenin Moreno ganó las elecciones presidenciales de 2017 frente a Guillermo Lasso en una ajustada segunda vuelta, al frente de Alianza País, con el apoyo de Rafael Correa, y sobre la base popular del correísmo, con un programa continuista de corte socialdemócrata y alejado de los postulados fondomonetaristas.

que, como relatan Weisbrot y Arauz,²⁶ el gobierno de Moreno solicitó un préstamo al FMI en octubre de ese año. Las negociaciones se mantuvieron en la sombra, incluso se negaron públicamente, hasta poco antes del anuncio del cierre del acuerdo. Sin embargo, mientras se sostuvo la negociación, el gobierno fue adoptando las precondiciones exigidas para posibilitar el acuerdo. Esto se explica, en parte, porque por ese entonces ya había iniciado lo que se conoce como la captura estatal. Esto se puede observar en la composición del gabinete del gobierno, cuyo sesgo empresarial ya se consolidaría para el siguiente año. Tras la consulta popular de febrero 2018 y los debates de la llamada “Ley Trole 3”, las principales carteras de gobierno fueron asumidas por los representantes de las cámaras de comercio y de grandes empresas exportadoras en carteras como economía y finanzas, comercio exterior y trabajo. Algunas de las normas aprobadas desde ese momento por los ministros de esos sectores evidencian la clara defensa de los intereses de grandes grupos económicos a quienes estaban vinculados, apuntalando además la reconexión de Ecuador con las redes de *lex mercatoria* regionales.

Uno de los paradigmas de esta captura ha sido el Ministerio del Trabajo, y en concreto su ministro, Raúl Ledesma, cuya vinculación con el sector empresarial bananero era evidente (su padre era el director de la Asociación de Exportadores de Banano del Ecuador). El ministro, haciendo un uso desviado del artículo 23.1 del Código de Trabajo, comenzó a utilizar la figura del acuerdo ministerial para ir configurando un nuevo modelo de relaciones de trabajo, en un principio sector por sector y posteriormente de manera generalizada. Las reformas acometidas a través de estos acuerdos²⁷ se orientaron a permitir una protección absoluta de los intereses de la empresa, por dos vías fundamentales: la primera, a través de la reducción de la inspección de trabajo; la segunda, mediante la generalización de la contratación temporal y

²⁶ Weisbrot, Mario y Arauz, Andrés, “Obstáculos al crecimiento. El programa del FMI en Ecuador”, Center for Economic and Policy Research, 2019.

²⁷ El Acuerdo Ministerial 110 (2017) expide “las normas generales aplicables a las inspecciones integrales del trabajo”; Acuerdo Ministerial MDT-2018-0074 (2018) para el sector bananero; Acuerdo Ministerial 75 MDT-2018 para el Sector Florícola; Acuerdo Ministerial 73 MDT-2018, regula modalidades contractuales para el sector turístico; Acuerdo Ministerial 97 MDT-2018, regula modalidades contractuales para el sector ganadero; Acuerdo Ministerial 96, MDT-2018, regula modalidades contractuales para el sector agrícola. Este acuerdo es la reforma más paradigmática de la precarización laboral. Para la totalidad de trabajadores del sector, el Acuerdo crea el Contrato de Trabajo Especial por Actividades a Jornada Parcial para Sector Agrícola. La precariedad de este contrato, que no tiene ni siquiera mínimo de horas, es absoluta. Además, se repite que la jornada y los descansos serán determinados por el empleador previo acuerdo por el trabajador. No se menciona el reconocimiento de la contratación colectiva.

la flexibilización de la jornada laboral, lo cual muestra la desprotección y la merma de derechos laborales a las que estuvieron abocadas estas reformas.

Debe tenerse en cuenta que el texto del artículo 23.1 del CT permite que “el Ministerio del ramo regule aquellas relaciones de trabajo especiales que no estén reguladas en este Código, de acuerdo con la Constitución de la República”. Sin embargo, los acuerdos ministeriales aprobados vulneran de manera frontal los diques tuitivos del bloque de laboralidad de la Constitución de Montecristi. Como puede observarse, sector a sector, con mayor prudencia primero y sin ningún tipo de límite razonable en los últimos acuerdos, el Ministerio fue extendiendo la contratación temporal sin causa en la totalidad de los sectores y adelantándose, así, a la devaluación interna en materia laboral que el FMI integró posteriormente en las condiciones para el préstamo.²⁸

3. La consolidación del régimen laboral neoliberal: la política laboral del FMI llega a Ecuador

Todas las reformas anteriores fueron un preludeo de la reforma global que el gobierno ha pactado con el FMI y con las cámaras empresariales. El 21 de febrero de 2019 el gobierno de la República del Ecuador y el directorio ejecutivo del FMI anunciaron un acuerdo sobre un conjunto de políticas para respaldar un acuerdo de 4.2 mil millones de dólares en el marco del servicio ampliado (SAF) del organismo. El 1o. de marzo del mismo año, el Ministerio de Economía y Finanzas de Ecuador y el Banco Central del Ecuador dirigieron, en representación del Estado ecuatoriano, una carta de intención al FMI para solicitar un préstamo de 3.035 millones de dólares. La contratación de deuda externa con el FMI fue aprobada por el Comité de Deuda y Financiamiento mediante el Acta resolutive 006 del 11 de marzo de 2019. No hubo ningún otro acto formal de aprobación del acuerdo con el FMI. Desde algunos sectores políticos, como el correísmo, y espacios de la sociedad civil²⁹

²⁸ No fueron las únicas. A modo de ejemplo debe recordarse que el 21 de marzo de 2018, el gobierno dispuso la eliminación de la Ley Orgánica para Evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos, conocida como “Ley de Plusvalía”, que había estado en vigor desde el 30 de diciembre de 2016 y estaba orientada a evitar la especulación del suelo, pero sobre todo a disputar la desigualdad de la riqueza. Poco tiempo después, desde el Ministerio de Economía se presentó la “Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción De Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal” (publicada en Registro Oficial del 21 de agosto de 2018).

²⁹ Disponible en: <https://cdes.org.ec/web/acuerdo-con-el-fmi-revela-importantes-danos-en-los-derechos-economicos-y-sociales/>.

se cuestionó el acuerdo por su inconstitucionalidad, por la opacidad en la negociación, y por el contenido de lo comprometido.

En materia laboral cabe destacar dos grandes líneas de devaluación: la primera, orientada a la llamada “reducción del déficit fiscal primario no-petrolero”, cuya principal herramienta es el recorte del empleo público y los salarios. Esta reducción ya había comenzado antes de la firma con el Fondo: en junio de 2019, el empleo público se había reducido en 605,665 personas.³⁰ El cumplimiento de los ajustes en la masa salarial se acometió por distintas vías, que sirvieron como elemento de negociación en el acuerdo firmado con el Banco Interamericano de Desarrollo en mayo 2019, a efectos de desarrollar el denominado “Programa de Emergencia para la Sostenibilidad Macroeconómica y la Prosperidad”.³¹

Esta reducción del sector público fue considerada inconstitucional, por contravenir los artículos 229.2, respecto de los derechos de las servidoras y servidores públicos, y el más genérico 276.³² En términos de los compromisos internacionales, esta reducción del empleo público y su clara afectación a la capacidad del Estado para prestar servicios públicos es contraria a las obligaciones establecidas en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La segunda línea de devaluación en materia laboral se ubica en el ámbito de regulación de las relaciones de trabajo. En el acuerdo con el FMI el gobierno se comprometió a una reforma laboral de calado en tres grandes líneas: 1) fomentar los contratos laborales menos rígidos “que puedan apoyar particularmente un aumento en la participación de la fuerza laboral femenina y oportunidades de empleo juvenil”; 2) aumentar el periodo de prueba, y 3) reducir los costos de contratación y de despido, eliminado la indemnización en caso de renuncia del trabajador. Estas medidas no se compadecen con el marco constitucional de las relaciones laborales, en concreto con los artículos 33 y 337. Por añadidura, llama la atención el fomento explícito de la introducción de medidas discriminatorias: en el memorando económico del FMI se señala que “la introducción de contratos laborales menos rígidos beneficiará en particular a las mujeres que prefieran trabajar a tiempo parcial o en em-

³⁰ Disponible en: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/empleo-junio-2019/>.

³¹ Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-2056220512-6297>.

³² Este artículo obliga al Estado a “construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario, sostenible, basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable”.

pleos temporales, lo cual aumentará su participación en el mercado laboral”. La discriminación por cuestión de género está evidentemente prohibida en el ámbito laboral en el artículo 331. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 424 establece la prevalencia de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Ecuador tiene compromisos anteriores derivados de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados, en concreto 62 convenios de la OIT, que no puede desconocer para cumplir con las obligaciones derivadas del acuerdo con el Fondo.

Como modo de concretar las medidas afines al acuerdo con el FMI, el 1 de octubre de 2019 el presidente Lenin Moreno anunció en cadena nacional una serie de nuevas medidas económicas y laborales. Éstas consistían en políticas de ajuste económico y social orientadas a rebajar la carga tributaria a los grandes grupos económicos, liberalizar el comercio (retirar y disminuir aranceles), reducir el impuesto a la salida de divisas, flexibilizar las condiciones laborales, reducir el empleo en el sector público y privado, así como privatizar un conjunto de empresas estatales. La eliminación del subsidio a los combustibles, vigente en el país desde hace cuarenta años, y que operaba a modo de “selectividad estratégica”, ante el cual los distintos actores socioeconómicos posicionaban sus estrategias (por ejemplo, los transportistas), se adoptó de manera instantánea mediante el Decreto ejecutivo 883. Fue particularmente esta decisión la llama que activó la rebelión popular, que asumió la forma de un paro nacional durante doce días. Con la eliminación del subsidio, los precios del diésel se duplicaron, la gasolina normal se elevó un 25% y el precio del transporte aumentó en un 40%. Las protestas contra las reformas anunciadas, con un enfoque claro de rechazo al acuerdo con el FMI, se desataron desde el día siguiente al anuncio y fueron contestadas por el Ejecutivo de inmediato.

La adopción del decreto de Estado de excepción (Decreto ejecutivo 884) y la actuación desproporcionada de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado convirtieron al paro nacional en un ataque a la sociedad civil y a la ciudadanía movilizadas, que se saldó con 249 presuntas violaciones de derechos humanos, incluyendo seis ejecuciones extrajudiciales, veintidós atentados contra el derecho a la vida, tres casos de violencia sexual y veinte lesiones oculares.³³

³³ Entre los días 28 y 30 de octubre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) visitó Ecuador para analizar la situación del país. Sus observaciones se presentaron el 14 de enero de 2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>. Por su parte, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones

Estos hechos, denunciados por organismos regionales a internacionales de derechos humanos, fueron objeto de una investigación llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo de Ecuador. La principal conclusión del extenso informe de la Comisión³⁴ fue la existencia de presuntas violaciones de derechos humanos, cometidas principalmente por integrantes de la policía nacional y de las fuerzas armadas contra la población. Todo ello, además, mediante actuaciones efectuadas de manera reiterada y en forma de ataque generalizado, lo cual podría implicar la existencia de un crimen de lesa humanidad. Por añadidura, el informe concluye que el gobierno posicionó “una interpretación parcial de la realidad”, con una “agenda desestabilizadora” para justificar el uso de la fuerza.

En el mismo informe, la Comisión reiteraba la vinculación entre las protestas y las reformas implementadas por el gobierno para respaldar el préstamo de 4.2 mil millones de dólares en el marco del servicio ampliado (SAF) del FMI. Esta vinculación de la protesta con el acuerdo y con las medidas de ajuste social de él derivadas ya había sido señalada, y criticada, por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Asimismo, una de las críticas que más claramente evidencian la incompatibilidad de estas reformas con el constitucionalismo social (e internacional) derivó del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el cual se mostró preocupado por el impacto del acuerdo sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, era la línea principal sobre la cual había pedido información al Estado.³⁵

Lejos de atender al parecer del Comité y a las obligaciones contraídas en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Unidas manifestó el 23 octubre de 2019 su consternación por la respuesta de las fuerzas de seguridad frente a las protestas. Véase información disponible en: <https://www.refworld.org/docid/5db1efd24.html>.

³⁴ *Informe de la Comisión Especial para la verdad y la justicia respecto de los hechos ocurridos en Ecuador durante las protestas de octubre de 2019*, disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2942/1/PE-002-DPE-2021.pdf>.

³⁵ El Comité señaló que “está preocupado por las modalidades de implementación del estado de emergencia, declarado el 3 de octubre de 2019, frente a las protestas contra la adopción de algunas medidas de austeridad, en particular en lo que pueda afectar a la suspensión de la libertad de asociación. Al Comité también le preocupa la situación de violencia en el contexto de la protesta social en oposición a las medidas de austeridad, en ocasiones con actos de vandalismo, y el uso, en momentos desproporcionado, de la fuerza frente a manifestantes y defensores de derechos humanos, incluso por parte de la fuerza militar (artículo 2, párrafo 1)”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador, 14 de noviembre de 2019, Naciones Unidas.

Culturales,³⁶ el gobierno de Moreno persistió en la línea de devaluación señalada, que se profundizaría de una forma criminal y en una clave necropolítica durante la pandemia de la Covid-19.

V. PANDEMIA Y CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL NEOLIBERAL

El conjunto de las reformas detalladas previamente han provocado y provocan un retroceso de magnitudes históricas en las condiciones de vida de las personas que habitan en Ecuador. Entre 2016 y 2019 Ecuador ha incorporado a 1,87 millones de personas a la pobreza. Si se atiende a la pobreza extrema, observamos que entre 2016 y 2019 más de 98 mil personas retornaron a esta situación. Si sumamos las incorporadas en el año pandémico, 2020, tenemos un total de 1.17 millones de personas en condición de pobreza extrema. La lacra del trabajo infantil ha vuelto a ser un problema acuciante en el Ecuador, y en 2019 ya se situaba en el 8,9%, el nivel más alto observado entre 2007 y 2019. En esta misma línea, la pobreza multidimensional en el área rural ha aumentado en casi once puntos: siete de cada diez personas son pobres en dimensiones no sólo en términos de ingresos, sino también educativos, de salud, seguridad social y hacinamiento.³⁷ Además, si en 2019, diez de catorce indicadores de pobreza se deterioraron, en 2020 todos lo hicieron.³⁸

En términos laborales, observamos cómo la desregulación y la precarización han permeado el conjunto del sistema laboral ecuatoriano, exacerbándose en plena pandemia en un acto de irresponsabilidad, que podría calificarse como una directa vulneración de los derechos humanos de las y los trabajadores del Ecuador.

Nos estamos refiriendo, en concreto, a la mal llamada Ley Humanitaria, aprobada por la Asamblea en junio de 2020.³⁹ Esta aprobación estuvo salpi-

³⁶ Carta abierta a los Estados parte sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, del 16 de mayo de 2012.

³⁷ Castillo Añazco, Roberto y Jácome Pérez, Fausto, *Medición de la Pobreza Multidimensional*, disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2017/Pobreza_Multidimensional/ipm-metodologia-oficial.pdf.

³⁸ Para una explicación de cada uno de estos indicadores y su análisis, véase <https://coyuntura.ceiee.org/2020/02/02/el-retroceso-en-los-indicadores-laborales-del-plan-nacional-de-desarrollo-2017-2021-incluyendo-el-trabajo-infantil/>.

³⁹ Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Preservar el Empleo, Regular los Despidos y otras Medidas Sociales y Económicas, 22 de junio del 2020, *Suplemento del Registro Oficial*, núm. 229.

cada por varios casos de corrupción perpetrados por el gobierno, dado que al no contar con los votos suficientes “debió” tejer alianzas políticas a cambio de prebendas, como el reparto de cuotas de poder en instituciones públicas, como hospitales.⁴⁰

Entre otras medidas, esta norma establecía las siguientes medidas: los “acuerdos de preservación del empleo” mediante los cuales empleadores y trabajadores podrán de común acuerdo modificar las condiciones económicas de la relación laboral, con la finalidad de preservar las fuentes de trabajo y garantizar estabilidad a los trabajadores, estableciendo la ley las condiciones mínimas para la validez de los acuerdos y la sanción al incumplimiento del acuerdo entre las partes (la realidad fue la imposición de la voluntad del empleador y la ausencia de sanciones); la creación del contrato especial emergente, un contrato de duración determinada de un año para la sostenibilidad de la producción de fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificación del giro del negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de las personas naturales o jurídicas (es decir, la descausalización total de la temporalidad); la reducción emergente de la jornada de trabajo por eventos de caso fortuito o fuerza mayor a voluntad del empleador hasta un máximo del 50% con disminución proporcional de salario; la fijación unilateral por un año de vacaciones o la consideración como tales de los días de inasistencia al trabajo.

De la incapacidad del gobierno de Moreno para gestionar la pandemia no cabe duda. El desmantelamiento deliberado de los servicios públicos, en particular salud y educación, impactaron directamente sobre la capacidad del Estado de proteger el bien más importante, como es la vida de la ciudadanía. El presupuesto en las áreas de educación y salud se redujo, mientras que el país continuó pagando las obligaciones financieras con el FMI, incluso contra la estipulación por parte de este de un “periodo de alivio” de dos años para que determinados países puedan afrontar las deudas.⁴¹ Es en este contexto que varias y varios analistas diagnosticaron la “necropolítica” como forma guber-

⁴⁰ Ramírez Gallegos, Franklin, Vizuete, Daniel y Bermejo, “Virus, neoliberalismo y necropolítica en Los Andes —Un contrapunto ecuatoriano-peruano—”, en Gutiérrez, G. *et al.* (coords.), *Pandemia y crisis. El Covid-19 en América Latina*, Guadalajara, CALAS, 2021.

⁴¹ Disponible en: <https://www.dn.com/es/fmi-aprueba-un-alivio-de-denda-para-25-pa%C3%ADses-ante-crisis-por-coronavirus/a-53112465>.

namental de (des)gestionar la pandemia por parte del gobierno de Moreno y otros afines, como el de Jair Bolsonaro en Brasil.⁴²

A esta incapacidad, teledirigida por los intereses de la *lex mercatoria*, se le añade una actuación conscientemente orientada a vulnerar los derechos humanos, plasmada en las distintas reformas laborales proempresariales que se abordaron en plena crisis sanitaria. Contra las recomendaciones de la OIT, contra el ejemplo de cómo se abordaba la situación en los países europeos, incluso en Estados Unidos, el gobierno de Moreno decidió dar una vuelta de tuerca a las condiciones de explotación laboral, otorgando todo el poder a los empresarios y dejando a las y los trabajadores absolutamente desamparados, sin recursos para sostener sus vidas ni para protegerse contra el virus.

VI. CONCLUSIONES

El contexto ecuatoriano que se viene desarrollando desde 2017 es sintomático de la desregulación de las relaciones laborales y su precarización, motorizadas desde el terreno estatal, capturado por factores de poder, como son las elites económico-financieras comprometidas con los organismos internacionales de crédito, como el FMI. Este texto abordó las distintas fases en que desde el Estado ecuatoriano se desmontó el régimen laboral instalado en el marco del proceso constituyente entre 2007 y 2008. Este régimen procuró constitucionalizar el derecho al trabajo digno y amplió derechos laborales anteriormente impensados en el país andino, como el fin de la tercerización laboral. Sin embargo, esta constitucionalización no impidió que el gobierno asumido en 2017, que imprimió súbitamente un giro político-ideológico afín a las ideas neoliberales, arrasara con las conquistas laborales de los años previos. Este momento de máximo despojo laboral se concretó con el arribo, nuevamente, del FMI al país andino.

Hace unos años, Cuevas Valenzuela afirmaba, haciéndose eco de la obra clásica de Guy Standing, *The Precariat*, que “el trabajo precario frecuentemente ha sido un elemento constitutivo de la estrategia de desarrollo de las élites dirigentes que conciben a sus países como jugadores subalternos sometidos a

⁴² Ribeiro Castillo, Daniela y De Souza Lemos, Esther, “Necropolítica e governo Jair Bolsonaro: repercussões na seguridade social brasileira”, *Revista Katálysis*, 24, 2021, pp. 269-279. Ramírez Gallegos, Franklin *et al.*, *op. cit.*, nota 38.

la influencia de instituciones financieras internacionales”.⁴³ En efecto, el caso de estudio que se abordó en este trabajo mostró las relaciones de cooperación y connivencia entre las elites criollas y los organismos internacionales, como el FMI. Esta estrategia, señalada por el autor, aludía a las acciones llevadas adelante por las elites del Sur global, incluido América Latina; pero a nadie se le escapa el paralelismo entre el comportamiento de las elites latinoamericanas en los años ochenta y fines de los noventa, el seguido por las instituciones europeas desde la crisis de 2008 y el que actualmente se está imponiendo de nuevo en América Latina (Brasil y Ecuador son claros ejemplos). En los tres momentos históricos, y en las tres fases señaladas en este texto para el caso de Ecuador entre 2017 y 2020, el FMI ha sido el protagonista. En el marco de su intervención, la anulación del trabajo con derechos y la concomitante implantación del “derecho neoliberal del trabajo” conlleva y persigue la anulación del trabajo y el/la trabajador/a como clase y sujeto político. En esta tarea hay discursos y prácticas comunes que permean las distintas realidades y que suponen una clara ofensiva contra el poder del sujeto trabajo, para convertirlo en individuo despojado de todo, salvo de su capacidad para vender su fuerza de trabajo. Entre estas prácticas destaca la sublimación, política y jurídica, del concepto de “emprendedor”; la utilización de la digitalización, la revolución tecnológica, las plataformas digitales,⁴⁴ y ahora la masividad del teletrabajo en el contexto pandémico, cuya extensión no se ve acompañada, en particular, en la realidad latinoamericana de una regulación laboral que permita la protección del trabajo. Este conjunto de cambios son utilizados desde ciertos sectores para amenazar con un “fin del trabajo” que debe implicar la asunción de mayores tasas de explotación sobre aquellas y aquellos que tienen la “fortuna” de mantener un trabajo asalariado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, “Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras interna-

⁴³ Cuevas Valenzuela, Hernán, “Precariedad, precariado y precarización. Un comentario crítico desde América Latina a *The Precariat. The New Dangerous Class de Guy Standing*”, *Polis, Revista Latinoamericana*, vol. 14, núm. 40, 2015, pp. 313-329.

⁴⁴ CEPAL, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe: trabajo decente para los trabajadores de plataformas en América Latina, 2021, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46955-coyuntura-laboral-america-latina-caribe-trabajo-decente-trabajadores-plataformas>.

- cionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales”, Consejo de Derechos Humanos, 34 Periodo de Sesiones, Naciones Unidas A/HRC/34/57, 2017
- CAÑETE, Rosa, *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos*, Oxfam Internacional, 2018.
- CASTILLO AÑAZCO, Roberto y JÁCOME PÉREZ, Fausto, *Medición de la pobreza multidimensional*, disponible en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2017/Pobreza_Multidimensional/ipm-metodologia-oficial.pdf.
- CEPAL, *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe: trabajo decente para los trabajadores de plataformas en América Latina*, 2021.
- COLLIER, Ruth y COLLIER, David, *Shaping the Political Arena. Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America*, Princeton, Princeton University Press, 1991.
- CUEVAS VALENZUELA, Hernán, “Precariedad, precariado y precarización. Un comentario crítico desde América Latina a *The Precariat. The New Dangerous Class de Guy Standing*”, *Polis, Revista Latinoamericana*, vol. 14, núm. 40, 2015.
- ERMIDA Uriarte, Oscar, “Globalización y relaciones laborales”, *Las relaciones laborales en el siglo XXI*, Lima, III Congreso Regional de las América, 1999.
- EVANS, Peter, “El Estado como problema y como solución”, *Revista Desarrollo Económico*, núm. 140, vol. 35, 1996.
- GARZA, Enrique de la y MELGOZA, Javier, “Los ciclos del movimiento obrero mexicano en el siglo XX”, *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, 2 (2), 1996.
- GOLDIN, Adrián, *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*, Ginebra, OIT, 2005.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad, la UE contra el constitucionalismo social*, Albacete, Bomarzo, 2015.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Los desafíos del derecho internacional del trabajo: la OIT enfrentada a la «Lex Mercatoria» (en tiempos de Covid-19)”, *Revista de Derecho Social*, 90, 2020.
- HERRERA REVELO, Gonzalo Stalin, “Situación, estrategia y contexto de los sindicatos en el Ecuador”, *Documentos de Trabajo CLACSO-UMET*, “Nuevos modelos sindicales en América Latina y el Caribe”, 2015.

- JESSOP, Bob, *The State: Past, Present and Future*, Cambridge, Polity Press, 2016.
- NEMIÑA, Pablo y LARRALDE, Juan, “Prestamista, garante y deudor. El FMI en América Latina y el Caribe en la década posterior a la crisis financiera”, *Revista Sociedade e Cultura*, 23, 2020.
- PALOMINO, Héctor, “Un nuevo indicador del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Los conflictos laborales en la Argentina 2006-2007”, *Serie Estudios*, (7), 2007.
- PORRAS, Angélica, “Las reformas laborales en el Ecuador 2009”, *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Programa Andino de Derechos Humanos, Quito, Abya Yala, 2010.
- RAMÍREZ GALLEGOS, Franklin *et al.*, “Virus, neoliberalismo y necropolítica en Los Andes —Un contrapunto ecuatoriano-peruano—”, en GUTIÉRREZ, G. *et al.* (coords.), *Pandemia y crisis. El Covid-19 en América Latina*, Guadalajara, CALAS, 2021.
- RAMÍREZ GALLEGOS, Franklin y STOESSEL, Soledad, “Transformations of Workers Mobilization in Latin America”, in ROSSI, Federico M. (ed.), *The Oxford Handbook of Latin American Social Movements*, Oxford, Oxford University Press, Forthcoming.
- RIBEIRO CASTILHO, Daniela y DE SOUZA LEMOS, Esther, “Necropolítica e governo Jair Bolsonaro: repercussões na seguridade social brasileira”, *Revista Katálysis*, 24, 2021.
- SINGH, Anoop *et al.*, *Stabilization and Reform in Latin America: A macroeconomic perspective on the experience since early 1990s.*, International Monetary Fund, 2005.
- STOESSEL, Soledad, *Conflictividad laboral en el Ecuador de la Revolución Ciudadana* (en prensa).
- UGARTECHE, Oscar, *Arquitectura financiera internacional. Una genealogía (1850-2015)*, Madrid, Akal, 2015.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 22, 2017.
- WEISBROT, Mario y ARAUZ, Andrés, “Obstáculos al crecimiento. El programa del FMI en Ecuador”, *Center for Economic and Policy Research*, 2019.

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO*

POSSIBILITIES AND LIMITS OF LABOUR REFORM
IN MEXICO

POSSIBILITÉS ET LIMITES DE LA RÉFORME
DU TRAVAIL AU MEXIQUE

David FOUST RODRÍGUEZ**
Luis Ignacio ROMÁN MORALES***
Miguel Ángel ÁLVAREZ RODRÍGUEZ****

RESUMEN: El marco institucional de las relaciones laborales en México ha sufrido cambios significativos recientemente. Algunos de los más relevantes son la implementación de una política de recuperación de los salarios mínimos, la ratificación del Convenio 98 de la OIT y la reforma laboral integral. ¿En qué medida esta reforma laboral puede modificar las relaciones laborales en México? ¿Podrán los trabajadores ejercer sus

* Recibido el 4 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2021.

** Profesor e investigador del Departamento en Economía, Administración y Mercadología (DEAM) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO). Doctor en ciencias sociales por la Universidad de Guadalajara, SNI (candidato), miembro de la Red Mexicana de Investigación en Política Social (REMIPSO), excoordinador del Centro de Reflexión y Acción Laboral-Guadalajara (CEREAL), foust@iteso.mx.

*** Profesor e investigador del DEAM del ITESO. Doctor en estructuras productivas por la Universidad de París VII, SNI (nivel I); miembro de la REMIPSO, iroman@iteso.mx.

**** Profesor en el ITESO, responsable del programa de Seguridad Ciudadana y Justicia en el Centro Universitario para la Dignidad y la Justicia Francisco Suárez, S. J. Abogado; maestro en estudios filosóficos por la Universidad de Guadalajara; excoordinador del CEREAL-Guadalajara, maar@iteso.mx.

Los autores agradecen el apoyo como asistentes de investigación de Yaidzu P. Nakashima Paniagua y de Fátima A. Garibay Gómez.



derechos de libertad sindical y de negociación colectiva sin temor a represalias?

Este artículo aborda estas preguntas. A partir de un análisis de casos recientes del movimiento obrero y de las implicaciones de la reforma laboral, se ofrece un marco teórico y un esbozo de investigación futura para su discusión.

Palabras clave: derechos laborales, libertad de asociación, negociación colectiva, reforma laboral, sistema de relaciones laborales en México.

ABSTRACT: The institutional framework of labour relations in Mexico has undergone significant changes recently. Some of the more relevant are implementing a policy to recover minimum wages, ratification of ILO Convention 98, and comprehensive labour reform. To which extent can this labour reform modify labour relations in Mexico? Will the workers be able to exercise their rights to freedom of association and collective bargaining without fear of reprisals?

This article addresses these questions. Based upon an analysis of recent labour movement cases and labour reform implications, a theoretical framework and an outline for further research are offered for discussion.

Keywords: labour rights, labour reform, freedom of association, collective bargaining, industrial relations system in Mexico.

RÉSUMÉ: Le cadre institutionnel des relations de travail au Mexique a subi récemment des changements importants. Certains des changements les plus pertinents sont la mise en œuvre d'une politique de recouvrement des salaires minimums, la ratification de la Convention 98 de l'OIT et une réforme complète du travail. Dans quelle mesure cette réforme du travail peut-elle modifier les relations de travail au Mexique? Les travailleurs seront-ils en mesure d'exercer leurs droits à la liberté d'association et à la négociation collective sans crainte de représailles?

Cet article aborde ces questions. Sur la base d'une analyse des cas récents du mouvement ouvrier et des implications de la réforme du travail, un cadre théorique et un aperçu des recherches futures sont proposés à la discussion.

Mots clés: droits du travail, réforme du travail, liberté d'association, négociation collective, système de relations industrielles au Mexique.

SUMARIO: I. *Comprendiendo las principales implicaciones de la reforma laboral en México.* II. *Derechos laborales fundamentales y sistema de relaciones industriales en México.* III. *¿Qué esperanzas podemos tener en la transformación del sistema de relaciones industriales mexicano? Un análisis preliminar.* IV. *Potenciales implicaciones económicas de este giro en la política laboral.* V. *Referencias.*

I. COMPRENDIENDO LAS PRINCIPALES IMPLICACIONES DE LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO

En el contexto más amplio del cambio de gobierno federal mexicano, y de las presiones del gobierno, del Congreso y de los sindicatos estadounidenses por obtener más elevados estándares laborales en México como condición de aprobación de un nuevo tratado de libre comercio,¹ el marco institucional de las relaciones industriales en México ha tenido cambios significativos en los últimos años (2018-2021), especialmente en relación con los derechos laborales; algunos de los cambios más relevantes han sido los aumentos al salario mínimo, que rompieron la inercia de estancamiento de años anteriores, la ratificación del Convenio 98 de la OIT, la reforma laboral promulgada el primero de mayo de 2019 y la reforma a la subcontratación (*outsourcing*). Si estos cambios se implementan hasta sus últimas consecuencias, podrían transformar radicalmente el sistema de relaciones industriales en México, tornándolo más democrático e incluyente. No obstante, comprendemos que el sistema de relaciones industriales² no está conformado únicamente por el marco regulatorio formal, sino por “un determinado contexto, ciertos actores, una ideología que mantiene unido a dicho sistema, y un cuerpo de reglas creado para gobernar a los actores en el lugar del trabajo y en la comunidad laboral”.³

¿En qué medida estas reformas pueden modificar las relaciones laborales en México? ¿Podrán los trabajadores ejercer sus derechos de libertad de asociación y negociación colectiva sin temor a represalias? ¿Cuáles son los principales obstáculos para la aplicación de estas reformas y políticas, y cómo

¹ Reuters, “Mexican Senate passes labor bill, key to approving new NAFTA”, *Reuters*, 29 de abril de 2019; disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-usmca-mexico-idUSKCN1S601P>, consultado el 29 de mayo de 2021.

² En este artículo usaremos “sistema de relaciones industriales” y “sistema de relaciones laborales” de manera indistinta, si bien estamos adoptando el concepto de sistema de relaciones industriales de Dunlop, John T., *Industrial Relations Systems*, Nueva York, Holt, 1958.

³ Dunlop, *op. cit.*, pp. 25, 28 y 30.

pueden el gobierno y otros actores destacados modificar el *statu quo*? ¿En qué medida esta reforma laboral se queda corta en cuanto a la promoción de los derechos de los trabajadores? ¿Cómo puede contribuir este giro en la política a aliviar la pobreza, combatir la desigualdad y configurar una economía creciente más equitativa?

En la primera sección del texto recorreremos el contexto histórico de las relaciones laborales mexicanas, y describiremos las principales características del sistema mexicano de relaciones industriales y los elementos críticos de la reforma laboral de 2019. Con base en el análisis de casos de eventos relativamente recientes dentro del movimiento laboral, la segunda sección del artículo presentará un análisis y evaluación preliminar de la viabilidad de la transformación del sistema de relaciones laborales mexicano. En la tercera y última sección se abordarán las posibles implicaciones económicas de este giro en la política laboral a modo de conclusiones.

II. DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES Y SISTEMA DE RELACIONES INDUSTRIALES EN MÉXICO

Las actuales relaciones laborales en México han estado enmarcadas en una estructura legal, institucional y operativa, que resulta de múltiples disputas históricas entre intereses económicos conservadores, estructuras corporativas subordinadas al poder público y organizaciones emergentes de trabajadores de apoyo a los mismos, desde inicios del siglo XX, cuando estaba concluyendo la lucha armada de la Revolución mexicana.⁴ Esta dialéctica llevó al régimen posrevolucionario a ceder en algunas demandas centrales de los sectores más cercanos a posiciones socialistas y anarcosindicalistas: principalmente, el artículo 123 de la Constitución y la Ley Federal del Trabajo de 1931 (jornada máxima, derecho a formar sindicatos y hacer huelgas, criterios preferenciales en favor del trabajador y, eventualmente, salarios mínimos, entre otras).⁵

Desde un principio, el artículo 123 constitucional y, en particular, su muy tardía traducción operativa en la Ley Federal del Trabajo de 1931 (catorce

⁴ Bensusán, Graciela y Middlebrook, Kevin J., *Sindicatos y política en México: cambios, continuidades y contradicciones*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-UAM-Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2013, capítulo 1; Bensusán, Graciela, “Diseño legal y desempeño real: México”, en Bensusán, Graciela (coord.), *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina*, México, H. Cámara de Diputados-UAM-Porrúa, 2006, pp. 313-319.

⁵ *Idem*.

años después de la Constitución de 1917) venían caminando como un esfuerzo de equilibrista entre la necesidad del sistema político de legitimarse ante las clases trabajadoras y, al mismo tiempo, seguir contando con las inversiones del empresariado nacional y extranjero.⁶ Los empresarios advertían que la ley de 1931 no podría implementarse como tal.⁷ El régimen respondía otorgándose un amplio margen de discrecionalidad en el manejo del sistema de relaciones industriales; reservándose la tutela, acompañamiento y control de las organizaciones de trabajadores, e incorporando progresivamente distintos mecanismos de distribución de la riqueza,⁸ sin un correspondiente desarrollo político de los trabajadores.⁹ Rott¹⁰ lo describe así: “puesto que el proletariado era muy débil y disponía de escasas bases organizacionales, el Estado se convirtió desde el comienzo en el garante y también en controlador de sus derechos” (énfasis nuestro).

Los intentos desplegados por sectores organizados de la clase trabajadora (maestros, médicos y ferrocarrileros) por sacudirse el tutelaje estatal y constituirse como sujetos colectivos protagonistas de su propio desarrollo fueron la ocasión para que el régimen posrevolucionario hiciera uso de todo el repertorio de mecanismos de concesiones parciales, cooptación, división control y represión que enuncian Piven y Cloward¹¹ en su estudio clásico de los movimientos sociales estadounidenses. Quizá la respuesta más paradójica fue la Nueva Ley Federal del Trabajo de 1970, que en lugar de democratizar el sistema de relaciones industriales posibilitó un mayor control estatal en los importantes procesos de sindicalización, negociación colectiva y huelga.¹² La dupla sindicatos oficiales (sea de empresa o ligados a una central priísta) y “contratos colectivos de protección patronal” se convirtió en el sello distintivo, “el principal vicio, de las relaciones obrero-patronales en México”.¹³

⁶ Bensusán, *ibidem*, pp. 315-319.

⁷ *Ibidem*, p. 317.

⁸ Instituciones de seguridad social, transporte público masivo, vivienda de interés social, infraestructura deportiva, créditos para el consumo, salarios mínimos, etcétera.

⁹ Bensusán, *idem*; Bensusán y Middlebrook, *idem*.

¹⁰ Rott, 1975, cit. en Dombois, Rainer y Pries, Ludger, *Relaciones laborales entre mercado y Estado. Sendas de transformación en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2000, pp. 54 y 55.

¹¹ Piven, Frances Fox y Cloward, Richard, *Poor People's Movements. Why they Succeed, how they Fail*, Nueva York, Vintage Books, 1977, pp. 7, 17 y 27-31.

¹² Bensusán, *op. cit.*, p. 319.

¹³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 330.

Lo que en un principio parecía equilibrado se fue transformando en un sistema desigual a favor del capital.¹⁴ La Confederación de Trabajadores de México (CTM) fue monopolizando espacios de representación y logrando pactos que beneficiaban a sus cúpulas, mas no a sus representados. “En los ochentas proliferaron los sindicatos oficiales y los contratos colectivos de protección patronal”.¹⁵ Los salarios medios y los salarios mínimos fueron cayendo, al igual que la “prima sindical”.¹⁶ Cayeron, también, la tasa de sindicalización y el número y frecuencia de las huelgas.¹⁷

Desde el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial se ha alegado que la legislación laboral favorece al trabajador, dificulta el despido y, en general, configura un sistema legal rígido, de mucha exigencia.¹⁸ Fujii¹⁹ sostiene que no hay rigidez, sino una flexibilidad de hecho. Con base en el trabajo de Bensusán,²⁰ y un conjunto de indicadores oficiales relativos a salarios (mínimo, medio de manufactura y promedio base de cotización), seguridad social, prestaciones sociales, duración de la jornada de trabajo, contratación y despido de trabajadores, se demuestra que, de hecho, las relaciones laborales en México son flexibles. De acuerdo con Fujii,²¹ “cuatro factores explican esta flexibilidad: la segmentación del mercado laboral; el desempleo; la debilidad

¹⁴ Bensusán, *op. cit.*, p. 314.

¹⁵ Bensusán y Middlebrook, *ibidem*, pp. 38, 39, 48 y 49.

¹⁶ La prima sindical (mayores beneficios en salarios, prestaciones y capacitación por pertenecer a un sindicato) en las plantas manufactureras bajó de 146% en 1992 a 26% en 1999 (Fairris, 2006: 16-21, cit. en Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, p. 57). Cfr. Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, pp. 51 y 57.

En términos generales, la masa salarial representa alrededor del 27%, de acuerdo con datos publicados por el gobierno federal mexicano (<https://datos.gob.mx/busca/dataset/porcentaje-de-la-masa-salarial-dentro-del-pib-derecho-al-trabajo-contexto-financiero-y-presupue>, consultado el 24 de septiembre de 2019).

¹⁷ La tasa de sindicalización descendió de un de por sí bajo 16.3% de la población económicamente activa (PEA) en 1978 a un 10.9% en el 2000 (Zazueta y De la Peña, 1984: Cuadro II.11; y Aguilar, 2001: 386, cit. en Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, p. 53). El número de huelgas existentes cayó de 188 en 1989 (1.7% de los emplazamientos) a 18 (0.2% de los emplazamientos) (Bensusán y Middlebrook, 2012a: cuadro 15.3) y Dirección General de Investigación y Estadísticas del Trabajo de STPS, cit. en Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, p. 60). Cfr. Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, pp. 52-61.

¹⁸ BID, 1996 y 2003; World Bank, 1995, ambos cit. en Fujii, Gerardo, “Las relaciones laborales en México: rigidez legal y flexibilidad de hecho”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009, pp. 105-107.

¹⁹ Fujii, *op. cit.*

²⁰ Bensusán, 2006 cit. en Fujii, *op. cit.*

²¹ Fujii, *op. cit.*, 116.

institucional para hacer efectiva la ley; y las organizaciones de los trabajadores”. Valga decir que estos cuatro factores siguen vigentes: México sigue caracterizándose por un mercado laboral segmentado, con un amplio segmento informal y con porcentajes crecientes de trabajadores en condiciones críticas de ocupación,²² cuyos derechos son vulnerados y se encuentran desprotegidos por un Estado de derecho débil y organizaciones de trabajadores subordinadas al capital, cuando existen.

Bensusán²³ analizó el diseño legal y el desempeño real de las instituciones laborales mexicanas. “Estamos ante un modelo de regulación de alto costo de cumplimiento, pero bajísimo costo de incumplimiento”, resume Bensusán,²⁴ quien hace un análisis muy detallado y riguroso de este modelo. Algunos de los principales problemas de diseño legal y desempeño efectivo identificados por Bensusán²⁵ son los siguientes:

- Discrecionalidad y opacidad gubernamental en el registro de sindicatos, en la declaración de existencia (legal) de huelgas, en la renovación y contenido de los contratos colectivos, y en relación con las finanzas de los sindicatos.
- Otorgamiento de un poder excesivo (formal e informal) a las cúpulas sindicales, muchas de las cuales se han perpetuado en ese poder (incluso de manera transgeneracional).
- Dificultades administrativas, legales y políticas para la conformación de nuevos sindicatos o para disputar la titularidad de los contratos colectivos; es decir, para el acceso efectivo a la libertad de asociación, a la democracia sindical y a la negociación colectiva. Paradójicamente, los diferentes gobiernos de México se han ufano de esta situación y la presentan como un gran logro (la “paz laboral”).²⁶

²² Se refiere a la proporción de la población ocupada que se encuentra trabajando menos de 35 horas a la semana por razones de mercado, que trabajan más de 35 horas semanales con ingresos mensuales inferiores al salario mínimo, o que labora más de 48 horas semanales ganando menos de dos salarios mínimos (*Glosario del Instituto Nacional de Estadística y Geografía*, INEGI, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=ENEU>).

²³ Bensusán, *op. cit.*

²⁴ *Ibidem*, p. 314.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, pp. 337 y 338; Marinero, Paolo, “«Nuestra lucha es en contra del sindicato». Una etnografía del antagonismo obrero al sindicalismo de protección patronal en México”, *Revista de Estudios Marítimos y Sociales*, vol. 9, núm. 10, 2016, pp. 39-66; Rodríguez, Carlos, *A menudo he soñado en otra historia. Ensayo de teología narrativa sobre la derrota sindical*, México, Colegio de Estudios Teológicos, 2001.

- Instituciones, reglamentos y presupuestos de inspección frágiles, insuficientes y sin mecanismos de coordinación con otras instancias del Estado con atribuciones similares (de seguridad social y hacendarias); se han habilitado mecanismos para la autoinspección (o autovaloración); la función de inspección está parcialmente privatizada; las sanciones son mínimas, y constituyen incentivos débiles para reforzar el cumplimiento de las normas.²⁷
- El acceso a la justicia laboral es difícil, lento y poco efectivo. “En México, solamente seis de cada 100 trabajadores afectados por una separación del empleo llegaron a demandar a su empleador en 2001”.²⁸ En otro momento, Bensusán²⁹ apunta que “son los trabajadores con más salario y antigüedad los únicos que pueden apostar a seguir todo el juicio”. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH, de INEGI) de 2018, la *ratio* de desigualdad de los ingresos por despido y retiro³⁰ es de 40. Es decir, las personas trabajadoras que están en el 20% de más altos ingresos (según la ENIGH) reciben ingresos cuarenta veces mayores por concepto de despido y retiro que el 20% más pobre.

Bensusán y Middlebrook³¹ señalan que, a diferencia de otros países,³² ni las reformas promercado de los ochenta y noventa ni la alternancia partidista fueron ocasión para una reforma laboral. “Visto el cambio institucional desde una perspectiva amplia, puede sostenerse que... se ha producido en México una redistribución del poder entre el trabajo y el capital: un cambio institucional por la *puerta de atrás*”.³³ Fue a finales de 2012 —en el pase de estafeta presidencial, pero ahora del PAN al PRI— cuando se presentó el momento político para una reforma de negociación que dejó a todos los actores insatisfechos:³⁴ se flexibilizaron las formas de contratación (contratos

²⁷ Bensusán, *op. cit.*, pp. 349-664.

²⁸ *Ibidem*, p. 369.

²⁹ *Ibidem*, p. 374.

³⁰ Ponderando el promedio de ingreso mensual por concepto de despido y retiro con el número de personas que lo recibieron.

³¹ Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, p. 46.

³² Madrid, 2003, *cit.* en Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, p. 54.

³³ Bensusán, *ibidem*, p. 314, énfasis en el original.

³⁴ No obstante, la conducta de la coalición dominante patronal durante el proceso de la reforma de 2012 envió un mensaje “a los inversionistas para darles la confianza de contar con

por horas, a prueba, para capacitación y *outsourcing*), con candados que a unos pudieron haber parecido excesivos y, a otros, demasiado laxos; se introdujeron declaraciones relativas al trabajo digno y a la democracia sindical; pero los mecanismos para hacerlos valer resultaron insuficientes o, de plano, pueden anularse fácilmente en la práctica.³⁵

De todos estos cambios, tal vez la supresión de la cláusula de exclusión por separación sería el más significativo si los empleadores prefirieran impulsar relaciones individuales con los trabajadores, prescindiendo de los sindicatos. Sin embargo, es difícil que esto ocurra mientras “el peligro de una auténtica sindicalización” de los trabajadores³⁶ siga haciéndoles valorar, al menos en el corto y mediano plazo, los arreglos que hoy tienen con dirigencias sindicales poco representativas o simplemente producto de la simulación.³⁷

Más adelante, en un párrafo que parece proyectarse hasta mayo de 2019, Bensusán y Middlebrook hacen una formulación que tomaremos como base para la hipótesis de trabajo.

Lo que es quizá más asombroso es que la transición del país hacia la democracia electoral no haya tenido efectos más profundos sobre el régimen establecido de relaciones entre el Estado y el sindicalismo.

Se podría haber anticipado que, en un entorno político más democrático, con niveles en general más bajos de represión y un menor poder presidencial, las organizaciones sindicales hubieran tenido mayores oportunidades para presionar en busca de que se eliminaran las restricciones legales indebidas a la creación de sindicatos, la negociación colectiva y la realización de huelgas.³⁸

Tenemos, ahora, un gobierno federal y una coalición parlamentaria avalados por una amplia mayoría de electores, quienes otorgaron un mandato de

un bloque poderoso (gobierno, organismos empresariales y sindicatos de protección) pro-empresa que garantizaría sus inversiones en el futuro”. Garza, Enrique de la, *Análisis de la nueva reforma laboral en México*, ponencia presentada en la Universidad Veracruzana el 30 de abril de 2013, disponible en: <http://sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/congresos/P5.pdf>, consultado el 19 de mayo de 2020. Conclusiones.

³⁵ Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, pp. 133-136.

³⁶ Se entiende que lo harían mediante una renuncia masiva al sindicato fantasma en cuestión. La reforma 2019 refuerza esta posibilidad: las y los trabajadores pueden negarse a pagar cuotas sindicales, y los sindicatos deben obtener una constancia de representatividad.

³⁷ Bensusán y Middlebrook, *op. cit.*, p. 133, énfasis nuestro.

³⁸ *Ibidem*, p. 176, énfasis nuestro.

cambio social. El documento programático de este cambio —el “Proyecto de Nación”— no habla en clave de derechos humanos laborales de forma explícita, pero sí propone un giro importante en la política laboral y salarial del país, articulada en tres grandes pilares: aumento progresivo al salario mínimo, reforzamiento de la inspección de trabajo y promoción del diálogo social.³⁹ Con otras palabras: hay cambios en el contexto (una nueva coalición política, con un discurso protrabajador, si bien conciliador y reformista), en la ideología (aunque los sindicatos de las grandes centrales obreras y muchos gobiernos estatales siguen manejando el discurso de la “paz laboral” y el “sindicalismo responsable”: la ausencia de huelgas); en el marco regulatorio formal (aunque habría que observar si también se modifican las costumbres, prácticas añejas, inercias) y en los actores (el gobierno es otro, pero las mismas organizaciones empresariales y sindicales siguen ahí).

Después de tomar posesión, en septiembre de 2018, la nueva fracción mayoritaria en el Senado ratificó el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de sindicación y negociación colectiva. Al finalizar el año, la Comisión Nacional de Salarios Mínimo anunció un aumento al salario mínimo equivalente al 16.2% y fijó un salario mínimo de 176.72 pesos en la frontera norte. Enseguida, el Congreso aprobó una reforma laboral que fue anunciada el Día del Trabajo (1o. de mayo de 2019), con clara intención simbólica. Entre otras modificaciones, esta reforma⁴⁰

- Amplía la protección del trabajador y sus familiares, como en el caso de la designación de beneficiarios en el caso de fallecimiento del trabajador; en el de la defensa de los derechos de los trabajadores eventuales; de las madres trabajadoras y responsables de terceros familiares; del trabajo de menores.
- Incluye nuevas obligaciones para el patrón, como la de entregar a cada trabajador un ejemplar del contrato colectivo de trabajo; el establecer protocolos contra la discriminación, la violencia de género o el trabajo forzoso e infantil; el divulgar los procesos de consulta sobre cuestiones sindicales, de revisión de contratos colectivos o de emplazamientos a huelga.

³⁹ Foust, David y Jaramillo, Máximo, “Reformas pendientes desde la óptica de los derechos humanos laborales”, *Los retos de la política social en el sexenio de la Cuarta Transformación*, coordinado por Luis Huesca, Gerardo Ordóñez y Sergio A. Sandoval, Tijuana-Hermosillo: El Colegio de la Frontera Norte-Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, 2020, pp. 65-80.

⁴⁰ Alcalde, Arturo; Narcia, Eugenio y Villarreal, Alma, *Ley Federal del Trabajo. Reforma 2019 comentada*, México, Porrúa, 2019. Cfr. Román, Luis Ignacio, “Efectos colaterales”, *Revista Conexión RH*, Guadalajara, Asociación de Recursos Humanos (ARIOAC), 2019.

- Amplía las funciones de entidades tripartitas, como los comités, nacional y estatales, de concertación y productividad y de la Comisión Nacional de Salarios Mínimos. De particular relevancia es el Comité Nacional de Concertación y Productividad (artículo 153 K), que parece estar diseñado como una especie de *think tank* de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para ir monitoreando e implementando la reforma legal y la política laboral en su conjunto.
- Introduce modificaciones sustantivas a favor de las y los trabajadores del hogar y del campo (con lo cual se formalizaría a alrededor de cinco millones de personas trabajadoras).
- Transforma la lógica procesal, derivada de la judicialización de la impartición de la justicia laboral, incluyendo especialmente mecanismos de lucha contra la corrupción de las autoridades, contra la dilación injustificada de los procesos, contra las acciones corruptas por parte de inspectores del trabajo; contra la intervención de falsos testigos en los procesos laborales, etcétera. El título XVI, por ejemplo, que se refería a las responsabilidades y sanciones por la violación a normas del trabajo provenientes de patrones y trabajadores, ahora abarca también a los líderes “directivos sindicales”.
- Establece garantías, mecanismos y procedimientos para facilitar la asociación de trabajadores y la negociación colectiva: el voto universal (personal) libre, directo y secreto por parte de los trabajadores, el “pase de lista de los trabajadores” (incluyendo padrón de los trabajadores para evitar la inclusión de falsos miembros), la transparencia contable y rendición de cuentas de los sindicatos, el multisindicalismo con el otorgamiento de la titularidad del contrato en favor del sindicato más votado; las consultas de las dirigencias a los trabajadores, las sanciones en contra de dirigentes sindicales corruptos, la lucha contra los sindicatos de protección y los esquiroles; el derecho del trabajador a no pagar cuotas sindicales; la no interferencia de la empresa en la vida de los sindicatos; el desarrollo flexible de las federaciones y confederaciones sindicales; la prohibición hacia los sindicatos para que ejerzan actos de extorsión, hostigamiento o discriminación en contra de los propios trabajadores, etcétera.

Sin duda, es la reforma laboral progresista más importante desde 1931, pero fue un proceso político de arriba abajo, incluso más que en los años treinta. ¿En qué medida contribuirá a la formación de (nuevos) agentes labo-

rales colectivos capaces de luchar por sus intereses y negociar colectivamente? ¿Puede este nuevo marco institucional promover efectivamente la libertad de asociación y derrotar los persistentes acuerdos de protección patronal? En general, ¿transformarán estos cambios el sistema mexicano de relaciones laborales? En ese caso, ¿cómo y hasta qué punto?

III. ¿QUÉ ESPERANZAS PODEMOS TENER EN LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE RELACIONES INDUSTRIALES MEXICANO? UN ANÁLISIS PRELIMINAR

El debate sobre cuán optimistas o pesimistas podemos ser sobre las posibilidades de que los grupos de trabajadores se organicen y defiendan sus derechos laborales está en el centro de los estudios laborales mundiales más recientes.⁴¹ En esta sección analizaremos y compararemos un par de casos relativamente recientes de disturbios laborales (uno en Ciudad Juárez, Chihuahua; otro en Matamoros, Tamaulipas). Basamos nuestro análisis en un marco construido con apoyo en los conceptos de malestar laboral,⁴² poder de negociación de los trabajadores,⁴³ estructuración de la protesta,⁴⁴ y la importancia de la trayectoria local de la sindicalización.⁴⁵ Concluiremos con una evaluación global de la posibilidad de que el reciente giro y la reforma de la política y la legislación laboral transformen el sistema de relaciones laborales mexicano.

Con apoyo en la clasificación que hizo Wright⁴⁶ del poder de los trabajadores: asociativo y estructural,⁴⁷ y en una conceptualización amplia de con-

⁴¹ Brookes, Marissa y McCallum, Jamie K., “The New Global Labour Studies: a Critical Review”, *Global Labour Journal*, vol. 8, núm. 3, 2017, pp. 201-218.

⁴² Silver, Beverly, *Fuerzas de trabajo. Los movimientos obreros y la globalización desde 1870* (ed. en español), Madrid, Ediciones Akal, 2005.

⁴³ Wright, 2000, *cit.* en Silver, *op. cit.*; Brookes, Marissa, “Varieties of Power in Transnational Labor Alliances: An Analysis of Workers’ Structural, Institutional, and Coalitional Power in the Global Economy”, *Labor Studies Journal*, vol. 38, núm. 3, 2013, pp. 181-200.

⁴⁴ Piven y Cloward, *op. cit.*

⁴⁵ Quintero, Cirila, “Conflictos sindicales en la maquila de la frontera norte”, *Espiral. Estudios de Estado y Sociedad*, núm. 14, 1999, pp. 173-194; Quintero, Cirila, “El sindicalismo en las maquiladoras. La persistencia de lo local en la globalización”, *Desacatos*, núm. 21, 2006, pp. 11-28; Brookes, *op. cit.*

⁴⁶ Wright, 2000, *cit.*, en Silver, *ibidem*, pp. 26 y 27.

⁴⁷ El poder estructural puede ubicarse en el mercado de trabajo o en el lugar de trabajo (Wright, 2000, p. 962). Brookes, *op. cit.*, destaca el poder de formar coaliciones, en particular, las que denomina “alianzas laborales transnacionales”.

flictividad laboral, Silver y otros investigadores —el World Labour Group— registraron más de cien mil menciones sobre huelgas, paros, boicots y otras formas de “lucha contra el trato como mercancía en el lugar de producción”⁴⁸ acontecidas en 168 países y varias industrias, publicadas en los dos más importantes periódicos de Estados Unidos (*The New York Times*) y Reino Unido (*The Times*) de 1870 a 1996.

Intencionalmente, el concepto de conflictividad laboral empleado por Silver se amplía más allá de la formalidad de la huelga declarada legal o existente.

Más bien pretendemos centrarnos en los periodos de conflictividad laboral particularmente intensa, lo que Piven y Cloward⁴⁹ llaman “episodios no-reglados”. La huelga no es la única forma significativa en que se expresa la conflictividad laboral, la que se manifiesta a menudo con otras formas de lucha, desde la disminución del rito de trabajo, el absentismo y el sabotaje, hasta las manifestaciones, disturbios y ocupaciones de fábricas.

Las formas de lucha anónimas u ocultas, como la disminución del ritmo de producción, el absentismo y el sabotaje, son especialmente significativas en momentos o lugares en que las huelgas son ilegales, y una confrontación abierta resulta difícil o imposible.⁵⁰

Este énfasis es particularmente relevante para nuestra agenda de investigación: un indicador de la eficacia de la reforma laboral para mejorar el acceso de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva sería la disminución de la necesidad de recurrir a formas de conflictividad laboral “transgresora”.⁵¹

Para visibilizar las luchas obreras y su intensidad, al igual que Silver, Marinero⁵² pone en marcha un concepto amplio de conflicto laboral para deconstruir la pantalla de paz laboral que promueven los actores beneficiados por el actual estado de cosas. A partir de una etnografía de una movilización obrera en Monclova, Coahuila, sostiene que “las relaciones industriales en México están atravesando una coyuntura de intensas movilizaciones obreras cuyo objetivo principal es la democratización de las prácticas sindicales”.⁵³

⁴⁸ Silver, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁹ Piven y Cloward, *op. cit.*, pp. 301-305.

⁵⁰ Silver, *op. cit.*, pp. 46 y 48, énfasis nuestro.

⁵¹ McAdam *et al.*, 2001, pp. 7 y 8, *cit.* en Silver, *op. cit.*, p. 46.

⁵² Marinero, *op. cit.*, p. 46.

⁵³ *Ibidem*, p. 39.

Afirma que hay lucha constante, pero ésta es “invisibilizada y reprimida por los sindicatos, por las instituciones laborales y por la prensa”.⁵⁴

Marinero⁵⁵ hace un planteamiento central digno de análisis cuidadoso: que hay *momentum* para un movimiento obrero que intenta deconstruir el sindicalismo de protección patronal en México, pero es invisibilizado por los actores que se benefician del sistema actual y por los intelectuales que se han quedado como la estatua de sal de la Biblia, mirando hacia atrás. ¿Esto está sucediendo; podríamos caracterizarlo así?; ¿qué indicadores habría que considerar para hacer una valoración de este tipo?

Al inicio del sexenio de Fox, Carlos Rodríguez, cofundador del Centro de Reflexión y Acción Laboral (Cereal) de Ciudad de México, publicó un *Ensayo de teología narrativa sobre la derrota sindical*.⁵⁶ El recuento de los episodios de derrota obrera es inmenso: despidos, cierres de empresas, recuentos sindicales robados, huelgas que son declaradas inexistentes. Se trata del “neoliberalismo de fábrica”,⁵⁷ fortalecido en los ochenta y refrendado en los noventa. El saldo es contundente: “la tendencia, a reforzar la derrota obrera”.⁵⁸ Rodríguez apuesta por la esperanza; por los cambios que podrían venir a nivel “molecular” o en el contexto de “situaciones extraordinarias”.⁵⁹ Sin embargo, Rodríguez no puede caracterizar la situación del trabajador con otras palabras que no sean estas:

El escenario más realista, como tendencia recogida de los últimos años, apunta a la mayor indefensión y desamparo de los trabajadores, salarial y contractualmente. No existe aún un proyecto sindical alternativo, capaz de ser nacional y de arrastrar a las principales fuerzas sindicales y acoger a los contingentes desorganizados.⁶⁰

En medio de los recesivos y antiobreros ajustes, incluso de la modificación a las conquistas tan importantes referidas a la seguridad social y otras privatizaciones o del incremento al IVA, *el conjunto de trabajadores volvió a mostrar su estructural incapacidad de respuesta organizada a una impopular, unilateral e injusta decisión del poder... el conjunto de los trabajadores permanece sin organización,*

⁵⁴ Marinero, *idem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Rodríguez, *op. cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 42-44.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

⁵⁹ Auerbach y Rodríguez, 2000, *cit.* en Rodríguez, *op. cit.*, pp. 115 y 116.

⁶⁰ Rodríguez, *op. cit.*, p. 80.

*sin dirección y sin proyecto (difícilmente alcanzables sin romper la relación corporativa con el Estado y recuperar su autonomía).*⁶¹

La derrota del movimiento obrero de los ochentas y su reconfiguración... *manifiesta la imposibilidad de democratizar las estructuras sindicales y lograr instancias unitarias* que reivindicaran con mayor fuerza las demandas fundamentales de los obreros, menos aún patentiza el aislamiento y dispersión de las luchas concretas; menos aún *remarca la existencia de un proletariado todavía inconciente, desorganizado, mediatizado por los charros y el Congreso del Trabajo*, y paralizado por el miedo al despido y a otras represalias.⁶²

Quintero⁶³ ofrece elementos de las circunstancias locales para matizar el escenario nacional trazado por Rodríguez. Distingue entre sindicalismo subordinado y tradicional.⁶⁴ Ninguno de los dos es una práctica propiamente revolucionaria, pero al menos el tradicional, en diversos grados, cumple las funciones de negociación colectiva en beneficio de sus agremiados. El de Matamoros, por ejemplo, es una “variante reivindicativa del sindicalismo tradicional”, si bien hace concesiones al capital con tal de retener las fábricas en la ciudad.⁶⁵ De acuerdo con su hipótesis, la trayectoria previa del comportamiento sindical explica en parte los movimientos laborales que estaba estudiando a finales de los noventa.

En un artículo posterior, Quintero⁶⁶ confirma estas dos hipótesis; la tipología tradicional/subordinado y la importancia de la trayectoria local como mediación de las demandas capitalistas nacionales e internacionales. Quintero⁶⁷ hace un análisis detallado del modo como se fue materializando en la frontera la política gubernamental de priorizar al sector exportador y, en particular, la maquila de exportación. En el periodo 1980-1994, el sector maquilador se vuelve preponderante respecto al sector manufacturero (“a mediados de la década de 1990, la cuarta parte del número de trabajadores en la manufactura dependía de la maquila”).⁶⁸ Este crecimiento se concentra, principalmente, en las ciudades fronterizas de Tijuana, Ciudad Juárez, Matamoros, Reynosa y Nuevo

⁶¹ Rodríguez, *op. cit.*, p. 81, énfasis nuestro.

⁶² *Ibidem*, pp. 111 y 112, énfasis nuestro.

⁶³ Quintero, 1999, *ibidem*; Quintero, 2006, *ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 174 y 175.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 177.

⁶⁶ Quintero, 2006, *ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 15.

Laredo.⁶⁹ La tasa promedio de sindicalización es muy alta: 67%,⁷⁰ pero hay una gran variación en las diferentes ciudades: Matamoros y Reynosa tenían una tasa de sindicalización de 95%; Nuevo Laredo y Tijuana, 30%; Juárez, 10%.⁷¹

Las décadas de 1960 y 1970 se caracterizaron por luchas y protestas sindicales que pedían la firma y el reconocimiento del contrato colectivo. La aceptación y el respeto a los sindicatos y a la contratación colectiva dependió de la fuerza local y de la presencia sindical en cada una de las ciudades, así como de las características productivas de las maquiladoras. Estos comportamientos pueden ser ejemplificados por Matamoros y Ciudad Juárez, respectivamente. El primero caracteriza al denominado sindicalismo tradicional; el segundo ejemplifica al sindicalismo subordinado.

Matamoros constituye el caso típico de las ciudades en que el sindicalismo y la contratación colectiva siguen vigentes. Esta ciudad se ha caracterizado por una participación activa del sindicato en la definición de las relaciones laborales de la empresa. Esto ha sido posible mediante el control de los trabajadores por el sindicato desde su contratación hasta su despido. También este sindicato obtuvo los mejores salarios y prestaciones de la maquiladora durante la década de 1980, por medio de sus revisiones contractuales. Estos avances se dieron gracias a la lucha y la combatividad sindical local, cuyo origen se remonta a la década de 1920.⁷² Destacamos esta cita *in extenso* porque pone en relieve y contrasta los casos de Matamoros y de Ciudad Juárez, de los que hablaremos en seguida.

El séptimo informe del CEREAL-Guadalajara⁷³ narra los intentos de obreras y obreros de la industria electrónica por mejorar sus condiciones laborales en tres fábricas de Ciudad Juárez (Lexmark, Foxconn y ADC) en 2015. El movimiento local tuvo tal intensidad, que activistas y trabajadores llegaron a pensar que podrían conformar un sindicato independiente (en la empresa ADC-Commscope). Pararon las máquinas, uno de los trabajadores hizo huelga de hambre y cientos de trabajadores montaron un plantón en

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁷⁰ En 2018, la tasa de sindicalización promedio en México era de 13%, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “Tasa de sindicalización”, 2018; disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/tasa-de-sindicalizacion-derechos-sindicales-recepcion-del-derecho/resource/47d0eb92-4817-4233-845f-37b21d5a48d3>, consultado el 20 de octubre de 2021.

⁷¹ John Passé-Smith, 2001, p. 6, *cit.* en Quintero, *op. cit.*, p. 17.

⁷² Quintero, *op. cit.*, p. 18.

⁷³ Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL), *Beyond voluntary codes and audits: A challenge for the electronic Industry. Seventh report on working conditions in the Mexican Electronics Industry*. Guadalajara, GoodElectronics International Network, 2016.

pleno invierno. Trabajadores de otras fábricas e industrias se solidarizaron llevando víveres y cobijas. También recibieron el apoyo de treinta organizaciones civiles pro derechos de los trabajadores, de Norteamérica, Europa y globales, que dieron su respaldo a los abogados-activistas que apoyaban el movimiento. Las organizaciones civiles también escribieron al corporativo de Lexmark para demandar libertad de asociación y de negociación colectiva para los trabajadores movilizados. Sin embargo, sólo lograron obtener la liquidación correspondiente a los despidos injustificados.

Tal vez fue una confirmación de la hipótesis de Quintero: el pasado y trayectoria de Ciudad Juárez la convertía en una ciudad fuertemente antisindical, en donde hubiera sido muy difícil la consolidación de un sindicato independiente en una industria tan estratégica en la región y el país. Las circunstancias políticas de Chihuahua y de la República también le eran adversas al movimiento: ambas entidades eran gobernadas por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), y a las centrales obreras no les convenía que los trabajadores de una ciudad antisindical lograran poner de pie un sindicato autónomo. Por eso mismo hubiera sido relevante que los trabajadores lo hubieran logrado; se hubiera constituido en lo que Flyvberg⁷⁴ llama “casos críticos”, es decir: si se puede en las condiciones más adversas, se puede en el resto.

Aunque también constreñido por un gobierno priísta y por la CTM, el movimiento obrero reseñado por Marinero⁷⁵ se presentó en una ciudad (Monclova) con una fuerte célula de la Pastoral Obrera y amparado por un sindicato en clara disputa por el liderazgo nacional (el de los mineros, de Napoleón Gómez Urrutia). En contraste con Juárez, las condiciones locales favorecían al movimiento, validando la hipótesis de Quintero.⁷⁶ Brookes añadiría que la “estrategia adecuada al contexto está vinculada al éxito”.⁷⁷

En el movimiento en Ciudad Juárez vemos el despliegue de los tres tipos de poderes de los que habla Brookes:⁷⁸ asociativo (los intentos de conformar sindicatos independientes), estructural (paros de producción) y de coalición (vinculación y proyección con apoyo en la comunidad local, abogados-activistas, organizaciones civiles locales, nacionales y globales). No obstante, la combinación y sinergia de estos tres poderes no logró ser suficiente para alterar el

⁷⁴ Flyvberg, Bent, “Five Misunderstandings about Case-Study Research”, *Qualitative Inquiry*, vol. 12, núm. 2, 2006, pp. 219-245. DOI: 101177/1077800405284363.

⁷⁵ Marinero, *op. cit.*

⁷⁶ Quintero, 1999; Quintero, 2006.

⁷⁷ Brookes, *op. cit.*, p. 194

⁷⁸ Brookes, 2013, *op. cit.*; Brookes y McCallum, *op. cit.*

estado de cosas, ni a nivel local ni a nivel nacional. Acaso el poder más propiamente obrero, el estructural,⁷⁹ no tuvo la contundencia requerida para triunfar.

En contraste, en el movimiento de Monclova reseñado por Marinaro,⁸⁰ los obreros de Teskid logran articular una eficaz combinación de poder estructural (interviniendo los procesos productivos), asociativo (recuperando la función de defensa de su sindicato) y de coalición (sumando la fuerza del apoyo local y de la valiosa intervención de IndustriALL-Global Union) para materializar algunas conquistas, luego recapturadas por la empresa.⁸¹

Según Piven y Cloward,⁸² las condiciones y posibilidades para un exitoso movimiento social de los pobres en Estados Unidos son limitadas; dependen de: 1) si están ubicados en una posición estratégica en el sistema y, por tanto, pueden retirarle al sistema recursos que le son indispensables para su funcionamiento;⁸³ 2) el nivel de cambio de conciencia de los actores protagónicos;⁸⁴ 3) el nivel del cambio en la conducta: “las masas actúan desafiantes y en colectivo”, al grado de identificarse como “miembros de un grupo”;⁸⁵ 4) de la experiencia de sentimientos de “frustración e ira; si las personas han sido llevadas a creer que recibirían más de lo que recibieron”;⁸⁶ 5) si hay “profundos dislocamientos sociales”: despidos o desempleo masivos, hambre, etcétera;⁸⁷ 6) si hay condiciones políticas que relajen la permanente y estructural prohibición de la protesta o, en otros términos, si de entre las opciones con las que normalmente cuentan los regímenes políticos optan por aquellas que son menos violentas o, incluso por aquellas que puedan dar esperanza sobre la posibilidad de cambio. En lugar de ignorar la protesta, cooptar a los dirigentes, disuadir o dividir a los miembros, desanimar o convertir a los seguidores, reprimir el movimiento, brindan pequeñas concesiones para aplacar y neutralizar a quienes protestan.⁸⁸

⁷⁹ Brookes, 2013; Piven y Cloward, *op. cit.*, p. xvi.

⁸⁰ Marinaro, *op. cit.*

⁸¹ Brookes, *ibidem*; *cf.* Silver, *op. cit.*

⁸² Piven y Cloward, *op. cit.*

⁸³ *Ibidem*, p. xvi.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 3, 4 y 12.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 8. En los movimientos obreros de Juárez (en 2015), de Monclova (también en 2015), y de Matamoros (2019) y, en los tres casos los trabajadores recibieron menos de lo que les habían hecho creer que recibirían o de lo que percibían como un derecho.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 9-14.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 7, 17 y 27-31.

La lucha de los obreros de Teskid, en Monclova, confirma el modelo de Piven y Cloward:⁸⁹ es detonada por el anuncio de la reducción de las utilidades a la mitad;⁹⁰ es decir, se desata porque los trabajadores no recibieron algo a lo que tenían derecho y con lo cual ya contaban.⁹¹ Su exitosa *coalición transnacional* logra conquistas temporales, y la esperanza se replica en otras fábricas, incluso de otras industrias.⁹² Pero éstas posteriormente fueron canceladas parcialmente por la empresa, cuando el movimiento baja de intensidad.⁹³ Al igual que los intelectuales y líderes sociales criticados por Piven y Cloward,⁹⁴ Marinaro pareciera estar confundiendo el clímax disruptivo con las posibilidades objetivas de organización sindical.

Si la lucha de los obreros de Monclova dio elementos a Marinaro (y a otros) para pensar que había un momento de coyuntura favorable para la acción sindical autónoma, más tendría que darlos el movimiento que se dio recientemente en Matamoros a raíz del aumento del salario mínimo en la frontera.

La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos anunció un aumento a 176.72 pesos diarios para el salario mínimo en la frontera, que entraría en vigor a partir de 2019. Este aumento por sí solo podría haber impulsado las negociaciones salariales; pero lo que agitó el movimiento obrero en Matamoros fue la existencia de una cláusula del contrato colectivo vinculada al salario mínimo. Dos eran las principales demandas: un aumento salarial del 20% y un bono de 32 mil pesos (“20/32”). A principios de 2019 había unas 45 maquiladoras en huelga o paro. Aproximadamente treinta mil trabajadores exigían a su representante sindical que cumpliera con su deber y luchara por sus demandas.⁹⁵

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Marinaro, *op. cit.*, p. 49.

⁹¹ Piven y Cloward, *op. cit.*, p. 8.

⁹² Marinaro, *op. cit.*, p. 53; *cf.* Piven y Cloward, *op. cit.*, pp. 32-37; Brookes, *op. cit.*

⁹³ Marinaro, *op. cit.*, p. 53; *cf.* Piven y Cloward, *op. cit.*, pp. 32-37.

⁹⁴ Piven y Cloward, *op. cit.*, pp. xx-xxiv.

⁹⁵ Cedillo, Juan A. “Se van a huelga más de 30 mil trabajadores de 45 maquiladoras en Matamoros”, *Proceso*, 25 de mayo de 2019; disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2019/1/25/se-van-huelga-mas-de-30-mil-trabajadores-de-45-maquiladoras-en-matamoros-219218.html>, consultado el 29 de mayo de 2021; Nava, Eduardo, “Matamoros, la promisoriosa reaparición de los trabajadores”, *Rebelión*, 8 de marzo de 2019, disponible en: <https://rebelion.org/matamoros-la-promisoriosa-reaparicion-de-los-trabajadores/>, consultado el 29 de octubre de 2019.

Los empresarios se apresuraron a abogar por mantener un ambiente de “paz laboral”.⁹⁶ Villafuerte, dirigente del sindicato oficial, pidió a los trabajadores que escucharan lo que ofrecían las empresas, mientras que las autoridades laborales advirtieron a los trabajadores que los paros eran ilegales y que debían volver a trabajar.⁹⁷

La Asociación de Maquiladoras ofreció aumento salarial y bono, pero muy por debajo de la petición de los trabajadores, así que muchos trabajadores insistieron en continuar parados.⁹⁸ Otras empresas anunciaban posibles cierres porque las condiciones laborales “ya no eran las mejores”.⁹⁹ En febrero, trabajadores de empresas de otros sectores económicos (Smart, Chedraui, Walmart, Coca-Cola, entre otras) se fueron sumando al 20/32 (o 20/30).¹⁰⁰ El líder de la Cámara Nacional de Comercio animaba a sus miembros a “no ceder a chantajes ni peticiones desproporcionadas de trabajadores”.¹⁰¹ En un esfuerzo por contener la expansión del movimiento y su contagio a otras ciudades, el gobierno del estado produjo un vídeo “para tratar de desanimar el estallamiento de huelgas”. “Reynosa quiere trabajar, Reynosa no quiere huelgas, Reynosa quiere paz”, era el llamado del gobierno.¹⁰² De todos modos, el movimiento se extendió a Reynosa y a Victoria.¹⁰³

Hacia principios de febrero, en la mayoría de las empresas, los trabajadores habían alcanzado acuerdos con la patronal para regresar a trabajar y acceder a las peticiones de los trabajadores.¹⁰⁴ Pero también siguieron los despidos y

⁹⁶ “Paros laborales ahuyentan a inversionistas afirma: CCE”, *iNoticiasMX*, 18 de enero de 2019, disponible en <https://youtu.be/dDj5-0aBG38>, consultado el 29 de mayo de 2021; Nava, *op. cit.*

⁹⁷ “Son ilegales los paros en maquiladoras”, *Expreso.press*, 16 de enero de 2019, disponible en: <https://expreso.press/2019/01/16/son-ilegales-los-paros-en-maquiladoras/>, consultado el 29 de mayo de 2021; Nava, *op. cit.*

⁹⁸ Herrera, Daisy, “Estalla la huelga, no se arregló Matamoros”, *El Mercurio*, 25 de enero de 2019, disponible en: <https://elmercurio.com.mx/la-region/estalla-la-huelga-no-se-arreglo-matamoros>, consultado el 29 de mayo de 2021; Nava, *op. cit.*

⁹⁹ Herrera, *op. cit.*, Nava, *op. cit.*

¹⁰⁰ Nava, *op. cit.*; Reséndez, Perla, “Suman 29 empresas que se unen a huelgas en Matamoros”, *El Financiero*, 5 de febrero de 2019; disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/se-suman-14-empresas-a-huelgas-en-matamoros>, consultado el 29 de octubre de 2019.

¹⁰¹ Reséndez, *op. cit.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ Herrera, Daisy, “Se ramificó en Reynosa y Victoria el conflicto obrero de Matamoros”, *El Mercurio*, sin fecha, disponible en: <https://elmercurio.com.mx/la-ciudad/se-ramifico-en-reynosa-y-victoria-el-conflicto-obrero-de-matamoros>, consultado el 29 de octubre de 2019.

¹⁰⁴ Notimex, “48 empresas de Matamoros logran acuerdo salarial, dice la autoridad”, *Expansión*, 8 de febrero de 2019, disponible en: <https://expansion.mx/empresas/2019/02/08/48->

las listas negras.¹⁰⁵ A finales de marzo, sin embargo, algunas empresas seguían en paro o huelga.¹⁰⁶

Este brote de movilizaciones y paros obreros en Matamoros, y su resonancia en Reynosa y Victoria, se ajusta al modelo de Piven y Cloward:¹⁰⁷ ante una situación percibida como injusta y modificable, los trabajadores respondieron masivamente y lograron identificarse como un colectivo en acción.¹⁰⁸ Al observar que el gobierno federal no sólo no reprimía ni intervenía para aquietar la revuelta obrera, sino que parecía alentarla,¹⁰⁹ otros obreros se sintieron animados a replicarla. Hubo despidos durante el proceso; pero una vez que la disrupción cedió, los despidos fueron masivos.

A partir de este análisis, podemos concluir que el giro de la política laboral del actual gobierno constituye un marco institucional que podría estimular a las organizaciones de trabajadores a buscar un mayor acceso a los derechos laborales fundamentales. Este incentivo puede tener más impacto si

1. Existen precedentes locales y regionales a favor de la sindicalización;¹¹⁰ la estrategia es *adecuada al contexto*.¹¹¹

empresas-de-matamoros-logran-acuerdo-salarial-dice-la-autoridad, consultado el 29 de octubre de 2019.

¹⁰⁵ Reséndez, Perla, “Despiden a 1,500 obreros por huelgas en maquiladoras de Matamoros”, *El Financiero*, 12 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/despiden-a-1-500-obreros-por-huelgas-en-maquiladoras-de-matamoros/>, consultado el 29 de mayo de 2021.

¹⁰⁶ Flores, Lourdes, “Ante acuerdos, conflicto laboral en Matamoros finalizaría”, *El Economista*, 5 de abril de 2019, disponible en: <https://www.economista.com.mx/estados/Ante-acuerdos-conflicto-laboral-en-Matamoros-finalizaria-20190404-0166.html>, consultado el 29 de mayo de 2021.

¹⁰⁷ Piven y Cloward, *op. cit.*

¹⁰⁸ Simon, Bernd y Klandermans, Bert, “Toward a Social Psychological Analysis of Politized Collective Identity”, *American Psychologist*, núm. 56, 2001, pp. 319-331.

¹⁰⁹ Como también lo observaron diversos analistas (*cf.* Nava, *op. cit.*; *cf.* Estepa, Héctor, “AMLO y la rebelión obrera”, *La Voz de Galicia*, 22 de mayo de 2019; disponible en: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/mercados/2019/05/19/amlo-rebelion-obrera/0003_201905SM19P16991.htm, consultado el 29 de octubre de 2019).

A propósito, vale la pena esta cita: “Si las fuentes de los disturbios y la ira son severas —y sólo si son severas y persistentes— es probable que las conciliaciones sólo animen más a las masas, pues, en efecto, implicarán que algunos de los más altos líderes políticos se identifican con la indignación de las masas de los de abajo”, Piven y Cloward, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁰ Quintero, 1999, *op. cit.*; Quintero, 2006, *op. cit.*

¹¹¹ Brookes, *op. cit.*

2. Si hay gobiernos estatales y locales que, al menos, no reprimen o impiden activamente la creación de sindicatos independientes.¹¹²
3. Y si este tipo de organizaciones construyen *alianzas transnacionales*.¹¹³

IV. POTENCIALES IMPLICACIONES ECONÓMICAS DE ESTE GIRO EN LA POLÍTICA LABORAL

Dos acontecimientos recientes ponen de manifiesto la relevancia de esta discusión en términos de sus implicaciones, no sólo para los trabajadores, sino para la economía mexicana en su conjunto: 1) la aprobación de una reforma¹¹⁴ relativa a la subcontratación laboral o trabajo por agencia;¹¹⁵ 2) una disputa entre México y Estados Unidos sobre temas laborales en el contexto del tratado de libre comercio.¹¹⁶ A continuación, analizaremos estos acontecimientos en el contexto de nuestro análisis anterior.

1. *Reforma del outsourcing*

La reforma de la legislación laboral de 2012 fue el precedente de la reforma del trabajo por agencia de 2021. Sin embargo, la actual reforma no

¹¹² Piven y Cloward, *op. cit.*

¹¹³ Brookes, *op. cit.*

¹¹⁴ Martínez, María del Pilar, “Reforma al *outsourcing* laboral entra en vigor este sábado 24 de abril”, *El Economista*, 23 de abril del 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Reforma-al-outsourcing-laboral-entra-en-vigor-este-sabado-23-de-abril-20210423-0091.html>, consultado el 19 de mayo de 2021.

¹¹⁵ “El trabajo por agencia se refiere a la oferta de trabajadores a las empresas; trabajadores que son empleados de la agencia, aunque trabajan para las empresas. Otras palabras utilizadas para describir esta situación son las siguientes: trabajo subcontratado o tercerizado. También se conoce a las agencias de empleo temporal como intermediarios de fuerza laboral, proveedores de trabajadores o contratistas. La característica que presentan todas estas formas de empleo es que crean una relación triangular entre la empresa usuaria, la agencia de empleo temporal y el trabajador. Ello aísla al trabajador de la empresa que efectivamente controla su trabajo, su remuneración y sus condiciones de trabajo, de tal manera que el empleador no tiene voz ni voto en cuanto a ninguno de esos aspectos y tampoco dispone de ningún mecanismo para negociar ninguna mejora”. Holdcroft, Jenny, *La trampa triangular. Los sindicatos actúan en contra de las agencias de empleo*, Geneva, IndustriALL Global Union, 2012, disponible en: <http://www.industrialall-union.org/the-triangular-trap>, consultado el 27 de mayo de 2021.

¹¹⁶ Sánchez, Axel y Usla, Héctor, “Tensión entre México y Estados Unidos por temas laborales”, *El Financiero*, 13 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/05/12/otro-problema-para-el-t-mec-en-pide-a-mexico-revisar-violaciones-sindicales-en-planta-de-gm/>, consultado el 14 de mayo de 2021.

dejó resquicios para que las empresas intentaran utilizar el mecanismo del trabajo por agencia como una “trampa triangular”¹¹⁷ para evadir impuestos o eludir el cumplimiento de la legislación laboral o la normativa de seguridad social.¹¹⁸ “Según la Confederación Mundial del Empleo, México es el cuarto país a nivel mundial en materia de trabajo tercerizado: las empresas contratan a 4,7 millones de trabajadores utilizando los servicios de las agencias de empleo”.¹¹⁹ La ley acaba de entrar en vigor, y la Secretaría del Trabajo de México ya estima que, a nivel nacional, las empresas ahora contratan a trescientos mil trabajadores directamente en lugar de hacerlo a través de una agencia de empleo. El Instituto Mexicano del Seguro Social reportó aumentos salariales que van del 15 al 32% debido a estos cambios en la contratación.¹²⁰ Según la Secretaría del Trabajo de México, los trabajadores también ganarán más por el concepto de reparto de utilidades. En lugar de los 56,000 millones de pesos (2,800 millones de dólares) anteriores, recibirán 157,000 millones de pesos (7,800 millones de dólares).¹²¹

2. *Disputa comercial entre México y Estados Unidos de América en materia laboral*

El 12 de mayo, la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos¹²² emitió un comunicado de prensa que anunciaba la acción tomada por la representante comercial de los Estados Unidos, Katherine Tai:

Estados Unidos ha pedido a México que revise si a los trabajadores de una planta de General Motors (GM) se les niega el derecho de libre asociación y negociación colectiva. La solicitud es la primera vez que un país utiliza el novedoso Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida del Acuerdo Estados

¹¹⁷ Holdcroft, *op. cit.*

¹¹⁸ Martínez, *op. cit.*

¹¹⁹ Juárez, Blanca. “México es el cuarto país con más empleados en *outsourcing*”, *El Economista*, 6 de abril del 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Mexico-el-4-pais-con-mas-empleados-en-outsourcing-20210406-0003.html>, consultado el 28 de mayo de 2021.

¹²⁰ Martínez, *op. cit.*

¹²¹ Juárez, *op. cit.*

¹²² Office of the United States Trade Representative, *United States Seeks Mexico’s Review of Alleged Worker’s Rights Denial at Auto Manufacturing Facility*, 12 de mayo de 2021, disponible en: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/united-states-seeks-mexicos-review-alleged-workers-rights-denial-auto-manufacturing-facility-0>, consultado el 27 de mayo de 2021.

Unidos-México-Canadá (USMCA). La USTR y el Departamento del Trabajo recibieron información que parecía indicar graves violaciones de los derechos de estos trabajadores en Silao, Estado de Guanajuato, en relación con una reciente votación de los trabajadores, organizada por el sindicato existente, para aprobar su contrato colectivo.

Utilizar el USMCA para ayudar a proteger la libertad de asociación y los derechos de negociación colectiva en México ayuda a los trabajadores tanto en casa como en México, al detener una carrera hacia el fondo. *También apoya los esfuerzos de México por aplicar sus recientes reformas de la legislación laboral.* Felicito al gobierno mexicano por intervenir para suspender la votación cuando tuvo conocimiento de irregularidades en la misma. La acción de hoy complementará los esfuerzos de México para garantizar que estos trabajadores puedan ejercer plenamente sus derechos de negociación colectiva.

Dijo el embajador Tai (traducción propia; énfasis añadido).

Si los trabajadores no llegan a tener acceso a sus derechos laborales fundamentales, Estados Unidos podría sancionar a México en virtud del acuerdo comercial, y se podrían prohibir las importaciones de esa planta concreta. Los trabajadores y sus aliados locales e internacionales —IndustriALL Global Union entre ellos— tomaron medidas para evitar que se repitieran las irregularidades en el reciente recuento de votos.¹²³ En el momento de presentar este artículo, los trabajadores habían ganado el recuento: rechazaron su actual convenio colectivo. Tendrá que haber una nueva negociación y, quizá, un nuevo sindicato. Se trata de una victoria histórica para los trabajadores.¹²⁴ Como vemos, este es otro ejemplo de alianza laboral transnacional.¹²⁵

La Federación Americana del Trabajo y el Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) presentó recientemente una queja similar. En este caso, según la AFL-CIO, a los trabajadores de Tridonex, una empresa de autopartes con sede en Matamoros, se les negó su derecho a tener una representación independiente. Esta es la primera petición de derechos laborales bajo el nuevo

¹²³ Laureles, Jared, “Dirigentes sindicales de GM en Silao llaman a acabar con contratos charros”, *La Jornada*, 27 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/05/27/economia/dirigentes-sindicales-de-gm-llaman-a-acabar-con-contratos-charros/>, consultado el 27 de mayo de 2021.

¹²⁴ Solomon, Daina, “GM Workers in Mexico Defeat Union in First Test of U.S. Trade Deal”, *Reuters*, 19 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.reuters.com/business/autos-transportation/gm-workers-mexico-vote-scrap-union-contract-labor-ministry-2021-08-19/>, consultado el 23 de agosto de 2021.

¹²⁵ Brookes, *op. cit.*

acuerdo comercial de la USMC.¹²⁶ Además, este es otro caso de asociación de poder institucional y de coalición.¹²⁷

No obstante, la Red de Solidaridad de la Maquila y el comité de expertos de Estados Unidos,¹²⁸ entre otros, han señalado que el caso de Silao ha puesto de manifiesto que el proceso de legitimación de los contratos colectivos de trabajo no puede seguir en manos de los mismos sindicatos que detentan los contratos de protección patronal; las autoridades laborales deben hacerse cargo del proceso y garantizar que la letra de la reforma laboral pueda llevarse a la práctica en estos procesos para no quedar en letra muerta. Para cumplir este propósito será necesario revisar y ajustar el protocolo de legitimación de los contratos colectivos, así como destinar más fondos a la contratación y formación de inspectores(as) laborales.

3. Principales implicaciones económicas del giro en la política laboral y en la legislación laboral

En resumen, si se aplican de manera adecuada y completa, estos cambios en la política y en el derecho laboral mexicano podrían tener el siguiente impacto económico en el largo plazo.

El acceso a la libertad de asociación y a los derechos de negociación colectiva activaría la voz de los trabajadores en el lugar de trabajo, lo que a su vez podría traducirse en mayores salarios, lugares de trabajo más seguros y mejores condiciones laborales en general. La supresión del uso ilegal del trabajo de agencia supondría mayores salarios y prestaciones para cientos de miles (si no es que millones), de trabajadores; es decir, vacaciones, reparto de beneficios, antigüedad, y mayores ingresos para la Hacienda mexicana.

¹²⁶ Solomon, Daina, "U.S. Unions Lodge First Mexico Labor Grievance under New NAFTA", *Reuters*, 10 de mayo de 2021; disponible en <https://www.reuters.com/world/us/us-unions-lodge-first-mexico-labor-grievance-under-new-nafta-2021-05-10/>, consultado el 27 de mayo de 2021.

¹²⁷ Brookes, *op. cit.*; Silver, *op. cit.*

¹²⁸ Martínez, María del Pilar, "México debe hacer más para eliminar contratos de protección: comité de EU", *El Economista*, 12 de julio de 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Mexico-debe-hacer-mas-para-eliminar-contratos-de-proteccion-comite-de-EU-20210712-0026.html>, consultado el 17 de noviembre de 2021. Red de Solidaridad de la Maquila, "Las(os) trabajadoras(es) de General Motors Silao rechazan el contrato de protección", *Red de Solidaridad de la Maquila*, disponible en: <https://bit.ly/30FgW8f>, consultado el 17 de noviembre de 2021. Maquila Solidarity Network. *Will CBA legitimization votes challenge Mexico's protection contract system?*, 2021 (próxima publicación).

Estas medidas pueden tener un importante efecto redistributivo. “Bosch & Mancorda (2010) encontraron que el deterioro del salario mínimo en México durante las últimas décadas es el único responsable del aumento total de la desigualdad en la parte inferior de la distribución salarial”.¹²⁹ Fairris *et al.*, Lustig y MacLeod y Morley señalaron resultados similares en sus estudios.¹³⁰ En un estudio realizado en nueve países de América Latina, México tuvo la segunda peor calidad de empleo de la región; los ingresos laborales tuvieron un gran peso en este análisis.¹³¹ Mejores salarios y condiciones laborales también pueden significar más poder adquisitivo para los hogares, convirtiéndose en un motor de crecimiento económico más sano y equitativo en México.

Finalmente, será una gran oportunidad para replantear la estrategia de comercio exterior mexicana. En lugar de basarla en la mano de obra de bajo costo, México podría invertir en capital humano, tecnología y aprovechar su inmejorable situación geográfica.¹³²

Todavía es pronto para ofrecer una valoración concluyente sobre el impacto del giro en la política y la legislación laboral en México. Sin embargo, como hemos argumentado en este artículo, estos cambios podrían suponer una diferencia para los derechos laborales y una economía y sociedad más equitativa en México.

V. REFERENCIAS

ALCALDE, Arturo *et al.*, *Ley Federal del Trabajo. Reforma 2019 comentada*, México, Porrúa, 2019.

AZUELA, Antonio *et al.*, *Política de recuperación del salario mínimo en México y en el Distrito Federal. Propuesta para un acuerdo nacional*, Ciudad de México, Gobierno

¹²⁹ Azuela, Antonio; Bensusán, Graciela; Esquivel, Gerardo; Moreno-Brid, Juan; Rodríguez, Enrique; Ros, Jaime y Yanes, Pablo, *Política de recuperación del salario mínimo en México y en el Distrito Federal. Propuesta para un acuerdo nacional*, Ciudad de México, Gobierno de la Ciudad de México, 2014, disponible en: <https://www.conago.org.mx/reuniones/documentos/2014-10-10/6-Politica-de-recuperacion-del-Salario-Minimo.pdf>, consultado el 28 mayo de 2021, p. 31.

¹³⁰ Fairris *et al.*, 2008; Lustig y MacLeod, 1997; Morley, 1995, todos *cit. en idem*.

¹³¹ Schnbruch, Kirsten; Gomzález, Pablo; Apablaza, Mauricio; Méndez, Rocío y Arriagada, Verónica, “The Quality of Employment (QoE) in nine Latin American Countries: a Multidimensional Perspective”, *World Development*, vol. 127, 104738, 2020, pp. 1-20, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2019.104738>.

¹³² Moreno-Brid, Juan Carlos y Ros, Jaime, *Desarrollo y crecimiento en la economía mexicana. Una perspectiva histórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

- no de la Ciudad de México, 2014, disponible en: <https://www.conago.org.mx/reuniones/documentos/2014-10-10/6-Politica-de-recuperacion-del-Salario-Minimo.pdf>, consultado el 28 mayo de 2021.
- BENSUSÁN, Graciela, “Diseño legal y desempeño real: México”, *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina*, Graciela Bensusán (coord.), México, H. Cámara de Diputados-UAM-Porrúa, 2006.
- BENSUSÁN, Graciela y MIDDLEBROOK, Kevin J., *Sindicatos y política en México. cambios, continuidades y contradicciones, México*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-UAM-CLACSO, 2013.
- BROOKES, Marissa, “Varieties of Power in Transnational Labor Alliances: An Analysis of Workers’ Structural, Institutional, and Coalitional Power in the Global Economy”, *Labor Studies Journal*, vol. 38, núm. 3, 2013.
- BROOKES, Marissa y MCCALLUM, Jamie K., “The new global labour studies: a critical review”. *Global Labour Journal*, vol. 8, núm. 3, 2017.
- CEDILLO, Juan A., “Se van a huelga más de 30 mil trabajadores de 45 maquiladoras en Matamoros”, *Proceso*, 25 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2019/1/25/se-van-huelga-mas-de-30-mil-trabajadores-de-45-maquiladoras-en-matamoros-219218.html>, consultado el 29 de mayo de 2021.
- CENTRO DE REFLEXIÓN Y ACCIÓN LABORAL (CEREAL), *Beyond voluntary codes and audits: A challenge for the electronic Industry. Seventh report on working conditions in the Mexican Electronics Industry*, Guadalajara, GoodElectronics international network, 2016.
- DOMBOIS, Rainer y PRIES, Ludger, *Relaciones laborales entre mercado y Estado. Sendas de transformación en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2000.
- DUNLOP, John T., *Industrial Relations Systems*, Nueva York, Holt, 1958.
- ESTEPA, Héctor, “AMLO y la rebelión obrera”, *La Voz de Galicia*. 22 de mayo de 2019, disponible en: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/mercados/2019/05/19/amlo-rebelion-obrera/0003_201905SM19P16991.htm, consultado el 29 de octubre de 2019.
- FLORES, Lourdes, “Ante acuerdos, conflicto laboral en Matamoros finalizaría”, *El Economista*, 5 de abril de 2019, disponible en: <https://www.economista.com.mx/estados/Ante-acuerdos-conflicto-laboral-en-Matamoros-finalizaria-20190404-0166.html>, consultado el 29 de mayo de 2021.
- FOUST, David y JARAMILLO, Máximo, “Reformas pendientes desde la óptica de los derechos humanos laborales”, en HUESCA, Luis *et al.* (coords.), *Los retos de la política social en el sexenio de la Cuarta Transformación*, Tijuana

- Hermosillo, El Colegio de la Frontera Norte-Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, 2020.
- FLYVBERG, Bent, “Five Misunderstandings about Case-Study Research”, *Qualitative Inquiry*, vol. 12, núm. 2, 2006. DOI: 101177/1077800405284363.
- FUJII, Gerardo, “Las relaciones laborales en México: rigidez legal y flexibilidad de hecho”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009.
- GARZA, Enrique de la, *Análisis de la nueva reforma laboral en México*, ponencia presentada en la Universidad Veracruzana el 30 de abril de 2013, disponible en: <http://sgpwe.izt.unam.mx/pages/egt/congresos/P5.pdf>, consultado el 19 de mayo de 2020.
- HERRERA, Daisy, “Estalla la huelga, no se arregló Matamoros”, *El Mercurio*, 25 de enero de 2019, disponible en: <https://elmercurio.com.mx/la-region/estalla-la-huelga-no-se-arreglo-matamoros>, consultado el 29 de mayo de 2021.
- HERRERA, Daisy, “Se ramificó en Reynosa y Victoria el conflicto obrero de Matamoros”, *El Mercurio*, sin fecha, disponible en: <https://elmercurio.com.mx/la-ciudad/se-ramifico-en-reynosa-y-victoria-el-conflicto-obrero-de-matamoros>, consultado el 29 de octubre de 2019.
- HOLDCROFT, Jenny, *La trampa triangular. Los sindicatos actúan en contra de las agencias de empleo*, Geneva, IndustriALL Global Union, 2012, disponible en: <http://www.industrialall-union.org/the-triangular-trap>, consultado el 27 de mayo de 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), “Tasa de sindicalización”, 2018, disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/tasa-de-sindicalizacion-derechos-sindicales-recepcion-del-derecho/resource/47d0eb92-4817-4233-845f-37b21d5a48d3>, consultado el 20 de octubre de 2021.
- JUÁREZ, Blanca. “México es el cuarto país con más empleados en *outsourcing*”, *El Economista*, 6 de abril del 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Mexico-el-4-pais-con-mas-empleados-en-outsourcing-20210406-0003.html>, consultado el 28 de mayo de 2021.
- LAURELES, Jared, “Dirigentes sindicales de GM en Silao llaman a acabar con contratos charros”, *La Jornada*, 27 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/05/27/economia/dirigentes-sindicales-de-gm-llaman-a-acabar-con-contratos-charros/>, consultado el 27 de mayo de 2021.
- MAQUILA SOLIDARITY NETWORK, *Will CBA legitimization votes challenge Mexico’s protection contract system?*, 2021 (próxima publicación).

- MARINARO, Paolo, “«Nuestra lucha es en contra del sindicato». Una etnografía del antagonismo obrero al sindicalismo de protección patronal en México”, *Revista de Estudios Marítimos y Sociales*, vol. 9, núm. 10, 2016.
- MARTÍNEZ, María del Pilar, “Reforma al *outsourcing* laboral entra en vigor este sábado 24 de abril”, *El Economista*, 23 de abril de 2021, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Reforma-al-outsourcing-laboral-entra-en-vigor-este-sabado-23-de-abril-20210423-0091.html>, consultado el 19 de mayo de 2021.
- MARTÍNEZ, María del Pilar, “México debe hacer más para eliminar contratos de protección: comité de EU”, *El Economista*, 12 de julio de 2021, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Mexico-debe-hacer-mas-para-eliminar-contratos-de-proteccion-comite-de-EU-20210712-0026.html>, consultado el 17 de noviembre de 2021.
- MORENO-BRID, Juan Carlos y ROS, Jaime, *Desarrollo y crecimiento en la economía mexicana. Una perspectiva histórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- NAVA, Eduardo, “Matamoros, la promisorio reaparición de los trabajadores”, *Rebelión*, 8 de marzo de 2019, disponible en: <https://rebellion.org/matamoros-la-promisorio-reaparicion-de-los-trabajadores/>, consultado el 29 de octubre de 2019.
- NOTIMEX, “48 empresas de Matamoros logran acuerdo salarial, dice la autoridad”, *Expansión*, 8 de febrero de 2019, disponible en: <https://expansion.mx/empresas/2019/02/08/48-empresas-de-matamoros-logran-acuerdo-salarial-dice-la-autoridad>, consultado el 29 de octubre de 2019.
- Office of the United States Trade Representative. United States Seeks Mexico’s Review of Alleged Worker’s Rights Denial at Auto Manufacturing Facility, 12 de mayo de 2021, disponible en: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/united-states-seeks-mexicos-review-alleged-workers-rights-denial-auto-manufacturing-facility-0>, consultado el 27 de mayo de 2021.
- “Paros laborales ahuyentan a inversionistas afirma: CCE”, *iNoticiasMX*, 18 de enero de 2019, disponible en <https://youtu.be/dDj5-0aBG38>, consultado el 29 de mayo de 2021.
- PIVEN, Frances Fox y CLOWARD, Richard, *Poor People’s Movements. Why they Succeed, how they Fail*, Nueva York, Vintage Books, 1977.
- QUINTERO, Cirila, “Conflictos sindicales en la maquila de la frontera norte”, *Espiral. Estudios de Estado y Sociedad*, núm. 14, 1999.

- QUINTERO, Cirila, “El sindicalismo en las maquiladoras. La persistencia de lo local en la globalización”, *Desacatos*, núm. 21, 2006.
- RED DE SOLIDARIDAD DE LA MAQUILA, “Las(os) trabajadoras(es) de General Motors Silao rechazan el contrato de protección”, *Red de Solidaridad de la Maquila*, disponible en: <https://bit.ly/30FgW8f>, consultado el 17 de noviembre de 2021.
- RESÉNDEZ, Perla, “Suman 29 empresas que se unen a huelgas en Matamoros”, *El Financiero*, 5 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/se-suman-14-empresas-a-huelgas-en-matamoros>, consultado el 29 de octubre de 2019.
- RESÉNDEZ, Perla, “Despiden a 1,500 obreros por huelgas en maquiladoras de Matamoros”, *El Financiero*, 12 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/despiden-a-1-500-obreros-por-huelgas-en-maquiladoras-de-matamoros/>, consultado el 29 de mayo de 2021.
- REUTERS, “Mexican Senate Passes Labor Bill, Key to Approving New NAFTA”, *Reuters*, 29 de abril de 2019, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-usmca-mexico-idUSKCN1S601P>, consultado el 29 de mayo de 2021.
- RODRÍGUEZ, Carlos, *A menudo he soñado en otra historia. Ensayo de teología narrativa sobre la derrota sindical*, México, Colegio de Estudios Teológicos, 2001.
- ROMÁN, Luis Ignacio, “Efectos colaterales”, *Revista Conexión RH*, Guadalajara, Asociación de Recursos Humanos (ARIOAC), 2019.
- SÁNCHEZ, Axel y USLA, Héctor, “Tensión entre México y Estados Unidos por temas laborales”, *El Financiero*, 13 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/05/12/otro-problema-para-el-t-mec-eu-pide-a-mexico-revisar-violaciones-sindicales-en-planta-de-gm/>, consultado el 14 de mayo de 2021.
- SEHNBRUCH, Kirsten *et al.*, “The Quality of Employment (QoE) in nine Latin American Countries: a Multidimensional Perspective”, *World Development*, vol. 127, 104738, 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2019.104738>.
- SILVER, Beverly, *Fuerzas de trabajo. Los movimientos obreros y la globalización desde 1870* (ed. en español), Madrid, Ediciones Akal, 2005.
- SIMON, Bernd y KLANDERMANS, Bert, “Toward a Social Psychological Analysis of Politicized Collective Identity”, *American Psychologist*, núm. 56, 2001.
- SOLOMON, Daina, “U.S. Unions Lodge First Mexico Labor Grievance under new NAFTA”, *Reuters*, 10 de mayo de 2021, disponible en: <https://>

www.reuters.com/world/us/us-unions-lodge-first-mexico-labor-grievance-under-new-nafta-2021-05-10/, consultado el 27 de mayo de 2021.

SOLOMON, Daina, “GM workers in Mexico Defeat Union in First Test of U. S. Trade Deal”, *Reuters*, 19 de agosto de 2021, disponible en: *https://www.reuters.com/business/autos-transportation/gm-workers-mexico-vote-scrap-union-contract-labor-ministry-2021-08-19/*, consultado el 23 de agosto de 2021.

“Son ilegales los paros en maquiladoras”, *Expreso.press*, 16 de enero de 2019, disponible en: *https://expreso.press/2019/01/16/son-ilegales-los-paros-en-maquiladoras/*, consultado el 29 de mayo de 2021.

LA DISCRIMINACIÓN EN LAS CONVOCATORIAS LABORALES*

DISCRIMINATION IN JOB OFFERS

DISCRIMINATION ET OFFRES D'EMPLOI

José María SOBERANES DÍEZ**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar de qué manera opera la prohibición de discriminar en las convocatorias laborales, para verificar si es un límite a la libertad contractual de un sujeto privado y, en su caso, de qué manera debe operar la igualdad por tratarse del ofrecimiento de celebración de un acto jurídico entre particulares.

Palabras claves: discriminación, convocatorias laborales, libertad de contratación.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze how the prohibition to discriminate in job offers occurs, to verify if it is a limit to the contractual freedom of a private subject and, where appropriate, how equality should operate because it is an offer of holding a legal act between individuals.

Key words: discrimination, job offers, contractual freedom.

RÉSUMÉ: Ce travail a pour objectif l'analyse du fonctionnement de l'interdiction à la discrimination dans les offres d'emploi afin de vérifier s'il ne s'est pas traduit par une limitation de la liberté d'embauche et, le cas échéant, de s'interroger sur la notion d'égalité lorsque qu'un acte juridique, tel qu'un contrat de travail entre particuliers, est conclu.

Mots-clés: discrimination, offres d'emploi, liberté d'embauche.

* Recibido el 6 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Profesor-investigador de la Universidad Panamericana. Investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La prohibición de discriminar*. III. *La eficacia de la prohibición de discriminar frente a particulares*. IV. *Discriminación y convocatorias laborales*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La discriminación es uno de los grandes flagelos sociales. Desde hace varias décadas, el derecho ha intentado ponerle un freno, al proscribirla, como una manifestación del principio de igualdad. Por tratarse de un derecho humano, muchas veces se ha entendido que es una proscripción que únicamente atañe a los poderes públicos. Sin embargo, es claro que este fenómeno tiene lugar en las relaciones entre particulares. Es más, es en este ámbito en donde presenta sus caras más crueles.

Tomando en cuenta ello, es que el presente trabajo tiene por objeto analizar la discriminación en un ámbito en el que concurren particulares, como lo son las convocatorias laborales. En sentido estricto no se trata de una discriminación en el empleo, puesto que no existe una relación de ese tipo aún, sino únicamente un ofrecimiento público de entablar una relación laboral. Sin embargo, el acto discriminatorio impide que una persona pueda emplearse por motivos contrarios a su dignidad.

Como el objeto del presente lo constituye la discriminación entre particulares, quedan fuera las relaciones laborales que tiene el Estado con sus trabajadores, pues éstas son regidas por otra premisa, que es que una autoridad sería el sujeto pasivo del trato desigual, lo que no genera mayor conflicto desde la teoría de los derechos humanos, puesto que no cuentan con un ámbito de libertad que pueda entrar en conflicto con la igualdad.

El tema de la eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas ha sido motivo de preocupación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. El caso de las convocatorias de trabajo resulta especialmente interesante, puesto que confluye una prohibición de tratar de forma desigual que ampara a la persona candidata a un puesto y, por otra, la libertad que tutela al posible empleador, puesto que puede aducir que no tiene la obligación de celebrar un contrato con quien no quiere.

Para examinar la cuestión, abordaremos, en primer término, la prohibición de discriminar (apartado II), para sentar las bases del análisis. Posteriormente, se tratará el tema de la eficacia de la discriminación en las relaciones entre particulares, en términos generales (apartado III), pues ello es la base para el es-

tudio de la problemática específica que se ha planteado (la discriminación en las convocatorias de trabajo), que será tratado a continuación (apartado IV).

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR

Aunque podría considerarse que México cuenta con la primera cláusula antidiscriminatoria en materia de trabajo, toda vez que el Constituyente de Querétaro estableció que a trabajo igual debía corresponder salario igual “sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”,¹ esa norma sólo se entendió en el ámbito de las retribuciones, sin extenderse a otros aspectos laborales, ni mucho menos a otros ámbitos. Por ello, se necesitaba una fórmula general, que aplicara a cualquier situación. Ésta apareció en 2001, con la reforma constitucional en materia indígena.

En la iniciativa presidencial no se proponía introducir esta cláusula antidiscriminatoria.² Fue en los trabajos de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Asuntos Indígenas y Estudios Legislativos del Senado de la República donde se planteó su inclusión.³ Finalmente, quedó aprobada e incluida en la Constitución.

Tras esa modificación en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional se prohibió distinguir por diez motivos expresos: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, y el estado civil. Estas causas no eran números cerrados, puesto que también se proscribieron las distinciones basadas en cualquier motivo que atentara “contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

En diciembre de 2006 se reformó esa norma, al cambiar la referencia a “capacidades diferentes”, por “las discapacidades”, ya que resultaba discriminatoria la expresión primigenia.⁴ Posteriormente, en la reforma de derechos humanos de junio de 2011, la causa de distinción de “las preferencias” se explicitó, y se expresó como “las preferencias sexuales”. Asimismo, en su oportunidad, la prohibición de discriminación pasó a ser el quinto párrafo del

¹ Textualmente indica: “Artículo 123.- [...] VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

² *Gaceta Parlamentaria* del 7 de diciembre de 2000.

³ *Gaceta Parlamentaria* del 25 de abril de 2001.

⁴ Exposición de motivos de la iniciativa del senador Adalberto Arturo Madero Quiroga. *Gaceta del Senado de la República* del 22 de septiembre de 2005.

artículo 1o., ya que se adicionaron un par de párrafos antes. De este modo, el texto vigente desde hace más de diez años dispone:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Éste es el mandato constitucional. Sin embargo, la prohibición de discriminar, específicamente en el caso de las relaciones de trabajo, es anterior, pues desde 1958 existe el Convenio 111 de la OIT, que contiene esta proscripción. Se trata de una norma importante, pues es el primer documento en el que se define la discriminación, indicando que es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato”.

De acuerdo con esta definición, la discriminación supone un acto o una omisión que distinga produciendo un trato desigual, lo cual puede presuponerse ser parte del principio de igualdad. Sin embargo, existe algo novedoso: la distinción se basa en una serie de causas específicas. Si las personas poseen idéntica dignidad, se trata de accidentes, en el sentido aristotélico, por lo que se proscribía hacer uso de ellos, pues empañarían lo verdaderamente esencial.

De esta forma, las causas de la comparación adquieren una relevancia especial en el caso de la discriminación. Son diez los casos prohibidos por la Constitución. Cotejándolos con los proscritos por los principales tratados internacionales tanto universales como regionales,⁵ podemos concluir que la carta federal recoge casi todos esos motivos (salvo idioma), aunque algunos con distinto fraseo;⁶ además de que incluye otros, como la edad, las discapacidades, las preferencias sexuales y el estado civil.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1) y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3). Todos estos instrumentos proscriben el uso de los mismos tercios de comparación, que son: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶ Los instrumentos usan los términos “raza y color”, mientras que la Constitución, el de origen étnico; usan el término “opinión política o de otra índole”, mientras que la Cons-

Quizá sería oportuno agregar otros motivos de discriminación, como el idioma, que es faltante en comparación con el derecho internacional.⁷ Sin embargo, estas distinciones se encuentran prohibidas tanto en una interpretación *pro personae* como por la fórmula final del enunciado constitucional, que proscribió distinguir con base en cualquier otro motivo que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Este último enunciado resulta interesante, ya que indica la finalidad de esta prohibición, que es no menoscabar la dignidad humana, que es el valor interpretativo de todo derecho humano.⁸ Así pues, las cláusulas antidiscriminatorias suponen que todos los seres humanos poseen una idéntica dignidad, y, por tanto, no se les puede tratar arbitrariamente desigual, pues al discriminar se les menosprecia, se les infravalora con motivo de alguna condición personal, lo cual es un reduccionismo que desdibuja el valor intrínseco de cada persona.⁹

De este modo, si la dignidad es el fundamento de la cláusula antidiscriminatoria, constitucionalmente no podrían hacerse distinciones con base en la lengua, pese a no ser uno de los motivos de discriminación previstos en el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, que, como se vio, no es sólo un catálogo enunciativo de criterios que hieren la dignidad de las personas.

Es importante señalar que también puede discriminarse sin usar alguna de estas causas expresamente indicadas, son usando uno neutral, cuando el propósito real, aunque escondido, es usar un motivo prohibido. A ello se le denomina “discriminación indirecta”.

Para entender lo anterior, puede citarse un caso vinculado a las relaciones laborales. La empresa Bilka-Kaufhaus garantizaba sólo a los trabajadores a tiempo completo un plan de pensiones. Por ello, quedaban excluidos los trabajadores a tiempo parcial. Aunque aparentemente la distinción parecía obedecer al tiempo laborado, se demostró que únicamente las mujeres ocupaban

titudin de “opiniones”; hablan de posición económica, mientras que la carta magna usa la expresión “condición social”; y hablan de “sexo”, mientras que la ley fundamental habla de “género”.

⁷ Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 70 y ss.

⁸ Batista, Fernando, *La dignidad humana y su protección constitucional en México*, México, Porrúa-IMDPC, 2021, p. 135.

⁹ Torre Martínez, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006, p. 51.

las plazas de tiempo parcial, por lo que se trataba de una distinción basada en el sexo.¹⁰

Así pues, también quedan prohibidas las discriminaciones indirectas, es decir, las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras que afectan a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo grupo.¹¹ De otra forma, se permitiría cometer un fraude a la Constitución.

Se ha dicho que el uso de los motivos de comparación está constitucionalmente proscrito. Ésta es una regla general, puesto que en algunos casos se permitiría su uso, por ser razonable. Por ejemplo, sería absurdo prohibir usar siempre el criterio de la edad, pues ello impediría proteger a los menores de edad del trabajo; o sería irracional prohibir el uso del motivo de condiciones de salud en todos los casos, pues habría que medicar no sólo a los enfermos, sino también a los enfermos.

La prohibición del uso de los motivos debe interpretarse en el sentido completo de la definición de la discriminación y de su finalidad. Lo que no se puede es anular o alterar las oportunidades de trato. Si esto no se hace, como en el caso en que sólo se les da tratamiento médico a los enfermos, no puede estimarse que exista discriminación. Por esto, algunas jurisdicciones constitucionales han precisado que no es el uso de estos motivos lo prohibido, sino su utilización injustificada, lo que ocurriría, por ejemplo, al considerar superior a un grupo y tratarlo con un privilegio, o al considerar inferior a otro al tratarlo con hostilidad.¹²

De acuerdo con lo anterior, el uso de los motivos de comparación está sujeto a un análisis de razonabilidad, que incluye tanto los elementos que permitan analizar la consideración que se tiene sobre un grupo determinado como el tratamiento perjudicial o benéfico que se les dé.

La prohibición de discriminar como derecho

Cuando la Constitución prohíbe discriminar, señala diez motivos claros y, además, como se vio, indica que no pueden usarse otros que atenten contra la

¹⁰ Bilka c. Weber, 170/74, sentencia del 13 de mayo de 1986.

¹¹ Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea.

¹² Al respecto, puede verse la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015. Esa resolución es consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 325.

dignidad humana, señalando expresamente que su consecuencia consista en “anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Al referirse a la consecuencia, y relacionarla con otros derechos, podría pensarse que más bien se trata de un principio que informa transversalmente a todas las libertades, más que un derecho humano en sí mismo. Para que quede más claro, concretémoslo en el caso objeto del presente análisis. Si por motivo del origen étnico de una persona se le impide acceder a un empleo, ¿estaremos en presencia de una violación al derecho al trabajo o será la violación a otro derecho humano?

Los alemanes tienen muy claro que se trata de un derecho autónomo. Sin embargo, los italianos lo ponen en duda.¹³ En Italia se ha apuntado que la discriminación, antes que un derecho, es una condición de eficacia general de otros derechos, pues carece de un contenido material,¹⁴ ya que es un principio relacional que exige comparar entre dos personas o situaciones. Por ello, se ha dicho que más que un verdadero derecho es un modo de ser de los diversos derechos.¹⁵

Para ser más claros, en el ejemplo antes aludido el objeto de la pretensión del particular será siempre un diverso derecho, el derecho a un trabajo digno, mientras que la lesión de la posición de igualdad ofrecerá el motivo en que se fundamenta la impugnación. Esa postura reduce la discriminación a un valor. Se trata de un “principio de principios”. Su eficacia normativa se limita a informar a los derechos, teniendo sólo una función argumentativa.

Ante estos planteamientos, cabría decir que la estructura lógica de la discriminación, es decir, que el hecho de que tenga una organización relacional, no es suficiente para negar el carácter de derecho autónomo. La autonomía más bien se podría afirmar si se confiere algo que no podría exigir de otra forma.

Volviendo al ejemplo, si eliminamos la prohibición de discriminación, sería muy complicado poder alegar la inconstitucionalidad de una convocatoria que exige ciertas características para ser empleada. Habría que establecer que existe la obligación de celebrar un contrato de trabajo, la que no se tiene. Por ello, la discriminación sí confiere al titular algo que no puede ser exigido

¹³ Baño León, José María, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 114, 1987, p. 181.

¹⁴ Rossano, Claudio, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, Jovene, 1966, cap. V.

¹⁵ Mortati, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1960, p. 786.

de otra forma. De esta manera, es necesario hacer valer una violación a la prohibición de discriminación, aunque no se alegue que se ha trastocado otro derecho.

En este sentido, podría afirmarse que el objeto de la prohibición de discriminación es lograr la equiparación. Ciertamente, esa equiparación no se produce en abstracto, sino en relación con determinados motivos; pero eso sólo implica que existe un objeto particular en cada caso, lo que no impide a que tenga un objeto general, que es la equiparación. De esta forma, el contenido de discriminación está constituido por un haz de facultades que el titular del derecho tiene para conseguir el restablecimiento de éste.¹⁶

Considerando que la prohibición de discriminar constituye un derecho humano, hay que señalar que son titulares de éste todas las personas, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional. En esa titularidad quedan comprendidas las personas extranjeras tanto por la universalidad de la expresión como por disposición expresa del artículo 33 constitucional.¹⁷

El problema más relevante que se ha presentado respecto a esta titularidad es si abarca o no a las personas morales. Desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos ha surgido la cuestión a partir del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala expresamente que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. La Corte Interamericana se ha pronunciado indicando que “las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales”.¹⁸

Ese pronunciamiento se refiere al derecho internacional. Queda latente el tema constitucional, que, además, es el que importa para este trabajo. Al respecto, desde la perspectiva doctrinal, salvo alguna postura cerradamente individualista,¹⁹ es doctrina generalmente aceptada que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, pues la titularidad exige reconocer

¹⁶ *Ibidem*, p. 183.

¹⁷ Expresamente indica: “Artículo 33.- Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

¹⁸ Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, serie A, núm. 22, párr. 70.

¹⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 68.

a los individuos aisladamente considerados,²⁰ y también en cuanto forman parte de cuerpos sociales. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha ido en ese sentido, al señalar que la titularidad de los derechos comprende tanto a las personas físicas como a las personas morales.²¹

No obstante, como la misma jurisprudencia ha indicado, no puede afirmarse la titularidad genérica de las personas morales, pues únicamente lo serán respecto de los derechos que resulten conformes con su naturaleza y con sus fines,²² siguiendo a la doctrina mayoritaria.

En efecto, hay derechos que se vinculan a ciertas propiedades de los seres humanos o a ciertos comportamientos de los que sólo éstos son capaces, y que por ello no son aplicables a las personas jurídicas. Ello exige examinar caso por caso para indicar si el derecho es o no aplicable a las personas jurídicas.

Para sistematizar la cuestión, el profesor Ángel Gómez Montoro distingue tres bloques de derechos: los derechos que claramente no son aplicables a las personas jurídicas, los que de manera más o menos indiscutida lo son y, por último, la de aquellos supuestos que se presentan especialmente controvertidos.²³ Dentro de estos últimos se encontraría la discriminación, pues se fundamenta en que las personas tienen la misma dignidad.²⁴

Sobre este asunto no se ha pronunciado la Suprema Corte hasta el momento. Intentando dar una respuesta a la cuestión, habría que señalar que la titularidad dependerá de la causa de comparación, pues mientras existen algunos que no son predicables respecto a las personas jurídicas, como lo son la raza, el género o las condiciones de salud, otros sí podrían aplicar a éstas, como son el origen nacional, la edad o las opiniones. En cualquier caso, hacer valer otro motivo de comparación sería difícil, pues la cláusula de apertura hace referencia a la dignidad humana.

²⁰ Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 229.

²¹ Jurisprudencia P./J. 1/2015 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, marzo de 2015, t. I, p. 117.

²² Tesis P. I/2014 (10a.), de rubro “PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 273.

²³ Gómez Montoro, Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, enero-julio de 2000, p. 56.

²⁴ *Idem*.

III. LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR FRENTE A PARTICULARES

Corresponde ahora entrar al análisis de la eficacia de la prohibición de discriminar en las relaciones privadas. Es claro que el Estado es sujeto pasivo, destinatario del derecho, como se desprende del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución, que señala que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas...”. Sin embargo, hay que estudiar si ese enunciado excluye a los particulares. Para ello, se abordará, en primer término, la cuestión desde una perspectiva general, atinente a todos los derechos, para, posteriormente, abordar el caso específico de la discriminación.

1. *La eficacia de los derechos frente a particulares*

Para poder analizar si la prohibición de discriminar es oponible a las relaciones entre particulares, es preciso abordar, como cuestión previa, ese problema en la teoría general de los derechos fundamentales. Generalmente se presenta una objeción de índole sustantiva, vinculada al ámbito de autonomía de los particulares.²⁵ Los que se oponen a la eficacia ponen de relieve los riesgos que esto entraña para la libertad contractual y la seguridad jurídica, afirmando que se va en contra de la lógica de la libertad que informa a las relaciones entre sujetos privados.²⁶

Efectivamente, el principio de autonomía de la voluntad, que es intrínseco en las relaciones entre particulares, supone que las partes de éstas gozan de libertad para gestionar sus intereses y decidir sobre sus relaciones, sin intervenciones externas. Esto se trata de un principio constitucional, y no es una mera norma de las normas secundarias que rigen los contratos, como ha afirmado la Suprema Corte.²⁷ En los primeros textos constitucionales expresamente se dispuso que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido.²⁸

²⁵ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 145.

²⁶ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 283.

²⁷ Tesis 1a. CDXXV/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 219.

²⁸ En efecto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, considerando que la libertad consiste en hacer todo lo que no perjudique a los demás, proclamó en su artículo 5: “Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido”.

En contra de esta tesis puede sostenerse que todos los ámbitos jurídicos, incluyendo el ordenamiento privado, se encuentran sujetos a la Constitución, cuya parte esencial son los derechos. De los derechos fundamentales deriva el fundamento de todo el ordenamiento.²⁹ Ésta es una concepción social de la Constitución, que ha venido a superar los antiguos confines del liberalismo.³⁰

Siguiendo esta postura, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellos que se originan entre particulares (función objetiva). A partir de ello, ha afirmado que “la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”.³¹

Tomando en cuenta esta postura ya asumida por la Suprema Corte, cabría mencionar que existen dos modelos sobre la manera en que deben ser efectivos los derechos en las relaciones particulares. El primero, llamado “mediato”, supone que es necesaria la intervención del legislador para que las relaciones privadas se encuentren vinculadas a los derechos fundamentales. Por razones de seguridad jurídica, deben existir normas secundarias que determinen la manera de configurar la situación jurídica de los particulares frente a los derechos.³²

El segundo modelo, llamado “el inmediato”, concibe que con la norma legal de desarrollo o sin ella, los derechos humanos deben aplicarse en las relaciones entre particulares, pues la Constitución es una verdadera norma jurídica capaz de limitar y fundamentar el tráfico jurídico entre particulares.³³

Se adopte un modelo u otro, lo cierto es que existe el problema procesal; esto es, el medio idóneo para que el Estado verifique y, en su caso, sancione,

²⁹ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 81 y ss.

³⁰ Dice Carl Schmitt, teórico de la Constitución de Weimar: “Para que el «imperio de la ley» conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades [justicia y razonabilidad, dirá más adelante]”, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970, p. 161.

³¹ Jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 789.

³² Bilbao Ubillas, Juan María, *op. cit.*, p. 284.

³³ *Ibidem*, p. 327.

a los particulares que violen un derecho humano.³⁴ Ello, pues en los medios de control constitucional que pueden ser accionados por particulares, generalmente se indica que proceden en contra de violaciones de los derechos fundamentales causadas por el “poder público”.³⁵

Ante esta situación, podría acudirse ante una instancia jurisdiccional ordinaria para que se pronuncie sobre la eficacia del derecho fundamental y, posteriormente, teniendo el acto de autoridad del juez ordinario, podría acudirse a la jurisdicción constitucional, que resolverá el problema en última instancia.³⁶ Ello si no se permite que se controlen los actos de particulares en los medios de control constitucional.³⁷

México se encuentra en una posición intermedia, pues en el medio de control constitucional que pueden hacer valer todas las personas (el amparo), en principio procede en contra de normas generales, actos u omisiones “de autoridad” que violen los derechos humanos, como lo indica el artículo 103 constitucional. Sin embargo, la Ley de Amparo en su artículo 1o. señala que el amparo protege a las personas frente “los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley”. Posteriormente, en la fracción II de su artículo 5o. precisa que “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad”.

De esta forma, en México, si un particular realiza actos equivalentes a los de una autoridad, podrá ser demandado en un juicio de amparo. Pero si su acto no puede ser calificado de esa manera, tendría que acudir a un juicio ordinario en contra del particular que presuntamente violó sus derechos, como podría ser un juicio laboral o un juicio de daño moral, y contra la decisión de la jurisdicción ordinaria (que debe realizar un análisis de constitucionalidad) podría el particular instar ante la jurisdicción constitucional.

³⁴ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 145.

³⁵ Por ejemplo, el artículo 93.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el parágrafo 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán.

³⁶ Así, por ejemplo, se aceptó por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, BVerfGE 7, 198. Esta sentencia es consultable en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 202 y ss. La misma doctrina sigue la Corte Constitucional italiana, a partir de la sentencia del 9 de julio de 1970, y la Suprema Corte de Estados Unidos, en los casos Smith vs. Allright de 1944, Schelley vs. Kremer de 1948.

³⁷ De Vega García, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 703.

En el caso que nos ocupa, un particular que hace pública una oferta de empleo no estaría realizando un acto equivalente al de una autoridad. Por ello, no procedería el juicio de amparo en contra de la convocatoria. Cabría impugnarla en un medio ordinario. De *éste* no podrían conocer los tribunales laborales, pues no existe una relación de trabajo entre la persona presuntamente discriminada y quien emitió la oferta. Sería combatible, en todo caso, a través de una acción por daño moral ante los tribunales civiles.

2. *El caso de la prohibición de discriminar*

Si bien en términos generales puede afirmarse la eficacia de los derechos humanos frente a los particulares, como se ha visto, debe señalarse que no puede sostenerse de forma hegemónica. Habrá derechos que en su dimensión clásica no puedan exigirse a los particulares, como el debido proceso, pues la jurisdicción es una función estatal. Por ello, hay que analizar qué derechos tienen la multidireccionalidad. Esto es importante, por una razón adicional: en estos casos nos encontramos frente a otro titular de derechos, lo que puede suponer una colisión entre éstos, y una necesaria ponderación por parte del juez, como ha indicado la Suprema Corte.

Dicho lo anterior, en el caso específico de la igualdad y su eficacia en las relaciones entre particulares, hay quienes niegan tajantemente que el derecho a la igualdad rijan éstas, aduciendo el argumento genérico de que no puede ser límite a la autonomía de la voluntad, a lo que se agrega que no puede extraerse del texto constitucional una eficacia frente a terceros.³⁸

En contra de ello se ha dicho que la igualdad sí puede regir las relaciones privadas, aunque difieren de la forma. Por una parte, se afirma que esto sería posible con el modelo mediato, en la medida en que el legislador concreta el principio para vincular a otros particulares.³⁹

En cuanto al modelo inmediato, sin mediación, se ha dicho que la Constitución atribuye a toda persona el derecho a no ser tratado de forma desigual por nadie, de forma que los jueces deben resolver en clave constitucional las posibles violaciones a este principio, debiendo ordenar, en su caso, el cese del trato desigual y la reparación.⁴⁰

³⁸ Rossano, Claudio, *op. cit.*, p. 391.

³⁹ Palomeque López, Manuel, *Despidos injustificados y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1982, p. 87.

⁴⁰ Rodríguez-Piñero, Miguel *et al.*, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 270.

La jurisprudencia española, al pronunciarse sobre la cuestión, ha considerado que sería difícil aceptar que el principio de igualdad rijan todas las relaciones privadas. Ello, pues eso supondría que los individuos tendrían que actuar con criterio de razonabilidad justificando cada una de sus decisiones que trascendieran al mundo jurídico. Implicaría tratarlos como entes públicos y no como ciudadanos.⁴¹

Todo lo hasta aquí dicho se refiere sólo al principio de igualdad genérico. Sin embargo, la discriminación, como una de sus manifestaciones, presenta una diferencia, pues no se trata de un simple trato desigual, sino que se basa en motivos constitucionalmente proscritos, y que son especialmente lacerantes para una sociedad. Resultaría difícil dejar de controlar situaciones evidentemente discriminatorias, como prohibir el acceso a los establecimientos mercantiles abiertos al público a por alguna característica racial. Es por ello por lo que el mismo Tribunal Constitucional español ha considerado que si bien no puede exigirse a los particulares que traten de forma igual a todas las personas con las que se relacionan, sí puede darle eficacia a la prohibición específica de discriminar por los motivos contemplados por el texto constitucional.⁴²

De esta misma opinión es la Suprema Corte mexicana, que ha sostenido que el derecho humano a no ser discriminado es vinculante “no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares”.⁴³

En el enunciado antes transcrito, la Suprema Corte afirma que la prohibición de discriminar opera en “ciertas relaciones” entre particulares. Eso significa que no en todas. Eso tiene cierta lógica, puesto que también existen otros derechos, como los de privacidad, que podrían ser vulnerados con una eficacia absoluta de la igualdad. Por ejemplo, una persona debe tener el derecho a decidir quién ingresa en su domicilio o con quién desea contraer matrimonio, aunque sea por un motivo de los proscritos por la Constitución, pues de otra forma se contravendría su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

⁴¹ Auto del Tribunal Constitucional español 1069/1987, del 30 de septiembre. En esta resolución apuntó que “Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario... obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes... Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro”.

⁴² Sentencia 17/1985, del 14 de junio. Por ello, ese tribunal ha admitido demandas en las que el actor se siente discriminado por prohibírsele acceder a un local como un casino.

⁴³ Tesis 1a. XX/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 627.

Es difícil señalar de antemano qué conductas privadas son regidas por la discriminación y cuáles no. Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte ha indicado que deben tomarse en cuenta tres factores para poder determinar la incidencia de la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado:

En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible... El segundo factor a tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación, es decir la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública... El tercer factor, por último, es valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada.⁴⁴

IV. DISCRIMINACIÓN Y CONVOCATORIAS LABORALES

Una vez sentadas las bases generales sobre las que debe valorarse la cuestión, corresponde ahora analizar si las convocatorias laborales están sujetas a la prohibición de discriminar y en qué medida. Como se ha explicado, en este punto confluyen dos derechos. Por una parte, el derecho a no ser discriminado de la persona que está buscando un empleo, y, por otra, la libertad de contratar a quien considere oportuno que tiene quien desea emplear.

En efecto, quien está buscando trabajadores tiene la libertad de contratación, que permite a los particulares decidir con quién celebrar actos jurídicos, el objeto del convenio, la regulación contractual y, en su caso, la manera en que serán resueltas las diferencias que pudieran surgir. Lo anterior se soporta en la autonomía de la voluntad y en la libertad individual.

Esta libertad de contratación, sin embargo, tiene un límite: el orden público, que quedó positivizado desde 1804 en el artículo 6 del Código Civil francés, y que ha sido replicado por todas las legislaciones civiles. Si en un Estado constitucional los derechos humanos constituyen la misma esencia del orden

⁴⁴ Tesis 1a. CDXXVI/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 243.

público,⁴⁵ no hay duda de que nadie podría escudarse en la libertad de contratación para discriminar.

Es por ello por lo que la Ley Federal del Trabajo proscribe establecer condiciones que impliquen discriminación por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana (artículo 3o.).

Sin embargo, la misma norma hace una precisión: no se consideran discriminaciones las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada. En esta misma línea se ha pronunciado la Suprema Corte, al afirmar que si bien la prohibición de no discriminación no obliga a contratar a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto, y que puede hacer a un lado las virtudes de un candidato por los motivos que sean debido a la libertad de contratación, no puede motivar la exclusión en alguno de los tercios de comparación establecidos en el artículo 1o. constitucional.⁴⁶

Este es el punto en donde radica la problemática: determinar si una de las condiciones que exige una convocatoria laboral atiende o no a calificaciones del puesto, o bien se trata de una exclusión motivada por alguna de las causas que prohíbe el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional.

En la mayoría de los casos no habrá mayor dificultad para poder realizar la valoración. Si para el puesto de primer oficial una aerolínea exige ser piloto aviador, es claro que se trata de una calificación del puesto que, además, se sustenta en temas de seguridad de los pasajeros y en la legislación secundaria del artículo 5o. constitucional, que exige la cédula profesional para ejercer esa profesión. Y una convocatoria que exija que una persona sea soltera para ser contratado como médico, claramente es discriminatoria.

No obstante, existen casos que pueden ser sumamente confusos, en donde cueste determinar si un cierto requisito es una calificación para el puesto o un motivo discriminatorio. Por ejemplo, si se piden condiciones de salud específicas para un trabajo que implique realizar actividades físicas que no podría desempeñar cualquier persona. O sería el caso de una asociación que promueva cierta ideología que exija como requisito para contratar a un vocero

⁴⁵ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁶ Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 226.

el tener ciertas ideas. ¿Serían supuestos de discriminación motivados por las condiciones de salud o de las opiniones, o cualificaciones requeridas para el puesto?

Como es evidente, no puede darse una respuesta de antemano, y debe valorarse caso por caso analizando la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, el contexto en que se lleve a cabo, y valorando que el requisito tenga un fin legítimo y la exigencia sea proporcionada para alcanzarlo, como ha indicado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴⁷

Respecto a un caso en el que se exigía una edad para ocupar un puesto, la Suprema Corte sostuvo que este criterio ofrece peculiaridades muy específicas, pues, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez ofrecen entre las personas susceptibles de quedar subsumidas en alguno de dichos colectivos caracteres variables. En cualquier caso, apuntó que este tipo de distinciones suelen apoyarse en estereotipos o estigmas asociados a la edad, como sería la inexperiencia o la poca destreza, en el caso de los jóvenes, o la falta de adaptación y la menor capacidad de reacción, en el caso de los mayores.⁴⁸

Antes de entrar en consideraciones particulares sobre algunos temas relativos a la discriminación en las convocatorias de trabajo, hay que atender a una cuestión con relevancia procesal: ¿es necesario cumplir con las demás exigencias del puesto para que se configure la discriminación? Un ejemplo: si una convocatoria pide ser contador público y cristiano para ser contratado, ¿el simple hecho de no ser parte de esa religión me permite impugnar la convocatoria o debo acreditar tener la cédula profesional respectiva?

Sobre el particular, el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo considera que tienen que acreditarse todas las demás exigencias del puesto para que pueda existir la discriminación, pues, de otra forma, una eventual sentencia no podría tener efectos prácticos.⁴⁹ Esta postura no la compartieron los demás integrantes de la Primera Sala, para quienes basta con la expedición de la convocatoria. Incluso, la mayoría estimó que ni siquiera se necesitaba un acercamiento entre quien realiza una convocatoria laboral potencialmente discriminatoria y el aspirante mediante una solicitud de trabajo, pues ello con-

⁴⁷ Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), *ibidem*, p. 226.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 223.

⁴⁹ Voto particular del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el amparo directo en revisión 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 2014.

llevaría en un efecto residual discriminatorio, situación que conduciría a una revictimización, la actualización de una discriminación y un vaciamiento de la protección de las normas de derechos fundamentales.⁵⁰

1. *El tipo de empleador*

Como se ha visto, las convocatorias laborales de particulares tienen que respetar la prohibición de discriminar, y por ello cuando exijan requisitos para un puesto que se identifiquen con algunos de los motivos proscritos por el quinto párrafo de la Constitución deben justificarlos, para no violar la igualdad. Ahora debemos preguntarnos si en esta valoración tiene relevancia el sujeto pasivo, es decir, el empleador que está obligado a no discriminar, tomando en cuenta que la Suprema Corte definió como uno de los puntos a tomar en consideración la incidencia de la igualdad en las relaciones entre particulares la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra.⁵¹

Al respecto, el profesor Javier Díaz Revoiro ha considerado que no todas las relaciones entre particulares son iguales para efectos de la discriminación, y ha elaborado una interesante distinción entre diversas categorías de los sujetos obligados. Sitúa por una parte a los particulares en general, y por otra a las empresas que gestionan servicios públicos, las empresas monopólicas, y las grandes empresas.⁵²

Respecto a las empresas que gestionan servicios públicos, como salud, educación, o televisión, estima que serían máximas las exigencias de la igualdad. Si reciben financiamiento público, se les debería exigir casi como al Estado, y por tanto no podrían jamás emitir una convocatoria discriminatoria. Las empresas que constituyen monopolios o que ofrecen bienes o servicios básicos, como energía eléctrica o gas, tendrían exigencias semejantes. Y las grandes empresas, aunque se les debe exigir menos, tampoco puede equipararseles a cualquier otro particular por su posición de dominio, por lo que el estándar para valorar una convocatoria potencialmente discriminatoria debería ser más alto.

⁵⁰ Tesis 1a. CDXXXVI/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 221.

⁵¹ Tesis 1a. CDXXVI/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 243.

⁵² Díaz Revoiro, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 154-156.

De acuerdo con ello, los requisitos para un puesto de trabajo en una empresa mediana o pequeña, así como para laborar para una persona física, si bien no pueden ser discriminatorios, deberían ser analizados con un estándar menos estricto que en el caso de quienes prestan un servicio público, cuyos requisitos deben ser valorados de forma más escrupulosa.

A la luz de lo anterior, se entiende que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya considerado que los medios de comunicación, que juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y, en última instancia, la erradicación de discursos discriminatorios, tienen una responsabilidad especial respecto a la discriminación,⁵³ por lo que habría que juzgar con severidad los potenciales criterios discriminatorios en sus convocatorias laborales.

2. *Las acciones afirmativas en las convocatorias laborales*

Un segundo tema particular que debe analizar es el relativo a las acciones afirmativas, es decir, si sería posible establecer un motivo proscrito por el quinto párrafo del primer artículo constitucional, pero no con el objetivo de perjudicar a cierto grupo, sino de beneficiar a otro que se encuentra en una situación de desventaja.

Pensemos en una empresa que busca emplear sólo a adultos mayores. Está haciendo una distinción con motivo de la edad, que en principio no puede realizarse. Sin embargo, lo hace con el propósito de ayudar a un sector social que difícilmente puede conseguir empleo. O pensemos en el caso de una empresa que busca a una mujer para un puesto directivo con objeto de impulsar a las mujeres que históricamente no pueden ocupar este tipo de posiciones.

En el caso de los entes públicos, se ha debatido mucho sobre la justificación de las acciones afirmativas.⁵⁴ Por lo que se refiere a los particulares, la cuestión parece ser más sencilla, pues una respuesta puede encontrarse justamente en la libertad que los ampara: si pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, pueden fomentar la igualdad real. En caso de que el empleador sea una sociedad, habría que agregar que el derecho de asociación permite coaligarse para cualquier fin lícito, y sin duda tiene esta condición

⁵³ Tesis 1a. CLXIII/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 558.

⁵⁴ Un panorama completo sobre las teorías de justificación puede verse en Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Conapred, 2007, pp. 194-243.

la promoción de la igualdad de oportunidades, pues es uno de los valores constitucionales.

Es cierto que dichas medidas pueden resultar, en algunos casos, en relegar a ciertas personas o colectivos. No obstante, hay que tomar en cuenta que las exigencias de la igualdad respecto a los particulares resultan menores, como se ha visto, pues son atemperadas por la libertad de la que gozan, y que les permite en algunos casos realizar tratamientos desiguales sin violar el principio en comento.⁵⁵

Ahora bien, podemos también encontrarnos frente a supuestos en los que las acciones positivas no sean espontáneas, sino que sean fomentadas por los poderes públicos. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en España, con la expedición de la Ley Orgánica 3/2007, que dispuso que las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores debían procurar contar con planes de igualdad laboral entre mujeres y hombres, que contemplara el acceso de mujeres a los consejos de administración, y otorgándoles un distintivo a los que así lo hicieran.⁵⁶

En México, sin ser tan incisiva, se cuenta con una disposición similar, como lo es la Norma Oficial Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en materia de igualdad laboral y no discriminación.⁵⁷ En esa norma se establecen requisitos para que las empresas implementen prácticas para la igualdad laboral y no discriminación, que les permite obtener un certificado de igualdad laboral y no discriminación para alcanzar ciertos beneficios, como lo es el contar con puntos adicionales para las licitaciones públicas.

En estos supuestos, las acciones afirmativas se justificarían en esas normas, por lo que sería ratificada su licitud que, como se ha visto, es posible justificar. En todo caso, cabría cuestionar no al particular, sino a la autoridad, por la emisión de disposiciones que podrían ser contrarias a la libertad de asociación o a la libertad de empresa, aunque podría justificarse en la medida en que no se trata de obligaciones duras, sino de invitaciones,⁵⁸ y por la obligación estatal de fomentar la igualdad.⁵⁹

⁵⁵ Díaz Revoiro, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁶ Sobre esta ley, puede verse Soberanes Díez, José María, “Ley española para la igualdad de mujeres y hombres”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, num. 17, julio-diciembre de 2007.

⁵⁷ Publicada el 19 de octubre de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*.

⁵⁸ Díaz Revoiro, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁹ Giménez Glück, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medias de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 143.

3. *La reparación de la discriminación en las convocatorias laborales*

La reparación de las violaciones a los derechos es una de las obligaciones que tiene todo Estado. Si bien debe prevenir su vulneración, en caso de que se trasgredan tiene que investigar, sancionar y reparar a la víctima. De no hacerlo, los derechos no serían más que una quimera. Por ello, el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional expresamente indica que es un deber de todas las autoridades, a la vez que un derecho de todas las personas.⁶⁰

En el caso de que la violación a un derecho no haya sido cometida por los poderes públicos, sino por un particular, que es el caso que nos ocupa, podría pensarse que el Estado no tiene por qué responder de actos que no le son propios. Si bien eso es cierto, no menos cierto es que el Estado tiene algo que hacer en estos casos: hacer que se repare la violación; esto es, tomar las medidas que auguren que el particular que ha trasgredido un derecho remedie lo que ha hecho. De esta forma, si se ha impugnado en la vía jurisdiccional la violación, los jueces deben hacer que se repare.⁶¹

Existen diversas formas de reparación de los derechos, como son las medidas de rehabilitación, compensación, satisfacción, garantías de no repetición y la restitución. Todas ellas presuponen que se le ha puesto fin a la violación, pues, de lo contrario, es la primera cuestión de la que una eventual sentencia debería ocuparse.

En el caso que nos ocupa, es decir, una convocatoria laboral discriminatoria, y que es impugnada en un proceso, el juez que conozca del caso debe anularla, pues de esta forma pondrá fin a la violación del derecho a la igualdad.⁶² En estos términos se ha pronunciado la Suprema Corte.⁶³

⁶⁰ Sobre cómo la reparación constituye un derecho, Verdín Pérez, Jaime Arturo, “Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020.

⁶¹ Para profundizar sobre ello, puede consultarse, Cantú Rivera, Humberto, “El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad empresarial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020, especialmente la p. 23.

⁶² Sobre las formas de reparar las violaciones a la igualdad, puede consultarse García Belfuss, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁶³ Tesis 1a. XXXIII/2015 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 14, enero de 2015, t. I, p. 754.

Ahora bien, la cesación del acto discriminatorio, la nulidad de la convocatoria laboral, no termina de reparar la violación. Podría por ello pensarse que el empleador responsable debería contratar a quien impugnó la oferta. Esto, sin embargo, supone algunos problemas. En primer lugar, si para impugnarla no es necesario demostrar que se cumple con el resto de los requisitos exigidos, eso supondría tener que contratar a una persona que quizá no reúna el perfil.

En segundo lugar, y más de fondo, una condena en estos términos sería altamente cuestionable desde la perspectiva de la libertad de contratación, que quedaría totalmente opacada. Podemos pensar en el caso de que no sea una persona física, sino una asociación, o un grupo de personas las que impugnan la convocatoria. Tal vez no le sea económicamente posible a un empleador contratar a varias personas, cuando sólo requería a una. O podríamos pensar en el caso de que durante el proceso la empresa ya hubiera cubierto la vacante, y la condena quizá suponga el despido de quien fue contratado, en trasgresión a sus derechos.

Es por ello por lo que la Suprema Corte ha determinado que si bien debe anularse la convocatoria, eso no debe conllevar necesariamente en una obligación de contratación en atención a la libertad contractual.⁶⁴ De esta manera, el ofrecerle trabajo a la víctima de la violación queda en manos del empleador; pero no puede ser un mandato impuesto por el tribunal.

Descartada esa condena, habría que pensar en la posibilidad de una indemnización, máxime si se trata de un proceso por daño moral, ya que la reparación propia de esa acción es la compensación económica en la medida en que la convocatoria discriminatoria sea consecuencia del daño sufrido por quien deseaba el empleo. Por ello, la Suprema Corte ha considerado que puede condenarse a una indemnización de los daños causados a la empresa ofertante.⁶⁵ No obstante, alertó a los jueces, ya que pueden existir solicitudes de trabajo fraudulentas, “cuyo único objetivo sea la obtención de una indemnización dineraria”,⁶⁶ pues podría dar lugar al surgimiento de “estrategias de búsqueda de empleo y posterior litigio, con el único objetivo de obtener ciertas cantidades de dinero, tergiversando así los fines para los cuales se ha establecido en nuestro país el derecho fundamental a la no discriminación”.⁶⁷

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Tesis: 1a. II/2015 (10a.), *ibidem*, p. 760.

⁶⁶ Tesis 1a. XXXIV/2015 (10a.), *ibidem*, p. 761.

⁶⁷ *Idem*.

Además de la nulidad y de la posible indemnización, para conseguir una reparación integral del daño causado por la discriminación, la jurisprudencia ha establecido que los juzgadores pueden establecer otras medidas reparatorias de carácter disuasorio, así como sanciones penales, si la ley lo prevé así.⁶⁸ Sobre este último punto, el ministro Pardo Rebolledo ha realizado una interesante observación: si se intenta una acción civil, supondría variar la litis, lo cual legalmente no puede hacerse por falta de sustento normativo.⁶⁹

V. CONCLUSIONES

Para conseguir la igualdad, tanto la Constitución como los tratados internacionales proscriben la discriminación; es decir, las distinciones basadas en ciertos motivos que laceran a la dignidad humana y que tienen por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades.

No sólo se trata de una prohibición constitucional y convencional, sino que constituye un derecho humano de todas las personas. La estructura relacional de este principio no lo excluye de esta condición, ya que otorga algo al titular que de otra forma no se puede alcanzar: lograr la equiparación.

Si es un derecho humano, habría que preguntarse si puede tener eficacia frente a los particulares. En contra de los que niegan esta posibilidad por afectar a la libertad, debe afirmarse que la Constitución contiene un programa de configuración de la sociedad, y, por tanto, todos los ámbitos de lo jurídico quedan sujetos a ella. Por ello, el derecho humano a no ser discriminado posee eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares.

En el caso de las convocatorias laborales, en las que confluye la libertad de contratación de quien desea emplear, y el derecho a no ser discriminado por parte de quien busca un trabajo, debe considerarse que la libertad de contratar tiene como límite el orden público. Siendo los derechos humanos —entre los que se encuentra el de no ser discriminados— la esencia del orden público, puede afirmarse que una oferta de empleo debe respetar la igualdad.

No obstante, existen casos que pueden ser sumamente confusos, en donde cueste determinar si un determinado requisito es una calificación para el puesto o un motivo discriminatorio. En estos supuestos no puede darse una

⁶⁸ Tesis: 1a. II/2015 (10a.), *ibidem*, p. 760.

⁶⁹ Voto particular del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el amparo directo en revisión 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 2014.

respuesta de antemano, y debe valorarse caso por caso analizando la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, el contexto en que se lleve a cabo, así como que el requisito tenga un fin legítimo y la exigencia sea proporcionada para alcanzarlo.

Entre las particularidades de esta valoración podrían tener relevancia las condiciones del empleador, que está obligado a no discriminar, pues si se trata de una empresa que presta servicios públicos, o una gran empresa, las exigencias de la igualdad le serían mayores.

Otra de las particularidades que puede tomarse en cuenta es si se trata de una acción afirmativa, que no tiene por objeto perjudicar, sino respaldar a un grupo que se encuentra en desventaja. Tratándose de particulares, estas acciones podrían justificarse en la libertad, ya que si los privados pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, pueden fomentar la igualdad real, que es un valor constitucional.

En caso de que una convocatoria laboral sea discriminatoria, el juez que así lo determina debe anularla para poner fin a la violación a la igualdad. Para reparar, sería cuestionable que ordenara la contratación de la víctima en atención a la libertad del posible empleador. Sin embargo, podría ordenar una indemnización, así como exigir medidas disuasorias y, en su caso, dar vista al Ministerio Público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, José María, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 114, 1987.
- BATISTA, Fernando, *La dignidad humana y su protección constitucional el México*, México, Porrúa-IMDPC, 2021.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CANTÚ RIVERA, Humberto, “El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad empresarial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020.
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007.

- DÍAZ REVOIRO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993.
- GARCÍA BELFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medias de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, enero-julio de 2000.
- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.
- MORTATI, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1960.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel, *Despidos injustificados y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1982.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel *et al.*, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ROSSANO, Claudio, *L'eguaglianza giuridica nell'ordenamento costituzionale*, Nápoles, Jovene, 1966.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Conapred, 2007.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970.
- SOBERANES DÍEZ, José María, “Ley española para la igualdad de mujeres y hombres”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, julio-diciembre de 2007.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006.

VEGA GARCÍA, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.

VERDÍN PÉREZ, Jaime Arturo, “Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020.

ACOSO SEXUAL EN CHILE Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: ALGUNOS NUDOS CRÍTICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO*

SEXUAL HARASSMENT IN CHILE AND EFFECTIVE
JUDICIAL PROTECTION: SOME CRITICAL ISSUES
FROM THE GENDER PERSPECTIVE

HARCÈLEMENT SEXUEL AU CHILI ET EFFICACITÉ
DE LA PROTECTION JUDICIAIRE : QUELQUES PROBLÈMES
CRITIQUES ABORDÉS À PARTIR DE LA PERSPECTIVE
DE GENRE

Álvaro DOMÍNGUEZ MONTOYA**

Ximena GAUCHÉ MARCHETTI***

Cecilia BUSTOS IBARRA****

Cecilia PÉREZ DÍAZ*****

* Recibido el 8 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

El presente artículo se enmarca en proyecto de investigación aplicada FONDEF ID1710 111 “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, dirigido por la doctora Ximena Gauche, Universidad de Concepción (2018-2020).

** Licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Máster en derechos sociolaborales y doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (Catalunya). Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, ORCID 0000-0001-9059-6730.

*** Abogada. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Doctora en derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España). Académica del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, ORCID 0000-0001-9859-4596.

**** Trabajadora social. Magíster en trabajo social y políticas sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Doctora en sociología por la Universidad Autónoma de Barcelona (Catalunya). Profesora asociada del Depto. de Trabajo Social, de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción, ORCID 0000-0002-3773-84.

***** Trabajadora social. Magíster en trabajo social y políticas sociales. Académica de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción, ORCID ID 0000-0003-3592-9672.



RESUMEN: El presente trabajo se centra en el tránsito histórico, político y regulatorio de la figura del acoso sexual laboral en Chile, enfocando su estudio desde una perspectiva de género a partir de un análisis doctrinario y jurisprudencial. El propósito es evidenciar problemáticas y deficiencias en la regulación del acoso sexual laboral, con la finalidad de proponer y sustentar alternativas de solución desde la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales como eje central.

La metodología utilizada para abordar el objetivo principal y los objetivos específicos de esta investigación consistió en un estudio analítico y sistemático de fuentes normativas y doctrinarias.

Respecto de la jurisprudencia citada, se utilizó una muestra intencional de sentencias paradigmáticas y de relevancia, que nos parecieron más idóneas para los objetivos de esta investigación, centrándose en un análisis de contenido cualitativo de texto.

Palabras claves: trabajo, género, no discriminación, acoso sexual.

ABSTRACT: This work focuses on the historical, political and regulatory transition of the figure of workplace sexual harassment in Chile, focusing the study from a gender perspective from a doctrinal and jurisprudential analysis. The purpose is to highlight problems and deficiencies in the regulation of workplace sexual harassment, in order to propose and support alternative solutions from effective judicial protection and fundamental rights as the central axis.

THE methodology to address the general objective and the specific objectives of this research consisted of an analytical and systematic study of historical, normative, doctrinal and jurisprudential sources.

Key words: work, gender, non-discrimination, sexual harassment.

Résumé: Le présent travail a pour sujet l'évolution historique, politique et normative du harcèlement sexuel dans le monde du travail au Chili, évolution abordée ici à partir de la perspective de genre et en se basant sur une analyse de la doctrine et de la jurisprudence correspondantes. L'objectif est de souligner les problématiques et les manquements en matière de règles pour lutter contre le harcèlement sexuel professionnel afin de suggérer et de mettre en œuvre des alternatives qui fonctionneraient avec une protection judiciaire efficace et la garantie des droits fondamentaux comme principes de base.

La méthodologie utilisée pour parvenir à cet objectif général et à ceux plus spécifiques dans cette recherche est constituée par une étude analytique et systémique des sources historiques, normatives, doctrinaires et jurisprudentielles.

Mots-clés : travail, genre, non-discrimination, harcèlement sexuel.

SUMARIO: I. *La perspectiva de género como método que favorece la tutela judicial efectiva.* II. *Razones que justifican la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en la función de juzgar en causas de acoso sexual laboral.* III. *Acoso sexual en materia laboral: una perspectiva crítica.* IV. *El acoso sexual laboral en Chile: abriendo caminos en la tutela de ilícitos laborales.* V. *Acoso sexual: algunos nudos críticos en materia de tutela judicial efectiva y su configuración en perspectiva de género.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO MÉTODO QUE FAVORECE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. *Qué es la perspectiva de género*

La expresión *gender mainstreaming*, que puede ser traducida al español como “perspectiva de género”, ha sido vista como una técnica con la que hacer frente a las desigualdades entre mujeres y hombres y a la discriminación a mujeres, y es vista como un paso más en la consecución de la igualdad.¹

Esta perspectiva de género, que también llamaremos “enfoque de género”, “permite el análisis profundo de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, con el fin de esclarecer las diferencias e inequidades en salud que están vinculadas al género”,² y sirve como técnica de análisis transversal que permite entender las desigualdades en diferentes contextos. Así, la perspectiva de género puede contribuir al análisis de desigualdades existentes en distintas áreas o sectores, tales como la política, la salud o la educación, por ejemplo, siendo sus aportes aplicables a diversos ámbitos sociales que se busque analizar.

¹ Carmona, Encarnación, *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 27.

² Serrano, Pilar, “Gender Approach as a Conceptual and Methodological Opening in Public Health”, *Revista Cubana de Salud Pública*, Cuba, vol. 38, núm. 5, 2012, pp. 811-822.

En este contexto, la perspectiva de género no sólo analiza la relación de subordinación entre mujeres y hombres, sino también las relaciones entre mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal, siendo entonces un conjunto de roles culturales.³ No busca tan sólo realizar un análisis de las mujeres, sino que procura el análisis de todos los factores, ya sean económicos, culturales, geográficos, simbólicos y cómo estos afectan a mujeres y hombres.⁴ El sistema patriarcal sostenido en el tiempo no sólo afecta a mujeres ubicadas en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida, sino limita y restringe también a los hombres a pesar de su estatus de privilegio. Al asignar a las mujeres un tipo de comportamiento esperado y aceptado acorde con su propio sexo, los hombres quedan obligados a prescindir de estos roles de comportamiento y tensar al máximo sus diferencias con ellas. Asimismo, elementos de las construcciones elaboradas en torno al concepto teórico de género pueden ser relevados, considerados y usados en las demandas y reivindicaciones de personas LGBTI⁵ en torno a ciertos asuntos de las relaciones sociales o jurídicas en que intervienen y sus consecuencias, como son las situaciones de acoso laboral sexual.

³ Facio, Alda y Fries, Lorena (eds.), “Feminismo, género y patriarcado”, *Género y derecho*, Washington, D. C., Santiago, American University, Washington College of Law, LOM ediciones, La Morada, 1999.

⁴ Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, Chile, Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados, 2015.

⁵ Sigla que hace referencia a personas lesbianas (L), gays (G), bisexuales (B), trans o transgénero (T) e intersex (I). En relación con esta sigla, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la sigla se usa para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. El mismo tribunal internacional ha indicado que se deben abordar estas temáticas teniendo en cuenta que suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2017: párr. 31). Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, del 24 de noviembre de 2017, párrafo 31. Se puede entender esta sigla como inclusiva de otras orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género, así como de toda diversidad corporal respecto de la norma impuesta por la sociedad. Por esa razón, a veces también se encuentra en la literatura la sigla LGBTIQ+, la que incluye así de forma expresa a las personas Queer (Q) y personas que tienen una identidad no binaria o cuyos caracteres sexuales no encajan con la definición típica de hombre y mujer (+).

Lo expuesto encuentra su justificación en el propio concepto género, como categoría relacional y sus aportes al análisis de la realidad. Entendido como una categoría que alude a las construcciones culturales y sociales sobre la base de las diferencias sexuales, el género es una herramienta fundamental para analizar críticamente las dinámicas sociales, normas e instituciones.⁶ El género refiere a la construcción social de las identidades de hombres y mujeres, donde se produce un *etiquetaje* que asigna ciertos valores, responsabilidades, conductas, funciones, identidades, tareas, roles, creencias, actitudes, espacios y sentimientos diferentes, opuestos y sin duda desiguales.⁷ Lo que determina la identidad y el comportamiento no es el sexo biológico, sino las experiencias, ritos y costumbres asignados.⁸

Estas diferencias sociales y culturales entre mujeres y hombres poseen además un sentido estratificante como lo tiene la raza, la clase, la etnia, entre otras categorías, lo que ayuda a comprender que la estructura desigual nace de la relación desigual de los sexos.⁹ Esta forma de desigualdad social posee una dinámica propia, pero que está articulada con otras formas de distancias y jerarquías sociales.¹⁰ El género constituye entonces uno de los principales ejes de desigualdad social que articulan la estructura social, entendida como un sistema de posiciones jerarquizado, en función de muchos ejes que dividen a la población económica, política y culturalmente, y que lo hacen en términos de dominación y desigualdad relativa entre los grupos.¹¹

Al ser una construcción cultural y social, el significado hace del término una acepción fluida que varía de acuerdo con las ideologías sobre el rol y comportamiento considerado como “aceptable”, principalmente para las mu-

⁶ Fernández, Marisol, “Usando el género para criticar al derecho”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 59, 2006, pp. 357-369.

⁷ Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), *op. cit.*, nota 4, cita núm. 27.

⁸ Lamas, Marta, “La perspectiva de género”, *Revista de Educación y Cultura*, Argentina, pp. 1-8.

⁹ Cook, Rebeca y Cusack, Simone, *Esteretipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Perspectives, capítulo 1, pp. 11-53, Pensilvania University Press, 2010, traducción en español, disponible en: https://www.lam.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotiposdegenero.pdf.

¹⁰ De Barbieri, Teresita, “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica”, *Debates en Sociología*, Perú, núm. 18, 1993, pp. 145-169.

¹¹ Adelantado, José, “El marco de análisis. Las relaciones complejas entre estructura social y políticas sociales, 2000”, *Cambios en el estado de bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*, Barcelona, Icaria, 2000, pp. 23-61.

eres en diferentes países y tiempos.¹² Esta construcción simbólica reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. Es importante entonces remarcar que el género comprende tanto a hombres como a mujeres, ya que la definición de feminidad se hace en contraste con la masculinidad; por ende, se comprenden y estudian las relaciones entre los sexos.¹³ Por lo tanto, como señala Scott¹⁴ (2010), el concepto género es una categoría útil para el análisis, principalmente por ser crítica ante los significados y los contextos en los cuales se desarrolla.

En las relaciones entre hombres y mujeres, o intergénero e intragénero, se manifiesta el espacio de formación de la masculinidad, donde comienzan las conductas violentas y se reprimen las conductas vinculadas a la emotividad y al afecto. Estas relaciones se han caracterizado históricamente por ser desiguales, y responden a los roles, espacios y atributos que socialmente —y de manera errónea— se ha infravalorado lo femenino, donde se ha sometido y subordinado a las mujeres en relación con los hombres.¹⁵

De esta manera, la perspectiva de género sirve como un marco de análisis que aparece como un esquema posible para abordar soluciones, sean normativas, de políticas públicas o de prácticas por organismos públicos y privados, incluyendo a las personas que se desempeñan en el Poder Legislativo o en los tribunales de justicia.

En este contexto, la práctica de acoso sexual, si bien es entendida en términos neutros, como veremos, históricamente ha evocado un conflicto de género que afecta principalmente a las mujeres, expresando la definición de prácticas sexuales y el ejercicio de la sexualidad con prescindencia de la voluntad, en la que se subordina, en la mayoría de las veces, lo femenino a lo masculino, y que tiene expresión particular en el ámbito del trabajo.¹⁶ Por ello, es determinante esta mirada para analizar la regulación del acoso sexual en Chile.

¹² Fernández, Gema, “Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por la violencia de género: el papel del comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y estereotipación”, *Oñati Socio-Legal Series*, España, vol. 5, núm. 2, 2015, pp. 498-519.

¹³ Lamas, Marta, *op. cit.*, nota 8, cita núm. 30.

¹⁴ Scott, Joan, “Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis?”, *La Manzana de la Discordia*, Guatemala, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 95-101.

¹⁵ Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), *op. cit.*, nota 4, cita núm. 27.

¹⁶ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica, “Asedio sexual en el trabajo. Una política para su erradicación”, *Temas Laborales*, España, núm. 6, 1997, pp. 1-4.

II. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA IMPORTANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA FUNCIÓN DE JUZGAR EN CAUSAS DE ACOSO SEXUAL LABORAL

Conforme a alguna literatura consultada, hoy existe una posible “tendencia” a judicializar diversos conflictos que inciden en la diversidad de relaciones personales en que las y los individuos nos desenvolvemos. Tal es el caso de situaciones del ámbito de la familia, como el cuidado de hijas o hijos comunes en caso de separación de los progenitores. También hechos violentos, como es el caso del acoso sexual laboral. Si esta tendencia se asume como tal, favorecer un acceso a la justicia con pleno respeto en los aspectos de las dimensiones de proceso como de resultado, no parece ser una cuestión de poca importancia. Ello además si se acepta que hoy existen investigaciones y teorías que reconocen fundadamente que la realidad judicial no está caracterizada por la neutralidad de quien debe juzgar un caso¹⁷ ni de la propia norma jurídica. A esto se puede agregar la expectativa asociada a los tribunales como actores que pueden aportar ante legislaciones de letra deficiente.

Específicamente sobre la pretensión de neutralidad del derecho en relación con el ámbito de la justicia, si se tienen debidamente en cuenta las dificultades en el acceso a la justicia para mujeres y personas LGBTI, la perspectiva de género cobra un valor relevante para la adopción de decisiones judiciales y para el posterior análisis de jurisprudencia. Así, la “dogmática jurídica”, tan clásica como método o perspectiva de estudio del derecho positivo, cuyo objeto son las normas y las decisiones judiciales, puede enriquecerse sustantivamente con un enfoque de este tipo. En relación con las sentencias, la dogmática se enriquece si se asumen los siguientes aspectos como los puntos de vista con que los juristas asumen el análisis de jurisprudencia: descriptiva y sistematizadora de sentencias, de alcance para casos futuros, o destinada a analizar y criticar las sentencias de modo de provocar un cambio en la línea jurisprudencial.¹⁸

¹⁷ Sobre este tema, y su relación con el activismo judicial y la judicialización de la política, véase Larraín, Beatriz, “La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Chile, núm. 23, 2005, pp. 313-327.

¹⁸ Courtis, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de investigación dogmática”, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 105-118.

Las diversas críticas feministas al Derecho, tanto a la teoría del derecho como a las instituciones y métodos de análisis jurídicos,¹⁹ en general apuntan a la idea de que el derecho tiene sexo y género, de lo cual deriva una inequidad jurídico-normativa en lo social, político, jurídico y económico. Como dice una autora,²⁰ “por medio del análisis crítico de la forma en que se hace y se aplica el derecho puede develarse su responsabilidad en la subordinación de las mujeres”. El carácter neutro que se tiende a defender respecto de la norma jurídica afecta especialmente y con mayor fuerza a las mujeres y personas LGBTI. Como bien da cuenta Zúñiga, la literatura feminista

...ha puesto consistentemente de relieve que las categorías jurídicas no son neutras y que se encuentran, en cambio, saturadas de sexualidad. El sujeto liberal, en torno al que orbita buena parte de la construcción jurídica moderna, no sería abstracto, ni neutro, ni mucho menos asexuado. Tendría su sede en un cuerpo generizado.²¹

Las regulaciones jurídicas de muchas materias en Chile evidencian que no da lo mismo el cuerpo femenino que el cuerpo en un género fluido, que el cuerpo *intersex*, que el cuerpo masculino. Ello puede proyectar sus consecuencias al tiempo de la tutela judicial efectiva que persiguen quienes judicializan situaciones como el acoso sexual laboral, por ejemplo.

En el caso de las mujeres, para un adecuado acceso a la justicia se deben enfrentar además a una serie de obstáculos derivados de la histórica situación de exclusión y discriminación que las afecta, como la construcción binaria y estereotipada del género femenino con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones pretendidamente establecidos, la construcción sexista de muchas instituciones, el uso de un determinado lenguaje de género o las distintas manifestaciones de violencia por causa de género. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe de 2007 “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, ha observado que la gran mayoría de los casos de violencia contra las mujeres se encuentran marcados por la impunidad, lo cual alimenta la perpetuidad de

¹⁹ Agatón Santander, Isabel, *Justicia de género. Un asunto necesario*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 7-15.

²⁰ Agatón Santander, Isabel, *op. cit.*, nota 19, p. 17.

²¹ Zúñiga Añazco, Yanira, 2018, p. 217, cita núm. 15.

esta grave violación.²² En el mismo Informe, la Comisión define el acceso a la justicia como el acceso *de iure* (de derecho) y *de facto* (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos.²³

Además, las construcciones y roles que se identifican usando un enfoque de género, sobre todo las que tienen que ver con concepciones estereotipadas sobre la sexualidad, el género y los propios cuerpos, afectan desproporcionadamente a personas que se reconocen como lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, intersex, *queer* o de género fluido. Es por ello que quienes trascienden el binomio “hombre/mujer” han levantado sus voces en busca de no discriminación y un igualitario acceso a la justicia.

Desde otra mirada, la importancia de incorporar la perspectiva de género en relación con la justicia se hace necesaria por la escasa disposición del derecho a dialogar con otros saberes atribuyendo a “lo normativo jurídico” un valor de dogma. A ello se adiciona la estrechez de las miradas sobre la realidad, usando el argumento de esa pretendida y poco realista “neutralidad” que se busca atribuir a la norma jurídica, ya referida, y los intereses con relación a factores que realmente pueden incidir en que se adopten ciertas decisiones político-normativas y otras no.²⁴

Esta carencia en la capacidad de dialogar se evidencia, por ejemplo, en que a veces este enfoque no se cruza con otros, no recogiendo así la necesaria interseccionalidad; por ejemplo, con la interculturalidad o con el enfoque de los cursos de vida. Es decir, las desigualdades y desequilibrios en la organización

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Estados Unidos, 2007, p. 1.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 22, p. 3.

²⁴ Como sostiene Lucía Raphael de la Madrid, se hace indispensable para el estudio del derecho, que todo estudioso de esta inexacta ciencia humana deba tener la humildad y la actitud necesaria para abrir el espíritu y entender que no hay área del conocimiento humano que pueda ser estudiada únicamente desde sí mismo, y que nunca más que ahora, el derecho requiere desesperadamente de sus hermanas las disciplinas sociales, pero también las científicas, para comprenderse, estudiarse, analizarse, cuestionarse y proponer reflexiones y propuestas creativas en el espacio de lo jurídico, a partir de una verdadera conciencia ética, y de la búsqueda de un paradigma en el que el derecho no sea una suma de reglas y leyes herrumbrosas que someten la libertad del ser humano, sino que sean siempre principios, leyes, reglas vivas, acordes a la realidad, coherentes con la evolución y, sobre todo basadas en sólidos principios éticos de libertad, de igualdad, de laicidad, de legalidad. Para más información, véase Raphael de la Madrid, Lucía, *Género y literatura. Hacia una perspectiva otra del derecho*, México, UNAM, 2015, pp. 3 y 4.

del poder, y en este caso en el acceso a la justicia no puede explicarse sólo a partir de un motivo o razón.

III. ACOSO SEXUAL EN MATERIA LABORAL: UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

Acoso sexual y antecedentes de contexto: una manifestación histórica de la violencia de género contra las mujeres y su dimensión normativa

El acoso sexual encuentra sus primeros antecedentes en la denuncia generalizada de los movimientos feministas norteamericanos, que se manifestaban en contra de las conductas de intromisión indeseada de los hombres en la vida de las mujeres. Se impugnaron ciertas prácticas y actitudes discriminatorias, que obstaculizaban su integración y negaban su valor como profesionales, produciendo un efecto de visibilización de las relaciones de desigualdad y de violencia en el marco de los vínculos entre mujeres y hombres, lo que repercutiría en el debate público y político.²⁵

Si bien actualmente la conducta de acoso sexual es entendida en términos neutros, históricamente ha evocado un conflicto de género que afecta principalmente a las mujeres,²⁶ en que la cultura patriarcal las asocia a la sexualidad, reforzándolas como objeto de deseo, representación que traslada al ámbito laboral²⁷ y se ve acrecentada debido a la tipología de la relación de trabajo.²⁸

²⁵ Pernas, Begoña; Román, Marta; Olza, Josefina y Naredo, María, *La dignidad quebrada. Las raíces del acoso sexual en el trabajo*, España, Fundación 1o. de Mayo de 2000, p. 15. Además, véase Lamas, Marta, *Acoso: ¿denuncia legítima o victimización?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 25. Revisando las estadísticas oficiales de la Dirección del Trabajo, según el informe de denuncias por acoso sexual del primer semestre de 2019, el 94,1% de las denuncias corresponde a mujeres según distribución de denuncias del sexo del trabajador afectado, siendo 311 hasta la fecha registrada. ENCLA, Informe de resultados. Novena encuesta laboral, 2019, Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile.

²⁶ Constatando tal realidad en Chile, véase Farías, Pamela y Gómez, Marcela, “Acoso sexual en el trabajo. De la impunidad a la acción”, *Aportes al Debate Laboral*, Chile, núm. 7, 1999; “Acoso sexual en el trabajo. Análisis de grupos focales”, *Aportes al Debate Laboral*, Chile, núm. 2, 1997; Carrasco, Celina y Vega, Patricia, *Acoso sexual en el trabajo, ¿denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*, Chile, Estudios de Dirección del Trabajo, 2009.

²⁷ Carrasco, Celina y Vega, Patricia, *op. cit.*, nota 27, pp. 19 y ss.

²⁸ Stockdale, Janet, “Acoso sexual en el trabajo”, en Firth Cozens, Jenny y West, M. A. (comps.), *La mujer en el mundo del trabajo*, España, Morata, 1993, pp. 78 y ss.

En tal esquema, el origen del reconocimiento institucional del acoso sexual se produce después de un largo tránsito social. Va desde su naturalización como consecuencia de la relación discordante entre hombres y mujeres, a una concepción civilizatoria, que la concibe como una forma de discriminación por género,²⁹ que lo observa no sólo como una forma en la que el sexo es un medio para conservar el poder y el estatus, sino también para subordinar la autonomía sexual a la estabilidad en su puesto de trabajo.³⁰

En ese contexto, en la década de los ochenta, la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo en Estados Unidos otorgó un conjunto de pautas y reglas para sancionar el acoso sexual. Así, lo definió como insinuaciones sexuales indeseadas y solicitudes de favores sexuales u otra conducta física o verbal de naturaleza sexual cuando: 1) su cumplimiento se hace de manera explícita o implícita en términos o como condición para obtener el empleo; 2) su cumplimiento o la negación de su cumplimiento por parte de un individuo es la base para tomar decisiones que afecten el empleo de dicho individuo, o 3) tales conductas tienen el propósito o el efecto de interferir, sin razón, en la eficiencia del trabajo de un individuo; o crean un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo,³¹ que influye notablemente en las regulaciones de acoso sexual adoptadas a nivel occidental.³²

En este marco, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en 1992 elaboró la Recomendación General 19, que señala especialmente al acoso sexual como un “comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, ob-

²⁹ Pernas, Begoña, *op. cit.*, nota 25, p. 168 y ss.; Calle, Mercedes; González, Carmen y Núñez, Juan Antonio, *Discriminación y acoso sexual a la mujer en el trabajo*, España, Largo Caballero, 1988, p. 20; Sánchez de Lara Sorzano, Cruz y Chicano Jávega, Enriqueta, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, España, Thompson Reuters, 2010, pp. 69 y ss.

³⁰ En esta línea, fueron determinantes los aportes teóricos de Catharine Mackinnon y Lin Farley, quienes asentaron, en el constructo del acoso sexual, la idea de la existencia de una discriminación por género. Al respecto, véase MacKinnon, Catharine, *Sexual Harassment of Working Women: A Cases of Sex Discrimination*, Yale University Press, 1979; Farley, Lin, *Sexual Shakedown*, Warner Book, 1978.

³¹ Pernas, Begoña, *op. cit.*, nota 25, p. 16.

³² *Ibidem*, p. 169. Posteriormente, en 1986, la Corte Suprema norteamericana, en el caso “Banco de Ahorros Meritor con Vinson”, determinó el acoso sexual como una de las conductas discriminatorias por sexo prohibidas en el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, sentencia que “da por inaugurada una inédita etapa de represión jurídica sobre este tipo de conductas en los países más avanzados del mundo”. Para más información, véase Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Nueva Ley de Acoso Sexual*, Chile, Lexis-Nexis, 2005, p. 3.

servaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho”, poniendo énfasis en sus repercusiones respecto de la dignidad, la salud y la discriminación que produce en las mujeres.

Estos aportes han incidido a nivel internacional en distintos niveles. Según la OIT, el acoso sexual es “un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada y que incide negativamente en su situación laboral provocándole un perjuicio”.³³

Esto último se compatibiliza con el Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo,³⁴ y la Recomendación sobre la violencia y el acoso de 2019 (número 206), los que, con un enfoque práctico, definen a la violencia y el acoso como “un conjunto de comportamientos y acciones inaceptables” que “tienen por objeto provocar, ocasionan o son susceptibles de ocasionar, daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos”. Esto abarca el abuso físico o verbal, la intimidación y el hostigamiento, el acoso sexual, las amenazas y el acoso, sin perjuicio de otros actos atípicos.

A nivel interamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA) entiende el acoso sexual como una forma de violencia contra las mujeres. En este instrumento se estipula el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y requiriendo a los Estados que impongan medidas legales para proteger a las mujeres del acoso, entre otras formas de violencia.

Por su parte, en la Unión Europea, la Recomendación 92/131 de 1991, relativa a la protección de la integridad de la mujer y del hombre en el trabajo, definió a la violencia y al acoso como

la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan la dignidad de la mujer en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros si: i) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona objeto de la misma; ii) la negativa o sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresas o trabajadores (incluidos los superiores y compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y el empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y iii) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma, y que dicha conducta

³³ Daeren, L., *La OIT frente al acoso sexual*, Chile, OIT-ETM, 1998.

³⁴ Ginebra, 108a. reunión CIT (21 junio 2019) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).

puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato.³⁵

También a nivel europeo, la Directiva de la 2002/73/EC sobre tratamiento equitativo definió a la violencia y el acoso como una discriminación prohibida en el empleo, incluyendo la etapa de contratación, formación y práctica profesional. Luego, la Directiva 2006/54/EC derogó la directiva de 2002, pero mantuvo idénticas las definiciones de acoso sexual. Por otro lado, la Directiva 2004/113EC amplió la prohibición de acoso sexual fuera del mercado de trabajo, amparando a todos los prestadores de bienes y servicios, tanto en los sectores públicos como en los privados. Estas directivas son generales, en el sentido de que cada Estado miembro elige la forma de implementarlas en su derecho interno y las sanciones respectivas.³⁶

En el derecho comparado existen diversas tendencias regulatorias, ya que hay países en los que se conoce una legislación especial que define en forma expresa el acoso sexual, sus supuestos y formas de concurrencia.³⁷ En otros países, su regulación deriva de manera implícita de leyes relativas a la no discriminación o derechos fundamentales, siendo la jurisprudencia y la doctrina las que han configurado su alcance.³⁸

En cuanto a las formas de regulación, los ordenamientos jurídicos han prestado atención a la temática del acoso sexual de maneras muy distintas. Se pueden observar modelos normativos que van desde la tipificación heterónoma a aquellos en los que la regulación del acoso laboral viene dada por la autonomía colectiva. Incluso, en algunos casos, se observa su inclusión en instrumentos de gestión unilateral de responsabilidad social empresarial, sin perjuicio de que, ante la ausencia normativa, finalmente han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han delimitado sus contornos.³⁹

³⁵ Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 11 y ss.

³⁶ Referencia tomada del Informe sobre Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo del XX Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, que tuvo lugar en Santiago de Chile en septiembre de 2012, y fue realizado por los relatores Sergio Gamonal Contreras y José Luis Ugarte Cataldo. Para más información, véase Gamonal Contreras, Sergio y Ugarte Cataldo, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar del trabajo*, Chile, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.

³⁷ Este es el caso de Francia, Suiza, Bélgica, Finlandia, España, Austria, Uruguay, República Dominicana, Filipinas, Lituania, Australia, Italia, Colombia, Chile y Gran Bretaña, entre otros.

³⁸ Estados Unidos de América, Canadá, Suecia y Japón, entre otros.

³⁹ Gamonal Contreras, Sergio y Ugarte Cataldo, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar del trabajo*, Chile, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.

IV. EL ACOSO SEXUAL LABORAL EN CHILE: ABRIENDO CAMINOS EN LA TUTELA DE ILÍCITOS LABORALES

Las agendas de género de los sucesivos gobiernos democráticos de fines del siglo XX e inicios del XXI incluyeron en sendos planes de igualdad de oportunidades (PIO) diversas medidas legislativas y programáticas para dismantlar los mecanismos sociales, culturales y políticos que sustentaban o profundizaban las asimetrías de género y desigualdad de la condición y posición de las mujeres respecto de los hombres en la sociedad chilena.

Si bien dichos procesos de reforma fueron impulsados inicialmente por los movimientos sociales de mujeres y feministas en años anteriores a la creación de las institucionalidades de género (Sernam en 1991 y Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género en 2016), no fue sino hasta la reinstalación del Congreso Nacional, en 1990, cuando pudieron ser conducidos a través de debates legislativos progresivos, que comenzaron con modificaciones de orden constitucional y civil para el reconocimiento de las mujeres como sujetas titulares de derecho, pasando por sendas reformas a la justicia sustantiva y procedimental de familia y sobre violencia doméstica, hasta una agenda laboral de género que se prioriza frente a fenómenos estructurales de aumento de la participación femenina en la fuerza laboral, y a otros eventos coyunturales derivados de crisis económicas globales que erosionaban las condiciones generales del mercado del trabajo, en general, y de la autonomía económica de las mujeres, en particular

En este marco de políticas y reformas, se introdujeron modificaciones a la legislación relacionada con igualdad salarial entre hombres y mujeres, a la participación de los padres en el cuidado de los hijos recién nacidos, al derecho a sala cuna y alimentación de hijos menores de dos años, el cuidado infantil de hijos e hijas de trabajadoras temporeras y, por cierto, la reforma al código laboral en materia de regulación y sanción del acoso sexual en el trabajo, que cristalizó con la promulgación de la Ley 20.005 el 18 de marzo de 2005, que “tipifica y sanciona el acoso sexual”, luego de un largo y controvertido tránsito legislativo,⁴⁰ en el que, sin la existencia de legislación

⁴⁰ El proyecto de ley que posteriormente dio a lugar a la citada ley inició en 1991 con la primera moción parlamentaria, continuó en 1994, a través de una segunda moción parlamentaria, hasta que en 1995 se presentara una indicación sustitutiva por el Ejecutivo, que fue retomada en debate en 2000.

expresa, la jurisprudencia de la época reconocía tal figura como una infracción contractual.⁴¹

Sólo a modo de reflejo de los estereotipos y resistencias culturales que rodearon el lato e interrumpido debate parlamentario de esta ley, se encuentran las palabras de la diputada informante, H. D. Adriana Muñoz, en el primer trámite constitucional:

En la historia de la ley —de la cual forma parte el informe—, queda claro que algunos parlamentarios hicieron presente que, en nuestra Carta Fundamental, en el Código del Trabajo y en otras normas legales, existían resguardos, que hacían innecesario explicitar el tema en un proyecto. Otros sostuvieron que el hecho de legislar sobre la materia iba a significar un nuevo impedimento para el ingreso de las mujeres al mercado laboral; que, junto con la existencia del fuero maternal, con el derecho de lactancia y con la no exigencia de hacerse un examen de orina, la medida sería otra barrera que impediría o disminuiría la demanda de mano de obra femenina por parte de los empresarios o del sector público. También se expresó que esto podía traer mayor inestabilidad a los trabajadores en cuanto constituiría una nueva causal de despido y, quizás, traería consigo nuevas perversidades en la relación trabajadores-empleadores.⁴²

En este contexto, se introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico, destacándose la tipificación de un concepto de acoso sexual como ilícito laboral,⁴³ una regulación específica en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad,⁴⁴ un procedimiento especial de investigación del acoso sexual,⁴⁵ una causal de despido subjetivo⁴⁶ y de despido indirecto.⁴⁷

Ahora si bien, mayoritariamente, la doctrina nacional⁴⁸ entiende que la tipificación del acoso sexual en nuestro país sanciona una conducta que cons-

⁴¹ Sentencia Corte Suprema, del 9 de abril de 2003, Rol 2.704-2002, que resuelve una cuestión de despido indirecto y acoso sexual. Para más información, véase Carvajal, Gabriela, “Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual: Jurisprudencia y tramitación legislativa”, *El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005.

⁴² Historia de la Ley 20.005

⁴³ Artículo 2o., inciso 2o. del Código del Trabajo.

⁴⁴ Artículos 153, inciso segundo, y 154, núm. 12, del Código del Trabajo.

⁴⁵ Artículo 211-A al 211-E del Código del Trabajo.

⁴⁶ Artículo 160, núm. 1, letra b) del Código del Trabajo.

⁴⁷ Artículo 168, inciso 3o., y 171 del Código del Trabajo.

⁴⁸ Para más información, véase Caamaño, Eduardo, “El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*

tituye un atentando pluriofensivo de derechos fundamentales,⁴⁹ es divergente o no se pronuncia sobre cuestiones normativas centrales, que en mayor o menor medida determina el resultado de las acciones deducidas, las que abordaremos a propósito de los nudos críticos de esta figura.

V. ACOSO SEXUAL: ALGUNOS NUDOS CRÍTICOS EN MATERIA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU CONFIGURACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO

En este apartado nos enfocaremos en identificar algunos nudos críticos que configuran el acoso sexual y sus problemáticas, a fin de observar ciertos elementos y problemáticas que deben razonarse con enfoque de género, con el propósito de conciliar un modelo garantista laboral con la correcta interpretación del ilícito, de cara a la tutela judicial efectiva en estas materias.

1. *La conducta antijurídica: la expresión “requerimiento” y los tipos de acoso*

El comportamiento antijurídico está regulado en el artículo 2 del Código del Trabajo. En lo referido a la *conducta* punible, existe uniformidad en la doctrina en entenderlo en un sentido amplio, comprensivo de acciones, sean escritas, verbales, gestuales o físicas.

En efecto, las conductas constitutivas de acoso sexual incluyen cualquier acción del acosador sobre la víctima “que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido”,⁵⁰ siendo los comportamientos que la confi-

de Valparaíso, núm. 25, Chile, 2004, p. 111; Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 3 y ss.; Rojas, Irene “¿Por qué se debe legislar sobre el acoso sexual?”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 1998, pp. 68 y ss.; dictamen 1133/36 del 21 de marzo de 2005; Etcheverry, Françoise, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2011, pp. 192 y ss.; Melis, Christian y Sáez, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2010, p. 123. En contra, véase Palavecino, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho*, 19:1, Chile, 2006, p. 114.

⁴⁹ En concreto, la intimidad (artículo 19, núm. 4, Constitución Política de la República), a la no discriminación (artículo 19, núm. 16, inciso tercero, Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 19, núm. 2, Constitución Política de la República) y, a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19, núm. 1, Constitución Política de la República). Por todos, véase Caamaño, Eduardo, “Acoso sexual. Concepto, clases y bien jurídico protegido”, *El acoso sexual en la empresa: Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005, p. 25.

⁵⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen 1133/36 del 21 de marzo de 2005.

guran innumerables, exigiendo un examen múltiple, integral y coherente de las circunstancias fácticas del caso,⁵¹ lo que se condice con la idea de tipicidad en materia laboral.⁵²

En este esquema, una cuestión que ha generado dudas ha sido el alcance de la expresión “requerimiento”. Como señala Planet, en el debate parlamentario no se presentó una definición de “requerimiento”, tampoco una discusión sobre el mismo, en cuanto si debe ser entendido bajo una lógica restrictiva o amplia.⁵³ Lo anterior es de relevancia, por cuanto, en un sentido natural y obvio, se entiende por tal el pedir algo a alguien, especialmente cuando se tiene autoridad o legitimidad para ello, lo que conlleva implícitamente un expresión categórica y directa. Esto provoca dudas en cuanto a las hipótesis que pudiera admitir nuestra legislación, ya que a partir de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, se ha tendido a excluir hipótesis en que no existe una exigencia directa en tal sentido.⁵⁴

Lo anterior, creemos que debe ser matizado. El concepto de “requerimiento” debe ser interpretado en términos amplios, alcanzando a acciones de índole sexual de cualquier tipo, en las que si bien no medie el pedir o exigir una conducta sexual, si puede desprenderse del contexto mismo. Lo anterior se refuerza de la propia redacción del tipo laboral, ya que la expresión que se utiliza, en cuanto forma de materialización, es “por cualquier medio”, lo que debe ser entendido en términos omnicomprendivos de cualquier tipo de conducta, lo que se refuerza por los bienes jurídicos tutelados, lo que permite interpretar la expresión o centrar la conducta de acoso en el comportamiento del sujeto activo, antes que una solicitud formal, en términos de exigencia.⁵⁵

⁵¹ Corte Suprema, Rol 3500-2010, 1 de septiembre de 2010.

⁵² Los estándares en el modo de tipificación de los comportamientos sancionables o la conducta considerada como ilícita en materia laboral no debe ser “en extremo precisa y minuciosa”, pero tampoco “puede ser tan vaga y difusa que atribuya al empresario una facultad incondicional para ejercer el poder disciplinario”. Para más información, véase Fernández, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas, 1991, pp. 40 y ss. Por lo mismo, “no se exige una tipificación precisa y cerrada de los actos y conductas sancionables”, aunque sí lo suficientemente delimitados para su subsunción, aunque esto no signifique un nivel de indeterminación y vaguedad que no permita delimitar sus contornos y haga ilusoria su causalización. Alonso, Manuel y Casas, María Emilia, *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 2003, p. 442.

⁵³ Planet, Lucía, “Desde la identificación a la pérdida del trabajo. Problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile”, en Rojas, Irene (coord.), *Estudios sobre el trabajo de la mujer*, Chile, Thomson Reuters, 2021, pp. 92 y ss.

⁵⁴ Para más información, véase Corte Suprema, AD 58-2020, 9 de octubre de 2020.

⁵⁵ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 98 y ss.

Esta última cuestión es importante, ya que se relaciona con los “tipos de acoso”. Desde un punto de vista de la fenomenología del acoso sexual,⁵⁶ la doctrina laboral ha distinguido dos tipos de acoso sexual:⁵⁷ “chantaje sexual” y “acoso sexual ambiental”.

El chantaje sexual es una forma de hostigamiento sexual que “fuerza a un trabajador a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder o ver perjudicados ciertos beneficios o condiciones del trabajo”.⁵⁸ Por su parte, el acoso sexual ambiental es aquel en que “el acoso se constituye por una conducta de hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral humillante y hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales de ningún tipo”.⁵⁹

Por lo mismo, con base en la discusión conceptual anterior, cualquier comportamiento de índole sexual puede configurar alguna hipótesis de acoso, ya sea por extender la expresión “requerimiento” o bien por comprenderla dentro de una hipótesis de acoso ambiental.⁶⁰

En cuanto a la continuidad o permanencia del comportamiento, se ha dicho que

no es necesario que la conducta de acoso sea reiterada en el tiempo, basta que sea lo suficientemente intensa para afectar a la víctima, aunque sólo se produzca por una sola ocasión. Esto especialmente se produce en la hipótesis de chantaje, donde una sola exigencia de carácter sexual bajo amenaza basta para que la conducta sea suficiente para configurar la hipótesis sancionada por la ley.⁶¹

⁵⁶ Palavecino, Claudio, *op. cit.*, nota 49, p. 107.

⁵⁷ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, p. 86

⁵⁸ Caamaño, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 12.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 13. Reconociendo expresamente esta hipótesis en la jurisprudencia, véase Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 961- 2019, 13 de septiembre de 2019; Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014, 28 de marzo de 2015; 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-914-2019, 26 de diciembre de 2019; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7488-2009, 9 de julio de 2009; 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-935-2012; 2o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit T-309-2018, 7 de junio de 2018; Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Rit T-87-2016, 15 de marzo de 2017, entre otras.

⁶⁰ Con respecto a esta discusión conceptual de “los dos acosos”, véase Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 64, p. 89.

⁶¹ Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 16.

Son incluso innecesarias conductas previas,⁶² siendo irrelevante que exista una pluralidad concatenadas y permanentes de acciones.⁶³

Lo relevante para este comportamiento, pese a la confusión que pudiera inducir su redacción, no es el número de conductas o su reiteración ni su extensión desde una perspectiva temporal, sino su gravedad.

Con respecto a la connotación o al carácter sexual de la conducta, coincidimos en que ésta debe situarse en un plano subjetivo, en el sentido de que lo primordial debe ser si la conducta tuvo el efecto de crear un ambiente hostil para la persona acosada, recayendo su cualificación en la percepción de esta última.⁶⁴

Para esta determinación en sede judicial, no sólo la perspectiva de género puede ser determinante, sino también el enfoque de interseccionalidad.

Vale recordar que si bien es de antigua data, se suele reconocer su origen en la discusión de un caso legal concreto, con el objetivo de hacer evidente la invisibilidad jurídica de las múltiples dimensiones de opresión experimentadas por las trabajadoras negras de la compañía estadounidense General Motors.⁶⁵ La interseccionalidad puede ser entendida como un mecanismo útil para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia, pues emerge frente a la necesidad de analizar de manera integral y multidimensional la realidad que viven no sólo las mujeres en el ejercicio de sus derechos, sino también distintos grupos y colectivos históricamente discriminados, como los pueblos indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad, entre otros.⁶⁶

Como enfoque centrado en quien es la persona acosada y sus circunstancias, la interseccionalidad ayuda a identificar, visibilizar y comprender cómo se cruzan en las personas diversas categorías o motivos sospechosos que deben ser tenidos en vista para hacer un análisis más riguroso de cada situación.

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol núm. 1364-2011.

⁶³ Prado, Pamela, “Breves reflexiones en torno al *mobbing*”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2005. En el mismo sentido, véase Gamonal, Sergio y Prado, Pamela, “El *mobbing* o acoso moral laboral”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2006, p. 36 y ss. Erradamente, se ha extrapolado el mismo criterio del acoso laboral al acoso sexual. En tal sentido, véase la sentencia del Juzgado de Letras de San Bernardo, RIT T-08-2009, 11 de enero de 2010.

⁶⁴ En similar sentido, Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 101 y 102; Domínguez, Álvaro; Mella, Patricio y Walter, Rodolfo, “El acoso en el trabajo. Algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, núm. 10, Chile, 2015, p. 51.

⁶⁵ Viveros, Mara, “La interseccionalidad. Una aproximación situada a la dominación”, *Debate Feminista*, Chile, núm. 52, 2016, pp. 1-17.

⁶⁶ Para más información, véase *Cuaderno de buenas prácticas para juzgar con perspectiva de género en las sentencias*, PJUD, 2018, p. 37.

A. Ausencia de consentimiento y sus formas de expresión

La conducta indeseada por la víctima refiere que los requerimientos no tienen que ser consentidos. El elemento configurativo esencial es la indeseabilidad de la conducta sexual por la parte afectada. La norma precisó que el requerimiento sexual no debe ser consentido. De esta forma, para entender que no existe acoso sexual debe existir aceptación, voluntad libre y espontánea de aceptar el requerimiento sexual.⁶⁷

En este punto, la problemática se centra en la forma en que debe manifestarse o exteriorizarse el rechazo. Se ha dicho que debe ser “una reacción inmediata, explícita y categórica de la víctima”,⁶⁸ que es lo más habitual.⁶⁹ No obstante, por otro lado, se ha indicado que el rechazo no requiere una acción frontal y explícita de la víctima,⁷⁰ sino que basta que del contexto en que se produce se deduzca inequívocamente la no aceptación del requerimiento.⁷¹

En este contexto, e insertando las precisiones anteriores, se pueden derivar dos cuestiones centrales con respecto a la configuración de esta conducta. Por una parte, que la cercanía de las partes no justifica ni aminora un acto de acoso sexual, y, por otra, que la falta de respuesta de la víctima o silencio no constituye aceptación o consentimiento tácito.

En efecto, la cercanía previa de la víctima y el agresor no puede justificar un acoso sexual, ya que basta la negativa de la primera, en cualquier momento, para entender que no hay consentimiento. De esta forma, no sería correcto exigir una determinada interacción, como un rechazo categórico o expreso.⁷²

Por lo mismo, la exigencia de rechazo categórico no es implícito al concepto ni consustancial a éste. Se debe tener en cuenta que el justificable temor de represalias laborales, inserto dentro de los mismos requisitos de tipo laboral, puede inhibir a la parte acosada de adoptar una conducta activa, de rotundo e instantáneo rechazo, ante los avances o requerimientos del superior.⁷³ Es así

⁶⁷ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, p. 99.

⁶⁸ Palavecino, Claudio, *op. cit.*, nota 49, pp. 109 y 110.

⁶⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit T-132-2014, 28 de marzo de 2015.

⁷⁰ Caamaño, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 97.

⁷¹ Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 16.

⁷² Zamora Picciani, Rebeca, “Acoso sexual en los sistemas de integridad, corporativa. Buenas prácticas y perspectiva de género”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2019, p. 58. En la jurisprudencia, véase 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-37-2018, 19 de junio de 2018 y sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 31 de julio de 2018.

⁷³ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 101 y 102; Domínguez, Álvaro, *op. cit.*, nota 67, p. 52.

como “en tales circunstancias, la indeseabilidad puede también manifestarse a través de un comportamiento evasivo o dilatorio de la víctima”.⁷⁴

En esta línea coincidimos con Planet, en el sentido de que la consideración del silencio de la víctima ante el requerimiento, a la luz de la desigualdad de poder propia de la relación de trabajo, permite dar por configurado el requisito de la conducta no consentida.⁷⁵

Así, el silencio o la falta de respuesta de la víctima jamás podrían ser constitutivos de aceptación o consentimiento tácito.⁷⁶

B. *El resultado: la amenaza o perjuicio*

El concepto legal de acoso sexual incluye una redacción que pareciera exigir o configurar una especie de ilícito de resultado, al señalar que las conductas sexuales o de connotación sexual “amenazan o perjudican la situación laboral o las oportunidades en el empleo”.

La Dirección del Trabajo ha dicho que la ley ha entendido que esta expresión permite configurar la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, “sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo”,⁷⁷ lo que se vincula con la noción de acoso ambiental, el que incluso vendrá dado, por la vulneración de derechos fundamentales por no tomar medidas de protección adecuadas.⁷⁸

Esta última hipótesis se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 153 del Código del Trabajo, que obliga al empleador a “garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”, norma que determina un reconocimiento al acoso sexual ambiental, que no necesariamente exige un resultado para su materialización.⁷⁹

⁷⁴ Palavecino, Claudio, *op. cit.*, nota 49, p. 110.

⁷⁵ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 101 y 102.

⁷⁶ Sentencia 2o. Juzgado de Letras del Trabajo, RIT T-309-2018, 7 de junio de 2018, y sentencia 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1528-2017, 25 de septiembre de 2018. En un sentido 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-404-2017.

⁷⁷ Dirección del Trabajo, Dictamen 1133/36, del 21 de marzo de 2005.

⁷⁸ Respecto de la vinculación anterior, en general respecto del acoso sexual, sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de los Ángeles, RIT T-71-2019, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, Rit T-50-2018. En el mismo sentido, Lizama, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 16 y 17.

⁷⁹ Esta hipótesis ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia, en el sentido de que la insistencia en un contacto, o las insinuaciones de carácter sexual no queridas por quien

A propósito de lo anterior, se ha planteado la discusión sobre si el acoso sexual laboral puede darse fuera de la faena o del lugar de trabajo; la tesis mayoritaria se inclina a que ello no obsta a su calificación si tiene consecuencias en el ambiente laboral. Esto, por cuanto no distingue un elemento locativo que pueda ser interpretado en términos restrictivos, limitado a jornada o lugar de trabajo, extendiéndose a la existencia de una causa laboral.⁸⁰

Esto, por cuanto es común que estas conductas ocurran a solas entre quien realiza el acto de acoso sexual y la víctima, y puede incluso ocurrir fuera de la faena u horario laboral. Precisamente, esa circunstancia debe tenerse en cuenta al momento de calificar el acoso sexual dentro del ámbito laboral, ya que lo determinante será si existe una conexión con la relación laboral, aunque geográficamente no esté en el ámbito de control del empleador, ya que puede configurarse igualmente el acoso sexual.⁸¹

C. Las lógicas disciplinarias y los derechos fundamentales en el contexto del acoso

Como ya señalamos, la citada ley 20.005 ha introducido una hipótesis de despido disciplinario⁸² fundada en el acoso sexual, “por estimar importante el castigo de las conductas que importen una vulneración manifiesta del derecho a la dignidad, a la intimidad, a la no discriminación por razón del sexo y a la salud laboral”,⁸³ buscando “regular para proteger a los dependientes de actuaciones desde todo punto de vista reprochables y que socavan severamente su dignidad y derechos, fijando a su vez una regulación específica respecto de la terminación por esta vía”.⁸⁴

es la receptora de los requerimientos, constituyen acoso sexual ambiental. Véase Corte de Apelaciones de la Serena, Rol 66-2015, 30 de junio de 2015.

⁸⁰ Planet, Lucía, *op. cit.*, nota 54, pp. 91 y 92.

⁸¹ Zamora Picciani, Rebeca, *op. cit.*, nota 75, p. 59. En la jurisprudencia, véase 1o. Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-37-2018, 19 de junio de 2018 y Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 31 de julio de 2018. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No. 188-2017.

⁸² Artículo 160, núm. 1, letra b): “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: 1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: B) «Conductas de acoso sexual»”.

⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7488-2009, 9 de julio de 2010.

⁸⁴ *Idem.*

Por lo mismo, la regulación del acoso sexual encuentra su justificación en el reconocimiento y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, por cuanto es un ilícito que sanciona una hipótesis pluriofensiva de derechos fundamentales, y existen “una diversidad de bienes jurídicos comprometidos”.⁸⁵

La pluralidad de los bienes jurídicos protegidos, como también la naturaleza de éstos, cuestiona una caracterización originaria del poder disciplinario, referido a su discrecionalidad y su naturaleza autotutelar, como también la clásica idea de que tal dispositivo disciplinario pretende únicamente la tutela del interés del empleado, lo cual obliga a interpretar de manera distinta los distintos contornos en tal variante.

En este contexto, ya sea por el fundamento mismo del acoso sexual en atención a los bienes jurídicos que cautela o por el cúmulo de obligaciones laborales que entrega la ley al empleador en materia de seguridad y protección, se puede sostener que la discrecionalidad del despido disciplinario o bien la aplicación de medidas conservativas cede ante la necesidad de protección regular y de seguro desenvolvimiento de la prestación de trabajo al interior de la organización empresarial.

Esto se concluye por cuanto si el empleador no lo ejerce, está incumpliendo su obligación de seguridad y la obligación de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores durante la ejecución de la relación de trabajo, que puede originar no sólo la imposición de una sanción por los órganos del Estado, sino también que el trabajador lesionado por una falta laboral pueda ejercer los derechos que la ley pone a su disposición ante un incumplimiento por parte del empleador.⁸⁶

De esta forma, en este escenario, y en particular en materia de acoso sexual, parece fuera de toda duda que si normativamente se le asigna al empleador un deber de vigilancia, la indiferencia o inactividad de éste supone la vulneración de un derecho fundamental y, por extensión, la implicación directa de la figura empresarial en la misma,⁸⁷ debiendo, por aplicación de la obligación de velar por la salud de los trabajadores, ejercer su poder disciplinario respecto del

⁸⁵ Caamaño, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 5.

⁸⁶ Fernández, Raúl, *El poder disciplinario del empleador*, Chile, Thomson Reuters, 2016, pp. 181 y ss.

⁸⁷ Vallejo, Ruth, “El acoso sexual en el trabajo. La independencia de los órdenes laboral y penal”, *SJS*, núm. 2, Palma de Mallorca, de 9 octubre 2015 (AS 2015, 2395), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, 2016, p. 188.

trabajador acosador,⁸⁸ convirtiéndose una hipótesis de ejercicio obligatorio del poder disciplinario, que, como veremos, altera las reglas de ponderación de las medidas sancionatorias, sin conllevar alteraciones a la idea de debido proceso y tutela judicial efectiva.

D. La calificación de la conducta punible: entre la autotutela y el control judicial

Un debate interesante se plantea respecto del ejercicio del poder disciplinario asociado a la aplicación de medidas disciplinarias en el ilícito de acoso sexual, a propósito de la intervención previa de un juez o jueza del trabajo en lo referido a la calificación de la conducta punible, en el sentido de si se requiere previamente que la conducta indebida sea calificada por un órgano jurisdiccional, o bien que sea el empleador el que, en el ejercicio unilateral de su poder autotutelar, decida autónomamente la calificación de la conducta y su castigo.

Desde un punto de vista doctrinario, la aplicación de una sanción disciplinaria —hipótesis jurídica en la que se presentará la calificación de la conducta como acoso— no supone una manifestación de jurisdicción, puesto que se trata de un acto de carácter privado que se erige para la defensa de un interés subjetivo y propio, que se supedita a un control posterior, circunstancias que derivan por lo demás de la caracterización del despido como acto jurídico unilateral, de eficacia constitutiva y naturaleza potestativa autotutelar.

Al ser el empleador el titular del poder disciplinario, sólo será a él, a menos que la ley indique lo contrario, a quien le corresponde la calificación de la conducta y su sanción. En este contexto, si bien la ley sanciona y tipifica expresamente la conducta de acoso sexual como un ilícito laboral, en ningún momento otorga, exclusiva o compartidamente, competencia para su determinación y calificación previa a los tribunales de justicia. Por otro lado, la ley laboral no regula la suspensión de los poderes empresariales cuando un órgano jurisdiccional entra a conocer de una acción que conlleve como pretensión y objeto la declaración de tal ilícito.

En general, en el plano normativo no existe disposición expresa que limite más allá de las reglas propias del desafuero el ejercicio del despido disciplinario como acto de autotutela privada en relación con este ilícito.

⁸⁸ Arbonés, Hilda, *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, España, Bomarzo, 2014, p. 84.

En este contexto, la decisión del término del contrato de trabajo es adoptada por el empleador, y basta solamente la expresión de su voluntad dirigida con tal fin. Esta manifestación se encuentra libre del sometimiento a otra instancia, y produce sus efectos en el plano sustancial, sin que sea necesaria la intervención previa de un tercero, salvo determinadas excepciones normativas expresas que confirmarán la regla general, en las que no se encuentra el acoso sexual como ilícito laboral.

Por lo mismo, la intervención judicial se produce como un control *ex post*, en la que se califica la licitud de la extinción del vínculo laboral, lo que por lo demás no afecta su eficacia, decantándose así su competencia limitada a la determinación de procedencia o improcedencia del despido.

Esto último otorga garantías, tanto para la parte trabajadora que se vea afectada por las conductas de acoso como por el denunciado y el empleador, estableciendo un modelo equilibrado de derechos que permita conciliar las pretensiones asociadas a la satisfacción de los intereses y valores propios de la proscripción de conductas de acoso sexual, como, a su vez, las de un modelo de tutela judicial efectiva y debido proceso.

La perspectiva de género aplicada tanto en la dimensión interpretativa como en la calificación jurídica de los hechos permite dotar de elementos sustantivos a la acción jurisdiccional relacionados con las hipótesis de que el espacio laboral es un “lugar atípico” para las mujeres, que además de encontrarse sometidas a una estructura naturalmente asimétrica de poder, corren riesgos feminizados, como el acoso sexual y sexista y otros tratos desiguales o degradantes motivados por el género, que no sólo tienen impacto en la demandante, sino en la constitución de ambientes laborales libres de riesgos y discriminación para todos y todas.

No debe olvidarse tampoco que los pronunciamientos judiciales son la forma en que el Poder Judicial se comunica con la sociedad, y sus decisiones constituyen una interpretación autorizada de lo que el derecho es en relación con los conflictos individuales. En este sentido, la sentencia, en cuanto reconoce que en determinada situación se han vulnerado derechos de personas en franca desigualdad y ordena su restablecimiento, no sólo recompone el conflicto individual, sino que le está diciendo a la sociedad que tal conducta no es, ni será, tolerada en lo sucesivo. Es el poder transformador de las sentencias al que permite actuar sobre las conductas futuras.

E. El ejercicio del poder disciplinario y la ponderación de la gravedad de la conducta

Teniendo en cuenta la obligación de seguridad de la parte empleadora, como también el fundamento de la protección contra los ilícitos del acoso sexual, se altera no tan solo la discrecionalidad del ejercicio del poder disciplinario en su oportunidad, sino también su ponderación.

En este contexto, aparece el principio de proporcionalidad, como la “correlación entre los hechos que imputa al trabajador y la sanción que finalmente le impone”,⁸⁹ y se erige como uno de los límites al despido subjetivo. Tal principio busca la existencia de correspondencia “entre la conducta infractora, la sanción y el trabajador sancionado”, para evitar el uso arbitrario de tal potestad,⁹⁰ y se constituye como un límite al despido,⁹¹ y, en general, como límite a toda medida disciplinaria,⁹² y su presencia es fundamental en la configuración del control judicial de la medida enjuiciada.⁹³

Este principio es impuesto “por la propia lógica del sistema”, en la medida en que una sanción “desproporcionada” o “arbitraria” “no cumpliría de manera plena su función correctiva y disuasoria, provocando el rechazo del colectivo destinatario del ordenamiento sancionador”.⁹⁴ De esta forma, el principio de proporcionalidad se constituye como una norma de “orden público”,⁹⁵ la que incluso en un ordenamiento jurídico puede ser calificada de transversal y general del derecho.

Dicho esto, cabe la duda en cómo se debe ponderar el acoso sexual a propósito de la determinación de la medida disciplinaria a adoptar, a fin de ser

⁸⁹ Arbonés, Hilda, *op. cit.*, nota 91, p. 25.

⁹⁰ Fernández-Costales, Javier, *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, España, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, p. 57.

⁹¹ Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, Chile, Thomson Reuters, p. 103; Fernández, Raúl, “Los principios de proporcionalidad, *non bis in idem* e inmediatez como límites del despido disciplinario”, *Estabilidad en el empleo. Estudio en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2018, pp. 108 y ss.

⁹² Fernández-Costales, Javier, *op. cit.*, nota 93, pp. 192 y ss.

⁹³ Luque, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, España, J. M. Bosch Editor, 1999, pp. 618 y ss; Monereo Pérez, José Luis, “La reconfiguración causal del despido colectivo. Algunas reflexiones críticas”, en Castiñeira Fernández, Jaime (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, España, Aranzadi, 1997, p. 172.

⁹⁴ Fernández-Costales, Javier, *op. cit.*, nota 93, p. 277.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 278.

conciliada con la adecuada protección del trabajador o trabajadora afectados y, a su vez, respetar las garantías propias contra el ejercicio del poder disciplinario. Esta observación es de vital importancia, por cuanto se han fijado por la jurisprudencia una pluralidad de criterios para la calificación de la intensidad del incumplimiento que inciden en la determinación de la legalidad de la medida disciplinaria adoptada por la parte empleadora.⁹⁶

En esta materia, en cuanto a la ponderación con otros elementos y la graduación de las medidas disciplinarias disponibles, han existido posturas contrapuestas en el sentido de si es posible graduar la sanción en atención a las consideraciones antes expuestas, o⁹⁷ bien por la sola consideración del disvalor de la conducta la única alternativa es el despido.⁹⁸

A nuestro entender, la última opción parece correcta. A diferencia de la mayoría de las causales disciplinarias, existe una definición conceptual que determina los márgenes del acoso sexual laboral en materia disciplinaria, y se constituye como una garantía para el sujeto pasivo del despido, imponiéndose el principio de tipicidad como límite al ejercicio del poder disciplinario. En tal supuesto, la selección del comportamiento reprochable es definida por una fuente heterónoma de integración del poder disciplinario, que predetermina no tan sólo la conducta punible y su castigo, sino que también encauza sus efectos, y gradúa la correspondencia entre la infracción y su sanción.

De esta forma, la conducta de acoso sexual solamente puede ser encauzada por este supuesto, impidiendo la posibilidad de disposición de sanción mediante vías disciplinarias conservativas de menor intensidad. También, y desde otra perspectiva, aquellas conductas que no logran configurarse en los términos predeterminados por el legislador para constituir una hipótesis de acoso no pueden ser sancionadas mediante otros canales disciplinarios extintivos, ya que en estricto rígor lo sancionado es un resultado y no una actividad.

En otros términos, se reconoce un evento material como consecuencia causal del comportamiento indebido de agresión, y excluye de su punibilidad hipótesis imperfectas o frustradas.

Con base en lo anterior, no creemos correcto sostener que tal conducta indebida pueda ser castigada y encauzada por otras vías disciplinarias, ya sea de menor intensidad —a través de medidas disciplinarias conservativas— o

⁹⁶ Fernández-Costales, Javier, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

⁹⁷ Así por ejemplo, sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, RIT O-134-2018, 31 de diciembre de 2018.

⁹⁸ Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Ovalle, RIT O-28-2016, 5 de diciembre de 2016.

bien otros supuestos habilitantes contenidos en el artículo 160 del Código del Trabajo, cuanto aquélla no alcance su completa ejecución.

Dichas así las cosas, según la estructura del tipo y su naturaleza, al exigir un resultado que acaece en un tiempo y lugar distintos de los de la completa ejecución de la acción descrita por la norma, excluye de su punibilidad hipótesis imperfectas o frustradas. En otros términos, si no produce el resultado, o bien el despliegue de la conducta no está consumado, no es posible entender que configura la conducta punible, garantía jurídica tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo de la conducta.

Finalmente, si aplicamos acá la perspectiva de género, se deberá considerar que el acoso sexual laboral no corresponde a cualquier forma de afectación del derecho fundamental a la no discriminación, sino a una de carácter “grave” en los términos del artículo 489 del Código del Trabajo. Dicha gravedad vendría justificada por la relevancia que el criterio de sospecha involucrado (género) supone para las sociedades contemporáneas.⁹⁹

2. La aplicación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual: su relación con el despido disciplinario

En el contexto planteado se requiere, previo al ejercicio del despido disciplinario por una conducta indebida de acoso sexual, la existencia y la aplicación de un procedimiento de investigación y sanción. En dichos aspectos, a nuestro entender tales consideraciones constituyen un presupuesto de validez y eficacia del acto extintivo.

Sobre el punto, la ley realiza una distinción respecto de los montos indemnizatorios,¹⁰⁰ pero nada indica, a lo menos expresamente, cuándo se omiten la aplicación del procedimiento de investigación y la sanción de tales conductas.

Nosotros distinguiremos dos aspectos: por una parte, la aplicación del procedimiento de investigación del acoso sexual, y por otra, la legitimidad y justificación en la calificación de la conducta en relación con el citado procedimiento.

⁹⁹ Ugarte, José Luis, “Acoso sexual y sexista en el trabajo. Revisión desde la doctrina y la jurisprudencia”, Informe en Derecho, elaborado para la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema del Poder Judicial de Chile, diciembre de 2020.

¹⁰⁰ El artículo 154, núm. 12, inciso 2o. del Código del Trabajo, indica que “En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168”.

En primer lugar, la regulación y aplicación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual en nada afecta la validez y eficacia del despido. En nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, la extinción producirá sus efectos inmediatamente, sin perjuicio de que se le conceda al trabajador el contrapoder de impugnar el acto privativo de autotutela.

Por otra parte, la sentencia que declara la legalidad del despido no resuelve el vínculo laboral, sino que reconoce o desconoce la legitimidad del acto que ya produjo sus efectos en el plano sustancial, características propias de un acto con eficacia constitutiva, por lo que la no reglamentación y aplicación del procedimiento mantiene la validez y eficacia de la terminación.

No obstante, en segundo lugar, una situación distinta es la relacionada con la calificación del despido. En nuestro ordenamiento, el no cumplimiento de los requisitos establecidos para el despido determina su configuración como injustificado, con los consiguientes efectos jurídicos de procedencia de la indemnización por antigüedad y los recargos indemnizatorios punitivos.

Así, ya sea con la omisión de regulación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, o bien existiendo éste no se aplique previamente a la imposición de la sanción extintiva, se omite un presupuesto formal de la justificación del despido. Esto, por cuando la ley exige que la conducta indebida se encuentre comprobada al momento de invocarse la causal exoneratoria, incumpléndose por la parte empleadora dicho estándar mínimo, cuando no se asegura la acreditación de los hechos fundantes que permitan constatar objetivamente los presupuestos materiales de la infracción imputada, más aún cuando existe una obligación específica al respecto.

La actuación del empleador, previamente a la imposición de una sanción por una conducta de acoso sexual, debe ceñirse al mandato legal que lo obligaba a sustanciar la investigación en consideración el procedimiento que exige la ley, bajo reserva y a garantizar el derecho de las partes a ser oídas y de poder fundamentar sus dichos, como traducción de los principios de contradicción y de bilateralidad de la audiencia, de manera que durante el curso del proceso investigativo los involucrados pudieran hacer sus observaciones y acompañar nuevos antecedentes mientras aquél se encontrara abierto.

Tal rigor exigido por el legislador se justifica por la naturaleza y gravedad de la conducta investigada, en que el solo hecho de abrirse la investigación y de arribarse, en su caso, a conclusiones en un sentido u otro resultan relevantes para la futura vida laboral de todos los involucrados, y constituye un límite

al ejercicio del poder disciplinario en relación con la proyección del debido proceso entre particulares.¹⁰¹

Ahora, reforzando esta conclusión, debe tenerse presente que normativamente se exige que la conducta esté debidamente comprobada, exigiéndose para la justificación del despido no solamente las meras suposiciones o indicios, sino que los actos o actitudes respectivos sean verificados y, en cuanto a la gravedad, revistan de una entidad tal que lleve necesariamente a un quiebre de la relación laboral. Como resumen, los tribunales de justicia exigen la “verificación y calificación”, idea que jurisprudencialmente se relaciona con la justificación del despido.¹⁰²

VI. CONCLUSIONES

Una vez expuestos algunos nudos críticos que vemos a partir de la regulación actual del acoso sexual laboral en el ordenamiento chileno, y cómo ellos pueden tener incidencia en la tutela judicial efectiva de tales causas, aparece entonces nuevamente justificada la necesidad de incorporar un enfoque de género en la materia.

En efecto, bajo el contexto que hemos presentado en este trabajo, se puede identificar con claridad la necesidad de analizar las instituciones jurídicas desde una perspectiva que permita un análisis crítico y profundo de las desigualdades entre hombres y mujeres. Esto es especialmente relevante para el espacio laboral, en el cual se manifiestan con especial énfasis prácticas masculinizadas y jerarquizadas, de subordinación de lo femenino a lo masculino, riesgos feminizados, y en que se normaliza todo aquello dentro de un esquema que reconoce, como parte de su regulación, la subordinación y dependencia de una de las partes por sobre la otra.

Ahora, si bien en nuestro país se ha avanzado en la regulación del acoso sexual laboral, la práctica jurídica no se encuentra totalmente alineada con la realidad de los fenómenos sociales y políticos, y, por lo mismo, de las desigualdades de género, que tienen un carácter histórico y estructural, y que se expresan en la vida cotidiana en las relaciones entre hombres y mujeres, y que están en la base de conductas de acoso sexual laboral. A consecuencia

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, 27 de mayo de 2008, Rol 50-2008.

¹⁰² Corte Suprema, Rol 3100-2010, de 1 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 438-2016, de 6 de enero de 2017; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 44-2011, 23 de junio de 2011.

de ello, la eficacia en la resolución de los conflictos laborales vinculados a la violencia de género en materia de acoso sexual es frágil, por cuanto queda condicionada en muchos casos a la integración de estándares normativos relacionados con la promoción y tutela de los derechos fundamentales en los espacios laborales.

Estimamos que con una perspectiva de género que incluya el estudio de los conflictos laborales sobre la base de las diferencias sexuales se podría favorecer la eficacia de las normas jurídicas, dependiendo finalmente su éxito o fracaso a la introducción de la teoría de género en la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, como también en la ponderación y resolución de los conflictos laborales.

El fundamento normativo del *gender mainstreaming* o perspectiva de género se debe reconocer sustentado desde una doble fuente doctrinaria y jurídica: por una parte, las normas internacionales que obligan al Estado a actuar con la debida diligencia en la adopción de todas las medidas necesarias orientadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia contra la mujer,¹⁰³ incluyendo el ejercicio de la función jurisdiccional, y, por otra, el

¹⁰³ Así, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará expresa: “Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

principio constitucional de no discriminación en materia de trabajo (artículo 19, número 16, inciso 3), que obliga al Estado en su conjunto, incluyendo la función jurisdiccional en la aplicación del derecho, a respetar, promover y efectivizar el goce del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el espacio laboral.

Las resoluciones judiciales son la manera en que el Poder Judicial se comunica con la comunidad, y sus decisiones constituyen una interpretación y representación legitimada de lo que el derecho es en su relación con los conflictos individuales. En este marco, la sentencia que reconoce situaciones en que se han vulnerado derechos de personas en ostensible desigualdad y ordena su restablecimiento no sólo resuelve el conflicto individual o privado, sino que le está diciendo a la sociedad que tal conducta no es, ni será, tolerada en el futuro. Es la agencia transformadora de las sentencias judiciales que permite actuar sobre las conductas futuras y cumplir con la parte que al Poder Judicial le compete, en tanto responsabilidades del Estado como garante del derecho y principio de igualdad y no discriminación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADELANTADO, José, “El marco de análisis. Las relaciones complejas entre estructura social y políticas sociales, 200”, *Cambios en el estado de bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*, Barcelona, Icaria, 2000.
- AGATÓN SANTANDER, Isabel, *Justicia de género. Un asunto necesario*, Bogotá, Temis, 2013.
- ALONSO, Manuel y CASAS, María Emilia, *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 2003.
- ASOCIACIÓN DE MAGISTRADAS CHILENAS (MACHI), *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, Chile, Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados, 2015.
- CALLE, Mercedes *et al.*, *Discriminación y acoso sexual a la mujer en el trabajo*, España, Largo Caballero, 1988.
- CAMAÑO, Eduardo, “Acoso sexual. Concepto, clases y bien jurídico protegido”, *El acoso sexual en la empresa: Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005.

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

- CAAMAÑO, Eduardo, “El bien jurídico protegido frente a los actos de acoso sexual en el lugar de trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 25, Chile, 2004.
- CARMONA, Encarnación, *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- CARRASCO, Celina y VEGA, Patricia, *Acoso sexual en el trabajo, ¿denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*, Chile, Estudios de Dirección del Trabajo, 2009.
- CARVAJAL, Gabriela, “Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual. Jurisprudencia y tramitación legislativa”, *El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Chile, Lexis Nexis, 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 2007.
- COURTIS, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de investigación dogmática”, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- Cuaderno de buenas prácticas para juzgar con perspectiva de género en las sentencias*, PJUD, 2018.
- DAEREN, L., *La OIT frente al acoso sexual*, Chile, OIT-ETM, 1998.
- DE BARBIERI, Teresita, “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica”, *Debates en Sociología*, Perú, núm. 18, 1993.
- ETCHEVERRY, Françoise, *Derecho individual del trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2011.
- FACIO, Alda, “Feminismo, género y patriarcado”, *Lectura de apoyo 1*.
- FARIAS, Pamela y GÓMEZ, Marcela, “Acoso sexual en el trabajo. De la impunidad a la acción”, *Aportes al Debate Laboral*, Chile, núm. 7.
- FARLEY, Lin, *Sexual Shakedown*, Warner Book, 1978.
- FERNÁNDEZ, Gema, “Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por la violencia de género: el papel del comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y estereotipación”, *Oñati Socio-Legal Series*, España, vol. 5, núm. 2, 2015.
- FERNÁNDEZ, María Fernanda, *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas, 1991.

- FERNÁNDEZ, Marisol, “Usando el género para criticar al derecho”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 59, 2006.
- FERNÁNDEZ, Raúl, “Los principios de proporcionalidad, *non bis in idem* e inmediatez como límites del despido disciplinario”, *Estabilidad en el empleo. Estudio en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2018.
- FERNÁNDEZ, Raúl, *El poder disciplinario del empleador*, Chile, Thomson Reuters, 2016.
- FERNÁNDEZ-COSTALES, Javier, *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, España, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005.
- GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela, “El *mobbing* o acoso moral laboral”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2006.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y UGARTE CATALDO, José Luis, *Acoso sexual y moral en el lugar del trabajo*, Chile, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.
- HENRÍQUEZ, Helia y RIQUELME, Verónica, “Asedio sexual en el trabajo. Una política para su erradicación”, *Temas Laborales*, España, núm. 6, 1997.
- LAMAS, Marta, *Acoso: ¿denuncia legítima o victimización?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- LAMAS, Marta, “La perspectiva de género”, *Revista de Educación y Cultura*, Argentina.
- LARRAÍN, Beatriz, “La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Chile, núm. 23, 2005.
- LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, *Nueva Ley de Acoso Sexual*, Chile, Lexis Nexis, 2005.
- LUQUE, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, España, J. M. Bosch Editor, 1999.
- MACKINNON, Catharine, *Sexual Harassment of Working Women: A Cases of Sex Discrimination*, Yale University press, 1979.
- MELIS, Christian y SÁEZ, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, Chile, Legal Publishing, 2010.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “La reconfiguración causal del despido colectivo. Algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, España, Aranzadi, 1997.

- PALAVECINO, Claudio, “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho* 19:1, Chile, 2006.
- PERNAS, Begoña *et al.*, *La dignidad quebrada. Las raíces del acoso sexual en el trabajo*, España, Fundación 1o. de mayo, 2000.
- PLANET, Lucía, “Desde la identificación a la pérdida del trabajo. Problemas jurídicos que enfrenta la víctima de acoso sexual laboral en Chile”, en ROJAS, Irene (coord.), *Estudios sobre el trabajo de la mujer*, Chile, Thomson Reuters, 2021.
- PRADO, Pamela, “Breves reflexiones en torno al *mobbing*”, *Revista Laboral Chilena*, Chile.
- RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía, *Género y literatura. Hacia una perspectiva otra del derecho*, México, UNAM, 2015.
- ROJAS, “¿Por qué se debe legislar sobre el acoso sexual?”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 1998.
- SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, Cruz y CHICANO JÁVEGA, Enriqueta, *Del acoso sexual. Aspectos penales*, España, Thompson Reuters, 2010.
- SCOTT, Joan, “Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis?”, *La Manzana de la Discordia*, Guatemala, vol. 6, núm. 1, ¿2010?
- SERRANO, Pilar, “Gender approach as a Conceptual and Methodological Opening in Public Health”, *Revista Cubana de Salud Pública*, Cuba, vol. 38, núm. 5, 2012.
- STOCKDALE, Janet, “Acoso sexual en el trabajo”, en FIRTH COZENS, Jenny y WEST, M. A. (comps.), *La mujer en el mundo del trabajo*, España, Morata, 1993.
- UGARTE, José Luis, “Acoso sexual y sexista en el trabajo. Revisión desde la doctrina y la jurisprudencia”, Informe en derecho, elaborado para la Secretaría Técnica de Igualdad y No Discriminación de la Corte Suprema del Poder Judicial de Chile, diciembre de 2020.
- VALLEJO, Ruth, “El acoso sexual en el trabajo. La independencia de los órdenes laboral y penal. SJS, núm. 2, Palma de Mallorca, 9 de octubre de 2015 (AS 2015, 2395)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, 2016.
- ZAMORA PICCIANI, Rebeca, “Acoso sexual en los sistemas de integridad, corporativa. Buenas prácticas y perspectiva de género”, *Revista Laboral Chilena*, Chile, 2019.

HACIA UN DERECHO ELECTORAL SINDICAL*

TOWARDS A TRADE UNION ELECTORAL RIGHT

POUR QU'UN DROIT ÉLECTORAL SYNDICAL VOIE LE JOUR

Carlos REYNOSO CASTILLO**

Resumen: Uno de los temas centrales en la reciente reforma laboral en México fue el marco jurídico de los sindicatos, en donde el respeto a la opinión de los trabajadores ocupa un lugar importante. En este trabajo se explican los diferentes mecanismos de participación democrática con los que ahora contarán los trabajadores para que su punto de vista sea tomado en cuenta en temas trascendentes, como la elección de las directivas sindicales, la contratación colectiva y la huelga.

Palabras clave: reforma laboral, sindicatos, democracia sindical, libertad sindical

ABSTRACT: The applicable legal framework for labor unions is one of the main subjects in the recent Mexican labor reform, in which employee participation takes relevance. This paper explains the various mechanisms of democratic participation that the workers will count on to have their opinions considered in primordial subjects such as the choice of union leaders, collective bargaining, and strikes.

Key words: labour reform, trade-unions, trade-unions democracy, trade-unions freedom

* Recibido el 13 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 8 de febrero de 2022.

** Profesor por oposición de derecho del trabajo desde 1980, Universidad Autónoma Metropolitana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Profesor invitado de posgrado en universidades de provincia: Zacatecas, Oaxaca, Guanajuato, etcétera. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Profesor invitado al Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra, Suiza. Correo electrónico: carc@azc.unam.mx.



RÉSUMÉ: Le cadre juridique des syndicats a été un des sujets principaux dans la récente réforme de la législation du travail au Mexique. Dans cette réforme l'opinion des travailleurs occupe une place très importante. Tout au long de ce travail on explique les différents mécanismes de participation démocratique que les travailleurs auront pour exprimer leur point de vue sur des sujets transcendants tels que l'élection des cadres syndicaux, la convention collective et la grève.

Mots-clés: réforme du travail, syndicats, travailleurs, démocratie

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad sindical*. III. *Democratización de la contratación colectiva*. IV. *Democracia en la huelga*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se usa la expresión “derecho electoral”, la información que se evoca es la relacionada con los mecanismos legales por medio de los cuales en una sociedad los ciudadanos participan en los procesos con los que, en un determinado sistema político, se eligen a sus representantes en varios niveles de gobierno y del Estado. Se trata de una rama del derecho ubicada entre el derecho constitucional y el derecho administrativo que se ocupa —dicen algunos expertos—, ya sea del derecho subjetivo de un individuo de elegir o ser elegido, o bien, en una acepción más amplia, del derecho a elegir los órganos representativos.¹ Estamos frente a una manera en que las sociedades han venido regulando la participación democrática de la ciudadanía como elemento básico de la convivencia en comunidad.

El núcleo central de la regulación del derecho electoral es la protección de la voluntad de los ciudadanos para que quienes los representen sean real-

¹ Nohlen D, Sabsay D, “Derecho electoral”, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Universidad de Heidelberg-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México-IFE-FCE, 1998, p. 4. Algunos expertos, con mayor precisión señalan que “El concepto estricto de Derecho electoral, alude únicamente a aquellas determinaciones legales que afectan al Derecho del individuo a participar en la designación de los órganos representativos, por lo que Derecho electoral mexicano delimita su estudio al Derecho de sufragio y se limita, en su contenido, a establecer las condiciones jurídicas de la participación de las personas en la elección”. Cfr. Ruvalcaba García, G. D. y Espinosa de los Monteros, X. C., “Derecho electoral mexicano”, en Corona Nakamura, L. A. y Miranda Camarena, A. J. (comps.), *Derecho electoral mexicano. Una visión local: Distrito Federal*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 30 y 31.

mente aquellas personas que encarnan sus deseos, intereses y voluntad en los asuntos públicos; en ese sentido, y desde la filosofía, el derecho electoral es un “vehículo” de diversos valores, entre los que estarían la justicia, la libertad, la gobernabilidad o la democracia.² El desarrollo de las civilizaciones ha llevado aparejado el desarrollo de instituciones y mecanismos que permitan la libre expresión de los ciudadanos al momento de elegir a quienes los representan. Algunos expertos ubican a los primeros esbozos del derecho electoral en México en las décadas iniciales del siglo XIX, bajo la influencia del constitucionalismo español y francés, en donde las ideas de libertad e independencia irían de la mano, con la intención de contar con reglas sobre los procesos para la integración de los órganos del Estado, lo que ha constituido desde entonces uno de sus capítulos centrales.³

Si bien en un sentido amplio el derecho electoral tiene una acepción relativa a los mecanismos electorales y de representación, hablar de derecho electoral en el ámbito laboral y en particular en materia sindical, implica que aquellos valores y principios propios de los procedimientos de elección de los cargos públicos o de elección popular por parte de los ciudadanos de un país tendrían que ser también respetados en tratándose de las elecciones de cargos de representación, en este caso gremial o sindical. El viejo debate sobre si la autonomía sindical debiera traducirse en una imposibilidad para que el Estado y sus instituciones pudieran orientar, encuadrar, e incluso calificar buena parte de los actos que los sindicatos llevan a cabo con motivo de su trabajo sindical, pareciera irse modulando y matizándose, para dar lugar a una concepción, plasmada en el derecho del trabajo, según la cual el Estado y los gobiernos estarían facultados para supervisar el nacimiento y la actuación de

² “Así mismo, desde la perspectiva de la Filosofía moral o política el Derecho Electoral puede verse como un instrumento o vehículo de diversos valores, por ejemplo, la justicia, la libertad, la gobernabilidad o la democracia. «El Derecho electoral es un instrumento de garantía de la democracia, esto es, una técnica jurídica mediante la cual se pretende asegurar la certeza en el otorgamiento de la representación popular... sólo merece el nombre de derecho electoral, aquel que, basándose en el sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, garantiza la libre competencia y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral, así como la fiabilidad de los resultados producidos en las votaciones». Cfr. Arenas Batis, C. E., “Marco teórico del derecho electoral”, *Apuntes de derecho electoral. Una contribución institucional para el conocimiento de la ley como valor fundamental de la democracia*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2000, p. 76.

³ Tamayo Herrera, Y. I. y Flores Gutiérrez, C. A., *Doscientos años del derecho electoral en México*, México, Cámara de Diputados. LX Legislatura, pp. 4 y s. disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:/xmlui/handle/123456789/59183?show=full>.

los sindicatos, bajo el argumento de que si bien en sus orígenes los sindicatos nacieron teniendo como inspiración las organizaciones corporativas y cerradas de otra época en la que se buscaba la protección de sus integrantes, hoy no pareciera quedar la duda de que los sindicatos constituyen personas morales cuyos intereses son e incumben, en un primer momento, sólo a sus afiliados, pero también a los intereses de las empresas, los de terceros y, por extensión, los de toda la sociedad.⁴ Esta visión del interés público de los sindicatos ha permitido que sus estructuras y reglas de funcionamiento sean cada vez más objeto de escrutinio por las autoridades y la sociedad a la que pertenecen. Y es precisamente en este marco en el cual hay que entender la creciente regulación de la vida sindical desde fuera de los sindicatos, en donde las reglas para regular temas clave, como la elección de las dirigencias sindicales, aparecen como un aspecto de la mayor relevancia, no sólo porque la necesaria autenticidad y transparencia de estas elecciones se presenta como algo básico e imprescindible, sino también porque la tendencia y los principios democráticos a los que aspira una sociedad no pueden dejar al margen a los sindicatos como parte importante de ésta.

Sin embargo, cabe anotar que el derecho electoral sindical, cuya relevancia ha sido subrayada e impulsada por el Estado mexicano en fechas recientes, no sólo se limita a la regulación cuidadosa de la elección de las dirigencias sindicales, sino también a todos aquellos procesos electorales y de decisión de los temas que, en el mundo del trabajo, son de vital interés para los trabajadores en sus relaciones laborales; de esta manera, temas como el reconocimiento de quienes pueden negociar con los patrones o la necesaria validación de las decisiones cupulares ahora son objeto de precisiones jurídicas. De esta manera, el derecho electoral sindical en desarrollo asume una concepción amplia,

⁴ Esta idea que busca reflejar e identificar en el mundo sindical las reglas y principios del derecho electoral es algo que en el caso mexicano se viene instrumentalizando e institucionalizando en los años recientes; en efecto, cabe anotar que en la reforma laboral constitucional de 2017 y reglamentaria de 2019 se creó el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, el cual, como organismo público descentralizado, cuenta con diversas facultades en materia de derechos colectivos, como son el registro de los sindicatos, el depósito y registro de todos los contratos colectivos en el país, entre otras; asimismo, este Centro cuenta con un órgano de gobierno integrado por varias dependencias públicas entre las cuales está el Instituto Nacional Electoral (INE), encargado de la organización de las elecciones federales y locales en coordinación con los organismos públicos locales. El Estado mexicano consideró que la experiencia del INE en las elecciones podría aportar su conocimiento para el desarrollo de los procesos electorales en materia sindical. El INE habrá de jugar un papel importante en el futuro en tratándose de la vida de los sindicatos en México, como de hecho ya lo ha empezado a hacer proponiendo acciones y criterios para la aplicación más conveniente de la reforma laboral.

donde no sólo se limitaría a los procesos de elección de cargos sindicales, sino que se ocuparía también de aquellos otros procesos en donde la opinión de todos los trabajadores es presentada como necesaria, e, incluso, como requisito de validez de ciertos actos.

Teniendo como referencia estas consideraciones, en este trabajo se estudia la regulación jurídica que en México presentan los procesos electorales al interior de un sindicato legalmente reconocido, mostrando el fortalecimiento que de este tema se ha hecho en las recientes reformas a la legislación laboral en materia de derechos colectivos, y que tiene manifestaciones concretas en temas relevantes, como la libertad sindical, la contratación colectiva y la huelga. La hipótesis de la cual parte este trabajo consiste en considerar que la reforma constitucional laboral de 2017 y su posterior reglamentación en 2019 tiene como uno de sus ejes principales la búsqueda de una mayor participación de los trabajadores en las relaciones de producción, lo cual se traduce en el planteamiento que se hace desde la Ley Federal del Trabajo (La “Ley” en lo sucesivo), para desarrollar procedimientos encaminados a tal fin, denominados aquí como “derecho electoral sindical”.

Desde los planteamientos griegos de una sociedad democrática en Atenas, la participación de todos los miembros de la sociedad se presentó como un elemento necesario de la convivencia y de las decisiones de los asuntos públicos; sin embargo, al paso de los años las sociedades irían dando diversas lecturas e interpretaciones de lo que era una democracia, lo cual se tradujo en las diferentes formas de gobierno, y en general del Estado, que se irían construyendo, donde si bien se pueden advertir tendencias comunes en algunas naciones o regiones, los particularismos son muchos. Esta idea inicial de participación colectiva, al paso de los años sería replicada en estructuras y entes colectivos en los cuales la participación de todos sus integrantes era necesaria, como una forma de reflejar de la mejor manera las decisiones colectivas a partir de la expresión de las voluntades individuales. Desde esta óptica, ya desde los siglos XVIII y XIX las primeras organizaciones de trabajadores trataron de que la democracia formara parte de sus procesos de deliberación y toma de decisiones, de tal manera que si bien había consenso en cuanto a que la vida democrática era incuestionable, las variantes se darían en cuanto a cómo ejercerla y concretarla en los procesos y la vida cotidiana de las organizaciones. Este aspecto es relevante no sólo en el caso de las sociedades, sino también de los sindicatos, ya que hay diversas maneras de entender cómo ejercer la democracia: de manera directa, indirecta, con representantes o sin ellos, con organismos públicos o privados en el proceso de deliberación y to-

ma de decisiones, con la posible intervención de instancias administrativas o judiciales, etcétera. Este tipo de consideraciones nos pueden llevar a concluir que la forma de gobierno de un país, así como la manera en que se eligen a sus gobernantes y la forma que tiene para la construcción de sus decisiones colectivas, es una manera de entender la democracia generalmente moldeada al paso de los años y reflejada en su sistema jurídico. Esta consideración también es aplicable a los sindicatos, ya que la manera como el derecho del trabajo los conceptualiza, diseña su forma de organización, establece la forma de elegir a sus dirigentes, o de tomar sus decisiones, son simplemente formas de entender la democracia, en este caso, sindical. Esta manera de observar las cosas permite ver en México los cambios recientes a la legislación laboral como modificaciones en la manera de entender la vida democrática de los sindicatos a partir de una concepción muy específica y coyuntural del país. Asistimos a un rediseño jurídico del significado de la democracia sindical, sobre todo en cuanto a la manera de ponerla en práctica, en donde el desarrollo de procedimientos electorales constituye uno de los ejes centrales de los últimos cambios legislativos.

Las recientes reformas laborales en México, en particular la reforma de 2017 al artículo 123 y su posterior reglamentación en la Ley Federal del Trabajo (LFT) en mayo de 2019, centraron su atención en la necesidad de regresar a los trabajadores la posibilidad de ser tomados en cuenta en la toma de las decisiones que les interesan y les afectan; de esta manera, el legislador mexicano consideró que había llegado el momento de poner en el centro de los cambios legislativos la voluntad de los trabajadores, para lo cual diseñó varios mecanismos de participación y democracia obrera en las diferentes instituciones del derecho colectivo del trabajo. De esta manera, hoy en día la LFT señala, en varias de sus nuevas disposiciones, la necesaria constatación de la voluntad de los trabajadores como un requisito, incluso de validez de diversos actos jurídicos en la actuación colectiva de los trabajadores.

Esta reivindicación de la voluntad primaria del trabajador es la guía, motivación e inspiración de buena parte de las reformas concretas a la legislación laboral en México en los años recientes, lo cual se ha traducido en la necesidad que tuvo el legislador de idear maneras y mecanismos de cómo verificar la voluntad de los trabajadores, lo cual puede identificarse en las tres instituciones jurídicas clásicas y tradicionales del derecho colectivo del trabajo, a saber: la libertad sindical, la contratación colectiva y la huelga.

Visto de esta manera, podemos afirmar que asistimos al naciente desarrollo de lo que podríamos denominar como un derecho electoral sindical, en

atención a que la constatación de la voluntad de los trabajadores es presentada hoy en México como el centro a partir del cual se construye el edificio normativo laboral, y, en particular, de las instituciones propias del derecho colectivo del trabajo, de tal forma que el desarrollo desde la Ley de los mecanismos de elección y decisión de los trabajadores pasa a tener gran notoriedad y centralidad, a riesgo incluso de posponer o dejar de lado otros temas sustantivos e instituciones laborales. Si bien este ejercicio de participación de los trabajadores en sus decisiones ya se venía dando en algunos sindicatos, en atención a que así lo ordenaban sus estatutos sindicales, lo cierto es que la mayoría de las organizaciones obreras no lo hacían, básicamente porque la Ley no lo señalaba como algo obligatorio. En efecto, hay que recordar que desde hace muchos años el concepto de autonomía sindical, muy cercano al de libertad sindical, considera que la organización y la vida de los sindicatos son temas que competen exclusivamente a los mismos sindicatos,⁵ de tal manera que todos los procesos de elección de sus directivas, de toma de decisiones gremiales, estrategias de acción, administración de su patrimonio, etcétera, eran temas que caían en ese terreno de la autonomía sindical frente al cual el Estado y la Ley debían mantenerse al margen, de tal manera que la verificación de la voluntad individual de los trabajadores quedaría rezagada para priorizar la “voluntad colectiva” encarnada y expresada por los líderes sindicales. Así, se diseñó el modelo jurídico en muchos países a lo largo del siglo XX, incluyendo a México, lo cual es comprensible si se estudia el contexto político y económico de la primera mitad del siglo pasado, en donde, luego de una revolución como la de las primeras décadas en México, se dieron pasos hacia la construcción de un Estado y de gobiernos donde las posiciones y opiniones de los dirigentes sindicales se considerarían como las más relevantes, en detrimento de la suma de voluntades individuales.

II. LIBERTAD SINDICAL

En materia de libertad sindical, y en concreto en lo relativo a la formación de sindicatos, la LFT incorporó en las recientes reformas una serie de principios que deberán respetarse con motivo del ejercicio del derecho humano a

⁵ López Guízar, G., “La autonomía sindical desde la óptica de la OIT. El caso de México”, en Kurczyn Villalobos, P. y Tena Suck, R. (coords.), *Temas selectos de derecho laboral: Liber amicorum: homenaje a Hugo Italo Morales Saldaña*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 207 y ss.

formar un sindicato, de tal manera que la decisión inicial de los trabajadores de constituir una nueva persona moral que represente su interés colectivo y los defienda deberá estar protegida, por ejemplo, contra posibles conductas o actos que interfieran e inhiban esa voluntad original. Si bien la Ley en este punto no se ocupa de manera directa de mecanismos de elección de algo o alguien, sí plantea ideas y principios que a manera de marco referencial deberán observarse con motivo de la puesta en práctica de la libertad sindical y, según nosotros, del desarrollo y puesta en práctica del nuevo derecho electoral sindical.

En ese sentido, la Ley, luego de ratificar el principio constitucional de que tanto los trabajadores como los patrones tienen el derecho a formar sindicatos, así como afiliarse a ellos, estableció que esas organizaciones deberán gozar de una adecuada protección en contra de posibles actos de injerencia, y ejemplifica que entre esos actos estarían las acciones o medidas que tiendan a fomentar que se constituya un sindicato y que a éste lo “domine” un patrón o ejerza algún control sobre él. Como puede advertirse, si bien en este punto la Ley no se ocupa de manera directa de procesos de elección en los que pueden participar los trabajadores, sí se refiere a ellos de manera indirecta, al señalar que los mismos procesos deberán llevarse a cabo en un ambiente que no vicie su desarrollo y que no desvirtúe sus objetivos de defensa y protección de los trabajadores. Esta idea se vería fortalecida al momento en que el legislador mexicano, a propósito del reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, señala que la obtención de ésta no estará sujeta a condiciones que restrinjan o limiten, entre otras cosas, la elección libre de sus representantes, así como la constitución de las organizaciones que estimen convenientes. En ese sentido, también la LFT ratificó la idea de que los miembros de los sindicatos, federaciones y confederaciones cuentan con el derecho de la libre afiliación y participación en esas organizaciones, y que este principio deberá traducirse en ciertas garantías en temas de gran trascendencia, como el de que nadie podrá ser obligado a formar o no parte de una organización como las señaladas, el respeto irrestricto a sus normas estatutarias, así como la rendición de cuentas de las directivas obreras sobre la administración del patrimonio sindical; pero en el tema que nos ocupa en este trabajo, cabe subrayar que una de esas garantías es la relativa a que

Los procedimientos de elección de sus directivas deberán salvaguardar el pleno ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto de los miembros, así como ajustarse a reglas democráticas y de igualdad de género, en térmi-

nos del artículo 371 de esta Ley. El periodo de duración de las directivas no podrá ser indefinido o de una temporalidad tal que obstaculice la participación democrática de los afiliados, y tampoco podrá ser lesivo al derecho de votar y ser votado (artículo 358-II).

De esta manera, el legislador mexicano consideró que era conveniente expresar una serie de principios y garantías en un tema ampliamente debatido en las últimas décadas en México, y que tiene que ver con la elección de las dirigencias sindicales. Sobre el particular, vale la pena recordar, y sólo como un apunte del contexto en el cual se da esta reforma a la Ley, que venimos de una historia sindical en la cual la permanencia de las dirigencias sindicales en varias de las más importantes centrales obreras y sindicatos era “normal”, lo cual si bien tiene una explicación ligada al tipo de sindicalismo, así como su participación política predominante en el país desde los años treinta del siglo pasado, hoy, en momentos en los que uno de los temas centrales de la agenda nacional es el fortalecimiento de su democracia, no podía faltar la revisión y cuestionamiento de la democracia de los sindicatos, y en particular de sus dirigencias.

De esta manera, si bien el legislador mexicano quiso conciliar el tema de la libertad sindical y la autonomía sindical, con la democracia sindical, la fórmula que se incluyó en la Ley en 2019 fue que un ejercicio democrático, en este caso como lo es la elección de una dirigencia sindical, debía llevarse a cabo por medio de un voto personal, libre, directo y secreto de los miembros de la misma organización. Si bien el tema de la libertad sindical, en este caso relacionado con un aspecto interno a la vida de los sindicatos, no se cuestiona, la novedad se ubica en el cómo, desde la Ley, se dice la manera de ejercerla. Y es precisamente aquí donde encontramos el germen del necesario desarrollo de un derecho electoral sindical en lo relacionado con la elección de las dirigencias sindicales, que se pretende más abierto y transparente; pero sobre todo más democrático, a partir de un concepto y una visión de la democracia, como lo es la democracia directa de los trabajadores.

Vale la pena recordar cómo ya en la Ley Federal del Trabajo de 1931 se hablaba, como uno de los temas de los cuales debían ocuparse los estatutos sindicales, del “modo de nombrar la directiva” y, en su caso, la obligación de informar a las autoridades de los cambios en la “mesa directiva”, sin entrar en mayores detalles, de tal manera que se dejó a la autonomía sindical y a su organización interna la decisión de cómo concretar ese “modo” de elegir a las directivas sindicales. Hoy se busca desde la Ley, a diferencia de hace casi cien

años, dar un paso en la dirección de cómo los sindicatos “deben”, de manera obligatoria, llevar a cabo esos procesos de elección. Si bien el tema se ha venido discutiendo en estos últimos años, desde el terreno de si esta “imposición” y verticalidad de la Ley sobre como elegir a los dirigentes podría constituir una violación a la autonomía sindical, lo cierto es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido “validando” las reformas a la Ley, incluyendo esta, argumentando que ahí no hay nada de inconstitucional. Hay que recordar que, salvo algunos casos excepcionales en América Latina, buena parte de los países de la región han tenido un desarrollo sindical, que en muchas ocasiones ha sido impulsado y orientado desde el Estado, y no precisamente desde los mismos sindicatos.⁶

Como ya se anotaba, otro principio que la Ley señala en materia de elección de las directivas sindicales es lo relacionado con la votación por medio de un voto personal, libre, directo y secreto de los miembros. Cabe hacer notar que este planteamiento inicial sobre las características que debe tener el voto de los dirigentes sería complementado con una serie de precisiones que buscan instrumentalizar de cierta manera los procesos electorales sindicales, y que deberán, en lo sucesivo, incluir los estatutos de los sindicatos. Estas precisiones son:

1. *Regulación detallada del proceso electoral*

En efecto, ahora la Ley señala que los estatutos sindicales deberán señalar cuál será “el procedimiento para la elección de la directiva sindical y secciones sindicales”; si bien el tema ya venía siendo parte del contenido estatutario, lo cierto es que ahora la novedad legislativa de 2019 va más allá al detallar desde la Ley los márgenes dentro de los cuales esos procesos deberán llevarse a cabo; además, se señalan una serie de aspectos puntuales sobre la logística que tendrá que observarse, y que son los siguientes:

⁶ Von Potobsky, G., “Las organizaciones sindicales”, *Las relaciones colectivas de trabajo e América Latina*, Ginebra, OIT, 1981, pp. 27 y 28

“Aquel genérico sesgo intervencionista atribuido a los sistemas latinoamericanos de relaciones colectivas, se materializa también -quizás especialmente- en el campo de los criterios de creación, reconocimiento y organización de los sindicatos. Se advierte también en esos sistemas una recurrente tendencia a exhibir una brecha notable entre las formales proclamaciones de adhesión a los principios de libertad sindical y su frecuente negación práctica mediante regímenes jurídicos o conductas estatales fuertemente contradictorias con esos principios”. Cfr. Goldin, A. O., “El papel del Estado”, en Ermida Uriarte, O., y Ojeda Aviles, A. (coords.), *El derecho sindical en América Latina*, Montevideo, FCU, 1995, p. 48.

A. Sobre las características de la convocatoria

En este caso la Ley señala que la convocatoria deberá contar con firmas autógrafas de quienes estén facultados para tal fin por los mismos estatutos. Asimismo, la convocatoria deberá incluir algunos datos, como son fecha, hora, lugar donde tendrá lugar el proceso electoral, aparte de todos aquellos datos que eventualmente señale el estatuto.

Por otra parte, la convocatoria deberá publicarse no sólo en el local sindical, sino también en los lugares en que haya una mayor afluencia en el centro de trabajo. La publicación de la convocatoria tendrá que hacerse con por lo menos una anticipación de diez días a la elección.

B. Sobre la sede del proceso electoral

Una vez determinado en la convocatoria el lugar en donde tendrá lugar la votación, el mismo —señala la Ley—, al igual que la documentación y el material necesario para tal fin, deben garantizar que la votación se desarrolle de forma segura, directa, personal, libre y secreta; es decir, se plantean garantías amplias sobre las condiciones físicas que debe reunir el local donde tenga lugar el proceso electoral, mismas que, como se ve, deberán ser “seguras”, lo cual, si bien es algo ambiguo, deja un amplio espacio para que los sindicatos le den un significado práctico concreto.

C. Sobre quiénes pueden votar

Ahora la Ley plantea que deberá integrarse un padrón “completo y actualizado” de quienes tengan derecho a votar en el sindicato; este padrón deberá hacerse público entre los trabajadores por lo menos tres días antes de la votación. Asimismo, la Ley señala que los estatutos deberán incluir un procedimiento que permita y asegure la plena identificación de los afiliados al sindicato que tengan derecho a votar. En este punto, si bien la Ley sólo habla de contar con ese procedimiento de identificación, no detalla qué características deberá tener, con lo que el sindicato deberá decidir el cómo llevar a cabo tal propósito.

D. *Sobre la papelería a usar en la elección*

Ahora la Ley precisa que tanto la documentación como el material y las boletas que se usarán para la elección de quienes integrarán los órganos internos de los sindicatos deberán contener ciertos datos muy puntuales, entre los cuales están: municipio y entidad federativa en que tendrá lugar la votación; el cargo para el que se esté postulando el o los candidatos; los emblemas y el color de cada una de las opciones en la contienda (denominadas “planillas” sindicales); los nombres completos de quienes pretendan ser elegidos.

Asimismo, las boletas deberán estar validadas, en el reverso, con por lo menos dos firmas de los integrantes de la comisión electoral designada por el sindicato. De igual manera, la Ley precisa que en el caso concreto de la elección de un secretario general, o su equivalente a nivel nacional, estatal, seccional, local o municipal, deberá realizarse con independencia de la elección de los delegados a los congresos o convenciones sindicales. Se trata —dice la Ley— de requisitos de validez a respetar en este tipo de elecciones, ya que de no cumplir con ellos el procedimiento correspondiente, ahí donde se haya realizado, carecerá de validez.

2. *Representación proporcional en razón de género*

La participación de las mujeres en la vida sindical ha sido un déficit que ha caracterizado buena parte de las relaciones laborales en el mundo, y que hoy en día lo sigue siendo;⁷ se trata de una problemática compleja, que atiende a diversas causas, y que tiene, desafortunadamente también, varias implicaciones en el avance y reconocimiento de este importante sector de la población en países como México. Y ésta parece haber sido una de las preocupaciones que tuvo el legislador mexicano al momento de establecer que en lo sucesivo los estatutos de los sindicatos tendrán que señalar que “en la integración de las directivas sindicales se establecerá la representación proporcional en razón de género”, con lo cual se busca una creciente participación de las mujeres en la vida de los sindicatos. Se trata de un avance importante que permite vislumbrar en un futuro una mayor intervención de las mujeres en las decisiones del mundo del trabajo, empezando por su actividad en la organización y actividad

⁷ Martínez, María del Pilar, “Mujeres llaman a encaminar un sindicalismo con igualdad de género”, *El Economista*, 21 septiembre 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Mujeres-llaman-a-encaminar-un-sindicalismo-con-igualdad-de-genero-20210922-0081.html>.

sindical. Sin embargo, somos de la idea de que la hasta ahora limitada participación de las trabajadoras en los sindicatos no sólo atiende a un problema estatutario de sus organizaciones gremiales, sino también a la falta de condiciones que permitan, en condiciones de igualdad con sus compañeros de trabajo, participar más activamente en la organización colectiva. En la medida en que se avance en países como México en la necesidad de vincular y conciliar la vida familiar con la vida laboral, es de esperarse que la participación de las mujeres pueda ser más activa y determinante en el rumbo de los sindicatos.

3. *Institucionalidad sindical*

Otro tema que el legislador mexicano consideró que debía formar parte de los estatutos sindicales es el relacionado con lo que denominamos “la institucionalidad sindical”, que tiene que ver con la ahora necesaria existencia de órganos internos al sindicato, encargados de velar por el buen funcionamiento y desarrollo de los procesos electorales al interior de éstos. En efecto, la nueva ley laboral señala que el estatuto sindical deberá incluir normas sobre la integración y el funcionamiento de una instancia de decisión de integración colegiada, la cual tendrá diversas funciones relacionadas con los procesos electorales sindicales, como son la organización y calificación de éstos. Así, tal como existe a nivel nacional un órgano encargado de la organización de las elecciones para cargos de elección popular, se busca que al interior de los sindicatos exista una institucionalidad que permita la profesionalización y la regularidad de tales procesos. Dicho órgano interno al sindicato, ahora previsto en los estatutos, tendrá funciones torales en el desarrollo y el desenlace de las elecciones de dirigentes sindicales, ya que no sólo organizará los procesos, desde su inicio hasta su conclusión, sino que también tendrá la facultad de calificarlos; es decir, se trata de una instancia intrasindical cuyas decisiones pueden marcar los destinos de los sindicatos.

4. *Reglas sobre la duración de las directivas*

Un tema que ha sido discutido en los últimos años y que ha estado inmerso en la polémica es el relativo a la duración en el cargo de los dirigentes sindicales. Hay que recordar que se trata de un tema que ha tenido opiniones encontradas al paso de los años entre aquellos que consideran que la posibilidad de prolongación en el tiempo de una dirigencia sindical le permite un mayor

conocimiento de la vida sindical, y con ello una mejor defensa de los intereses del gremio, y aquellos que consideran que la posibilidad de que una dirigencia se perpetúe va en contra de la misma democracia y participación activa de los afiliados al sindicato. En el caso mexicano, el tema tiene, además, un ingrediente particular, ya que existen varios sindicatos importantes que cuentan con dirigencias que llevan reelegiéndose reiteradamente muchos años. Frente a esta situación, el legislador mexicano, al ocuparse del tema, consideró que es necesario que sean los trabajadores los que decidan, en respeto a su autonomía sindical, cuándo consideran que un dirigente debe permanecer en el cargo y cuándo no. De esta manera, los estatutos deberán expresamente señalar el periodo de duración de la directiva, así como el de las secciones que integren el sindicato; sin embargo, en el caso de la reelección de las dirigencias, dice la Ley que, “será facultad de la asamblea decidir” tanto el periodo de duración como las veces que pueda reelegirse, a condición de que esta decisión sea tomada mediante voto personal, libre, directo y secreto, y que, en todo caso, se respeten las otras garantías que la misma Ley señala, como son la igualdad de género, y que no se obstaculice la participación democrática de los afiliados ni se afecte el derecho a votar y ser votado. Así, el desarrollo de reglas relacionadas con la elección y, en este caso, la reelección de los dirigentes sindicales, será necesario, como parte de este camino hacia la construcción del nuevo derecho electoral sindical en México.

Como puede advertirse, entre los diversos retos que tienen los sindicatos mexicanos en el futuro cercano está el desarrollo de una regulación estatutaria minuciosa de sus procesos de elección interna de sus dirigencias, los cuales, hay que subrayarlo, podrán ser objeto de verificación de su cumplimiento, no sólo por las instancias internas que los mismos sindicatos tengan, sino también por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL en lo sucesivo), el cual tiene facultades para comprobar que tales procesos electorales cumplen con los requisitos que la Ley señala, muchos de los cuales tienen cierto grado de ambigüedad (por ejemplo, los obstáculos a la participación democrática de los afiliados o simplemente el respeto a las reglas de la democracia) que dejan a la autoridad laboral ante la posibilidad de adoptar criterios inciertos y subjetivos. Cabe recordar que ya la jurisprudencia venía aceptando y legalizando la verificación del cumplimiento de los estatutos sindicales en estos temas.⁸

⁸ En efecto, cabe recordar que desde hace años los tribunales venían señalando que, por ejemplo, la libertad sindical no se violaba por el hecho de que la autoridad revisara los procedimientos de expulsión de un sindicalizado (tesis aislada XI.1°.A.T.1 (10a.), Décima época,

5. *Sobre la transición del modelo sindical*

Una de las ideas que sirvió de premisa para aprobar el nuevo modelo sindical en México en la reforma constitucional de 2017 y su posterior reglamentación en 2019 fue la necesidad de incorporar al nacimiento y vida de los sindicatos, regulaciones que permitieran una mayor democracia de éstos; para lograr tales fines, se incorporarían a la Ley diversos mecanismos, que buscan una mayor participación de los trabajadores en las decisiones que les conciernen, y uno de esos mecanismos fue el planteamiento de que todos los sindicatos debían actualizar y alinear sus estatutos de acuerdo con las nuevas reglas que la Ley señala, en varios de los temas que aquí se comentan. Para tales propósitos, se incorporó a la Ley, como un artículo transitorio (23), la obligación de todos los sindicatos, de llevar a cabo tal reforma, indicando que éstos deberían actualizar sus estatutos en lo relativo a la elección de las directivas sindicales, mediante voto personal, libre directo y secreto, y que esta disposición iniciaría su vigencia en un plazo de doscientos cuarenta días a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral, y que, dentro del mismo plazo, los sindicatos debían adecuar sus estatutos. Este proceso de actualización de los estatutos sindicales está en curso.⁹

III. DEMOCRATIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

Otro de los ejes de la reforma laboral en México fue el tema de la contratación colectiva. En efecto, hay que recordar que si bien en nuestro país

Tribunales colegiados), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro XXVI, noviembre 2013, p. 1338) o bien la posibilidad de que la autoridad laboral pueda cotejar las actas de las asambleas en que haya elegido o cambiado una directiva sindical, con el fin de ver el cumplimiento de los estatutos y la misma Ley (jurisprudencia, novena época Tesis P/J.32/ 2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIV, septiembre 2011, p. 7). Estas ideas, aunque con una renovada argumentación y fundamentación, se ha señalado recientemente a propósito de la participación del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral con motivo de la facultad que tiene de verificar el procedimiento de elección de las directivas sindicales (jurisprudencia, Segunda Sala, Tesis 2a./J.13/2021 (10a.), Décima época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 84, marzo 2021, tomo II, p. 1536).

⁹ Según la página oficial de la STPS (<https://reformalaboral.stps.gob.mx/>) al 6 de septiembre de 2021, el 95.51% de los sindicatos activos con registro federal han adecuado sus estatutos, mientras que hay un avance del 36.26% de avance en el caso de los sindicatos activos con registro local.

tanto la sindicalización como la contratación colectiva tienen una cobertura limitada,¹⁰ la misma tiene un impacto importante en ciertas áreas de la economía, y a pesar de que el marco jurídico laboral que la regula es más bien limitado, el Estado mexicano consideró que la contratación colectiva debe ser uno de los caminos que deberá transitar el modelo laboral mexicano para modernizarse. De esta manera, la reforma laboral planteó un nuevo esquema de contratación colectiva, que se caracteriza por buscar una participación activa y directa de todos los trabajadores a quienes se les vaya a aplicar el contrato. Así, en esta nueva manera de tratar jurídicamente la contratación colectiva en México juega un papel relevante la regulación de la participación de los trabajadores en la definición de los principales momentos y etapas por las que transcurre la formalización y reconocimiento de un contrato colectivo. De esta forma, la construcción del nuevo derecho electoral sindical tiene hoy en México un espacio relevante en los procesos concretos ahora reconocidos en materia de contratación colectiva.

En materia de contratación colectiva en México, tal vez vale la pena de inicio hacer algunas precisiones; la evolución de su marco jurídico se ha caracterizado por dar prioridad a las formalidades y requisitos que el acto jurídico contractual debía tener para ser reconocido y validado por la autoridad laboral competente; cabe recordar, por ejemplo, cómo la Ley Federal del Trabajo de 1931 se refería al tema señalando, entre otras cosas, que los representantes del sindicato “justificarían su personalidad” por medio de sus estatutos o por el acta de la asamblea que así lo hubiera acordado (artículo 44), aparte de que el contrato debía celebrarse por escrito y triplicado, bajo pena de nulidad (artículo 45). Posteriormente, la Ley de 1970, y en esa misma dirección la jurisprudencia, dedicaría innumerables decisiones en las cuales el centro de las disputas estaba en los requisitos de validez de un contrato colectivo. Esta percepción permite concluir que el Estado mexicano privilegió durante muchos años la regulación del contrato más que el camino que las partes debían seguir para lograrlo, tuvimos un régimen del contrato colectivo más que un régimen de la negociación colectiva; esto fue así porque lo importante no

¹⁰ “En una publicación de la OIT de 2010 encontramos el dato de que el nivel promedio de cobertura de la negociación colectiva en la región alcanza al 9% de los asalariados. Sobre este promedio se ubican países como Costa Rica (16.2%), México (10.5%) y Chile (9.6%), y bajo el mismo, se encuentran países como Honduras (5.6%), El Salvador (4.1%) y Nicaragua (3.9%)”. *Cfr.* Carrillo Calle M., “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 21, julio-diciembre, 2015, pp. 3 y 4, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=51870-46702015000200003&lng=es&nrm=iso, consultado el 18 de octubre de 2021.

estaba en el cómo los trabajadores podían participar en las normas y condiciones que regirían la relación laboral, sino el cómo un documento bilateral era sancionado por el Estado, con independencia de la opinión particular de cada uno de los trabajadores. Hoy, la idea es cambiar esa visión que imperó durante décadas en México, y tratar de construir un modelo laboral en donde la contratación colectiva sea presentada no sólo en su manifestación estática, como un acto jurídico, sino desde una visión dinámica, en la cual la participación democrática de los trabajadores en su construcción se presenta como necesaria, e incluso, como un requisito de validez del acto bilateral.¹¹ Si bien en la nueva Ley las formalidades para el reconocimiento y validez del contrato colectivo siguen siendo importantes, ahora junto a éstas, se presentan procesos detallados de participación de los trabajadores, dirigidos a la validación del contrato. Este nuevo enfoque se traduce en la Ley en temas concretos que buscan activar un sindicalismo, que en muchos casos no estaba acostumbrado a la participación activa de sus afiliados. Una manera de entender uno de los objetivos más importantes de la reforma laboral en materia de contratación colectiva es la inclusión en la Ley de un nuevo artículo que resume tanto las motivaciones como las aspiraciones del legislador mexicano en este tema; se trata del artículo 386-bis, que dice:

El apoyo de los trabajadores mediante el voto personal, libre y secreto constituye una garantía para la protección de la libertad de negociación colectiva y sus legítimos intereses. La demostración de dicho apoyo conforme a los procedimientos establecidos en los artículos 390 Bis y 390 Ter, es de orden público e interés social, por lo que es un requisito para la validez de los contratos colectivos de trabajo. Las autoridades, sindicatos y patrones coadyuvarán para que los procedimientos de consulta se organicen de tal forma que no se afecten las actividades laborales de los centros de trabajo.

Como puede verse, “el apoyo de los trabajadores”, evidenciado por medio de su voto, con ciertas características, es presentado como una garantía de la

¹¹ Esta idea ha sido ratificada recientemente por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL), organismo público descentralizado creado como parte de la reforma laboral e institución fundamental en el nuevo modelo laboral mexicano, el cual en la presentación de su Programa Institucional de Mediano Plazo 2021-2024 (*Diario Oficial de la Federación*, 22 de septiembre de 2021) se puede leer que una estrategia prioritaria será la de “Promover la negociación colectiva, bajo los principios de participación efectiva y auténtica, como el medio más eficaz para lograr mejores condiciones de trabajo y de vida para las y los trabajadores, asegurando la productividad de las fuentes de empleo”.

libertad de negociación, como un elemento de orden público, de interés social y como requisito de validez de los contratos colectivos.¹²

Una vez hecho en la Ley este planteamiento fundatorio del marco jurídico de la contratación colectiva, luego se despliegan una serie de procedimientos, que buscan concretarlo, entre los que están la “constancia de representatividad” para los futuros procesos de contratación colectiva y la “legitimación de los contratos colectivos” para aquellos que ya se hayan firmado; en ambos casos se proponen procedimientos electorales por medio de los cuales la voluntad de los trabajadores deberá evidenciarse, y frente a lo cual la autoridad administrativa centralizada (CFVyRL) contará con amplias facultades para validar tales procesos.

1. *Constancia de representatividad*

Vale la pena recordar que durante muchos años en México la suscripción o revisión de un contrato colectivo no tenía como requisito de validez la verificación de la opinión de los trabajadores a los que se aplicaba; esa posibilidad de que los trabajadores pudieran ser consultados en estos casos quedaba a la discreción y autonomía de los sindicatos, de tal manera que si bien algunas organizaciones sí incluyeron en sus estatutos ese tipo de consultas a sus bases, tal posibilidad no era exigida por la Ley. Esta situación llevó a que el concepto de “representación” sindical fuera una cuestión que requería el cumplimiento de requisitos legales y formales, pero que no siempre tenía que ver con la legitimidad de las dirigencias sindicales, entendida esta última como el apoyo real y tangible de los trabajadores afiliados al sindicato. Y es esta precisamente la situación que la reforma laboral quiere cambiar, de tal manera que quienes ostenten formalmente la representación de un sindicato tengan también la legitimidad que les daría la mayoría de los trabajadores afiliados al mismo sindicato.

¹² Considerar a la participación de los trabajadores como una garantía de la libertad de negociación implica que la negociación es sólo un vehículo para que se exprese esa libertad; así mismo, ver a la participación de los trabajadores como un elemento de orden público significa que más allá de los intereses estrictamente laborales, de un patrón y un sindicato, estaría el interés de la misma sociedad en su conjunto, como un interés de toda la comunidad. De igual manera, ver esa participación obrera como un tema de interés social implica que los intereses de las partes en la relación laboral se ven rebasados y la sociedad toda estaría interesada en que este marco legal sea respetado; tan es así, que esa participación de los trabajadores también es presentada como requisito de validez del mismo contrato colectivo, es decir, como un requisito necesario para que la norma jurídica se considere plenamente respetada.

Hoy, para la firma de un contrato colectivo por primera vez, será necesario que el sindicato interesado tramite y obtenga previamente, ante el CFCyRL, la constancia de representatividad, con la cual se busca —dice la Ley— garantizar los principios de representatividad de las organizaciones sindicales, en los diversos trámites exigidos para su formalización, como su firma, registro y depósito ante las autoridades competentes.¹³

La Ley dedica un amplio espacio a la regulación detallada del trámite para la obtención de la constancia de representatividad, el cual se inicia con la presentación por escrito de la solicitud correspondiente, por parte de uno o varios sindicatos, indicando diversos datos que permitan la identificación plena del o los sindicatos, así como del centro de trabajo o patrón y actividad que realiza. El o los sindicatos deberán contar con por lo menos el respaldo del 30 % de los trabajadores cubiertos por el contrato. El CFCyRL, aparte de preservar la confidencialidad de la información recibida, podrá prevenir a los solicitantes para que subsanen alguna deficiencia, y posteriormente hará pública la solicitud en su sitio de internet y solicitará que se haga lo propio en el centro de trabajo. La Ley prevé la posibilidad de que otro sindicato también estuviera interesado en obtener dicha constancia de representatividad, para lo cual éste podrá tramitar una “solicitud adhesiva”, si es que cuenta también con el apoyo del 30% de los trabajadores. Con estos elementos, el CFCyRL, o aquellos otros que también puede allegarse, podrá resolver sobre el otorgamiento de la constancia de representatividad; pero en el caso de que hubiera más de un sindicato interesado en contar con este documento, el derecho a negociar y en su caso a firmar el contrato colectivo corresponderá a aquel que tenga la mayoría del apoyo de los trabajadores, para lo cual la Ley señala un procedimiento de consulta *ad hoc*. Este procedimiento de consulta constituye ahora otro de los espacios de regulación electoral al que nos venimos refiriendo en este trabajo. Para la consulta, el CFCyRL tendrá que elaborar un padrón, que constituye el documento central con base en el cual se desarrollará la consulta, para lo cual cuenta con facultades para allegarse la información necesaria, aparte de verificar que cada uno de los sindicatos contendientes, como ya se anotaba,

¹³ La constancia de representatividad es un documento emitido por un organismo público descentralizado, como es el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, que resume, en buena medida, las aspiraciones de un nuevo derecho laboral que ve en la participación directa de los trabajadores uno de los elementos más importantes del mundo del trabajo; asimismo, la naturaleza jurídica de este documento es la de un acto administrativo que acreditaría el apoyo de un determinado número de trabajadores a un sindicato del cual forman parte para que, en su nombre y representación, lleven a cabo acciones encaminadas a mejorar sus condiciones de trabajo.

cuenta con por lo menos el 30% de los trabajadores. La Ley señala que en dicho padrón podrán estar los trabajadores despedidos durante los tres meses previos o posteriores a la presentación de la solicitud. Posteriormente, el CFCyRL emitirá una convocatoria para la consulta con por lo menos diez días de anticipación a la misma, y garantizará que el lugar y el momento en que se lleve a cabo la consulta cuente con las condiciones necesarias para su desahogo; en esta situación, los sindicatos contendientes podrán acreditar a sus representantes para dar seguimiento al proceso, además de que podrán asistir observadores debidamente acreditados. La votación será mediante voto personal, libre, directo y secreto, y las boletas que se usarán son objeto de una minuciosa regulación para garantizar su identificación y no alteración; el evento mismo de la votación es objeto de medidas de seguridad, que buscan garantizar la libre expresión de los trabajadores (mamparas, urnas transparentes, identificación conveniente de los votantes, secrecía del voto, prohibición de cualquier tipo de coacción del voto, etcétera). Una vez concluida la votación, se realizará el escrutinio correspondiente con medidas de transparencia que la Ley señala (extraer de las urnas una boleta a la vez, exhibirlas a los representantes, identificar los votos nulos, etcétera), el funcionario terminará el cómputo y anunciará el resultado “en voz alta”. De todo esto se levantará un acta y se les pedirá a los representantes que la firmen. La constancia de representatividad tendrá una vigencia de seis meses, salvo que el sindicato estalle una huelga, caso en el que la vigencia se prolongaría durante todo el tiempo que dure el conflicto.

Como puede advertirse, uno de los aportes novedosos del nuevo régimen de la contratación colectiva en México es el desarrollo de un derecho electoral sindical, que si bien busca proteger y salvaguardar la libre expresión de los trabajadores con motivo de la eventual firma o revisión de un contrato colectivo, su regulación ampliamente detallada exigirá un cumplimiento estricto de la Ley, que podría, en su momento, ser fuente de disputas.

2. Consulta para registro de un contrato colectivo

En efecto, otro espacio que vendrá a nutrir en México este derecho electoral sindical es el relativo a la función que tiene ahora el CFCyRL de verificar que un contrato colectivo que se celebre por primera vez, o bien un convenio de revisión de éste, tenga que ser previamente aprobado por la mayoría de los trabajadores que cubra el mismo contrato, para lo cual tendrá que llevarse a cabo una consulta.

La Ley señala que una vez que se haya logrado un acuerdo entre el sindicato y el patrón sobre los términos de un contrato colectivo o su revisión, se deberá consultar con los trabajadores si están conformes o no con los términos del acuerdo, para lo cual dará aviso al CFCyRL con por lo menos diez días de anticipación, indicando el día, la hora y el lugar en que la consulta tendrá lugar; asimismo, el sindicato, también con por lo menos diez días de anticipación, emitirá la convocatoria correspondiente para que los trabajadores emitan su voto personal, libre y secreto, para lo cual el sindicato deberá anexar una copia del contrato o convenio de revisión. La Ley dedica un amplio espacio para señalar qué requisitos y condiciones deberán cumplirse el día en que se lleve a cabo la consulta, entre los que están los siguientes: poner a disposición de los trabajadores el documento que se suscribirá con la empresa (contrato colectivo o convenio de revisión) por diversos medios (impreso o vía electrónica); la votación tendrá lugar en la fecha y hora que se hubiera anunciado en la convocatoria correspondiente; el lugar donde se realice tenga las condiciones convenientes que permitan una votación donde los trabajadores no sean coaccionados y donde el patrón no tenga ninguna intervención. Una vez realizada la votación, el resultado se hará público por la directiva sindical, en un plazo de no más dos días, en lugares visibles y de fácil acceso del centro de trabajo o del local sindical.

Una vez realizada la votación en los términos señalados, el sindicato deberá comunicarlo al CFCyRL, bajo protesta de decir verdad, dentro de los tres días siguientes, el cual lo publicará en su sitio de Internet. Cabe anotar que el CFCyRL tiene facultades no sólo para declarar nula la consulta, e incluso ordenar la reposición de ésta si considera que hubo “inconsistencias en relación con hechos sustantivos del proceso”, sino incluso la facultad general de verificar que la consulta se haya desarrollado de conformidad con la Ley. De todo el proceso de consulta se levantarán las actas correspondientes, que el sindicato deberá resguardar durante cinco años. En caso de que el apoyo sea mayoritario en favor del documento sometido a consulta, se podrá solicitar el registro de éste ante el CFCyRL, si es un contrato colectivo inicial, y si se trata de un convenio de revisión de éste, podrá celebrarse tanto ante la autoridad registral como ante el tribunal competente o ante el centro de conciliación competente, de lo cual entregarán una copia a la autoridad registral. Como puede verse, la dinámica, la estrategia, pero sobre todo los tiempos en que se lleve a cabo una negociación colectiva están destinados a cambiar, ya que con la Ley anterior este tipo de formalidades previas a la suscripción definitiva de un contrato colectivo o de un convenio de revisión del mismo contrato no

eran necesarias. Los sindicatos deberán en principio visualizar los momentos en que la negociación tenga lugar para poder, también en tiempo, cumplir con lo que ahora pide la Ley y se cuente con un nuevo marco legal bilateral de manera oportuna. Si bien la intención del legislador mexicano es loable en el sentido de ofrecer espacios de participación directa y democrática de los trabajadores, sólo el tiempo dirá si esta burocratización e hiperregulación del proceso y validación de los resultados de una negociación ayudarán a la mejoría de la calidad y de la cantidad de contratos colectivos. Asimismo, habrá que estar atentos al “uso e interpretación” que haga el CFCyRL de las facultades que la ley le otorga en este tipo de consultas, de tal manera que la preocupación por el respeto a la legalidad y a la democracia sindical sean las motivaciones que orienten su actuación.

3. *Legitimación de los contratos colectivos*

Buena parte de la construcción del nuevo modelo de contratación colectiva en México parte de la premisa de que todos los contratos colectivos registrados y depositados, o por lo menos la mayoría de ellos, son contratos simulados, es decir, que si bien en su mayoría cumplieron con las formalidades que la Ley exigía para su validez y vigencia, no cumplían con la finalidad primaria de ellos, consistente en ser un mecanismo legal de mejoría y defensa de los derechos de los trabajadores y ser, más bien, “instrumentos” que protegían los intereses de los patrones. Esta premisa asumida sin matices permitió al Estado mexicano incluir y justificar en la reforma laboral, mecanismos de transición entre el viejo modelo de contratación colectiva y el nuevo modelo al que se aspira, para lo cual se decidió que era conveniente que todos los contratos colectivos debían pasar por un mecanismo de verificación, no sólo del conocimiento de éstos por parte de los trabajadores a que beneficiaban, sino de apoyo que los trabajadores le deban. La respuesta a estas preocupaciones se llamó “legitimación de los contratos colectivos”. En efecto, hay que señalar que el artículo décimo primero transitorio de la reforma laboral de 2019 señaló que los contratos colectivos de trabajo existentes deberían revisarse al menos una vez durante los cuatro años posteriores a la entrada en vigor de la reforma, es decir, hasta abril de 2023.¹⁴ También dispuso que en

¹⁴ Hernández, G., “Democracia sindical. Paso a paso: proceso legal para legitimar los contratos colectivos de trabajo”, *El Economista*, 18 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Paso-a-paso-Proceso-legal-para-legitimar-los-contratos-colectivos-de-trabajo-20210817-0107.html>, consultado el 21 octubre 2021.

las revisiones que en lo sucesivo se llevaran a cabo, aparte de depositarse en el nuevo CFCyRL, se tendría que verificar que los trabajadores hayan tenido conocimiento del contenido de los contratos colectivos revisados, aparte de que se les hubiera dado un ejemplar impreso de tales documentos, y que el contrato contó con el apoyo de la mayoría de los trabajadores mediante voto personal, libre y secreto, atendiendo las disposiciones que para tales fines ya incluye la Ley.

Se agregó, además, que si hasta abril de 2023 un contrato colectivo sujeto a una consulta no contara con el apoyo de la mayoría de los trabajadores o no se hubiera hecho la consulta, el contrato se tendrá por terminado, aunque los trabajadores seguirían conservando las prestaciones y condiciones de trabajo que preveía el contrato colectivo, y que fueran superiores a las señaladas en la Ley. Bajo la idea de que se trata de un mecanismo transitorio y de verificación, la Ley agregó que en tanto entrara en funciones el CFCyRL, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social establecería un protocolo para verificar la consulta ya señalada, además de tomar las medidas necesarias para su instrumentación, dentro de un plazo de tres meses siguientes a la entrada en vigor de la reforma. Y en efecto, en julio de 2019 (*DOF* del 31 de julio de 2019) la STPS emitió el protocolo, que fue objeto de una modificación (*DOF* del 4 febrero de 2021). En estas normas administrativas transitorias se diseñó un procedimiento electoral, que consistía en el aviso inicial, con ciertos datos (se puede vía electrónica) que debe dar el sindicato titular del contrato colectivo a la autoridad administrativa (primero la STPS y luego el CFCyRL) para verificar si la mayoría respalda el contrato que tiene celebrado con por lo menos diez días previos a que se lleve a cabo la consulta, indicando cuándo, cómo y dónde se llevará a cabo ésta. Cabe recordar que el sindicato tiene la opción de que la consulta sea acompañada por la autoridad laboral para efectos de que ésta se lleve a cabo de conformidad con las normas señaladas en la Ley y en el protocolo correspondiente.

Si bien el diseño y reconocimiento en la Ley del procedimiento de legitimación de los contratos colectivos en México estuvo motivado por la percepción de que la mayoría de éstos son simulados y, por tanto, irregulares, y no atendían ni tomaron en cuenta la opinión de los trabajadores, los debates jurídicos no se hicieron esperar; por ejemplo, el relativo a su aplicación retroactiva de las nuevas reglas a contratos aprobados al amparo de otra legislación, la incorporación de causas de terminación de un contrato colectivo no previstas en la Ley, entre otros temas; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y varios tribunales poco a poco han venido descartando esas

argumentaciones manifestando la constitucionalidad de todos los cambios, incluyendo precisamente el de la legitimación de los contratos colectivos.¹⁵

Cabe anotar que hasta septiembre de 2021 se han llevado a cabo alrededor de 1,500 legitimaciones de contratos colectivos a nivel federal, mientras que a nivel local el avance ha sido más lento. Hay que recordar que los sindicatos tienen hasta el 2 de mayo de 2023 para llevar a cabo este proceso.

Durante los próximos años habrá que discutir a detalle si es conveniente y favorable la condición en la que quedan los trabajadores que no hayan “legitimado” un contrato colectivo, y que en consecuencia éste haya terminado, ya que si bien conservarán los derechos y prestaciones que ya venían disfrutando al amparo del contrato colectivo terminado, estos beneficios pierden la posibilidad de ser revisados y aumentados o por lo menos discutidas. En esa eventual hipótesis, lo único que quedaría es que un sindicato, el mismo u otro, trate de firmar un nuevo contrato colectivo, situación en la cual los resultados de la negociación pueden tener algo de incierto. Un escenario indeseable es que los trabajadores y los sindicatos asuman a plenitud su vida democrática, pero que no tengan una mejoría en la calidad de sus prestaciones.

IV. DEMOCRACIA EN LA HUELGA

Desde los orígenes del derecho del trabajo la huelga fue considerada como la principal “arma” con la que contaban los trabajadores para defender sus derechos y para lograr nuevos. Primero sería reconocida como un acto prohibido en la legislación penal, pasando por su aceptación y tolerancia, hasta llegar a su pleno reconocimiento en las Constituciones de muchos países y su ulterior reglamentación. La huelga ha ido evolucionado para ser vista hoy en día como una institución jurídico-laboral básica de los trabajadores y considerada como un derecho humano, para cuyo ejercicio del Estado y los gobiernos deben ofrecer las más amplias garantías y protección.

¹⁵ “Interés jurídico en el amparo, Al reclamarse el protocolo para la legitimación de los contratos colectivos existentes, corresponde a las directivas de las organizaciones sindicales la carga de la prueba respectiva”, jurisprudencia de tribunales colegiados de circuito, tesis I.16o.T.J/8L (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 77, agosto de 2020, tomo VI, p. 5857. “Protocolo para legitimación de contratos colectivos de trabajo existentes. Es improcedente la suspensión provisional que se solicite en el juicio de amparo indirecto promovido en su contra”, tesis aislada, tribunales colegiados de circuito, tesis I.16o.T.61 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 74, enero de 2020, tomo III, p. 2637.

En el caso mexicano, la huelga ha sido objeto de una creciente regulación, que ha ido dándole una conformación cuyas formalidades han ido en aumento, al grado de que algunos autores consideran que van en contra de su misma naturaleza.¹⁶ Asimismo, y al igual que en el caso de otras instituciones del derecho colectivo del trabajo, en el derecho de huelga sucede una situación paradójica, ya que si bien siempre se le vio como un instrumento de gran relevancia para los trabajadores, la participación de éstos en su planeación, desarrollo y desenlace no siempre se consideraron necesarios por la Ley. En efecto, la decisión de emplazar a huelga, así como su desarrollo, su estallamiento y sus diversas maneras de concluirla son decisiones que estarían, normativamente hablando, en el ámbito de los estatutos sindicales, los cuales son la expresión de la autonomía sindical, reconocida a nivel constitucional e internacional; de tal manera que la participación de los trabajadores en lo individual en todo lo relacionado con una huelga dependerían de la manera como esa participación sería reconocida en el estatuto del sindicato, frente al cual la Ley no podía intervenir. Este diseño legal en casos como el de México permitió durante largo tiempo que muchas huelgas fueran anunciadas, estalladas y terminadas, incluso en ausencia de la opinión de los trabajadores, salvo casos excepcionales expresamente previstos en la Ley. Las recientes reformas laborales en México buscan, una vez más, regresar a los trabajadores el derecho de participar en esas decisiones trascendentales de su vida laboral, como un requisito necesario para el ejercicio, en este caso, del derecho de huelga.

En efecto, la Ley señala ahora con motivo de su reciente reforma, que cuando el procedimiento de huelga tenga por objeto obtener la celebración de un contrato colectivo o un contrato ley o su revisión en los momentos que la misma Ley prevé, se deberá anexar al emplazamiento la constancia de representatividad que expida el CFCyRL, que como ya se anotaba en este trabajo, es aquel documento por medio el cual se busca garantizar los principios de representatividad de las organizaciones sindicales, en cuyo trámite el o los sindicatos deberán contar con por lo menos con el 30% de respaldo de los trabajadores cubiertos por el contrato. De esta manera, ahora la tramitación de un emplazamiento a huelga exige la verificación y la constatación de que los trabajadores no sólo están apoyando al sindicato emplazante, sino que, como se verá, habrán de participar en las más importantes decisiones del

¹⁶ Santos Azuela, H., “El derecho constitucional de huelga y el moderno derecho sindical”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 42, núm. 124, pp. 289-313, México 2009, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100010&lng=es&nrm=iso, consultado el 19 de octubre de 2021.

procedimiento de la huelga. Visto de esta manera, la huelga en México cuenta ahora con un desarrollo electoral que viene a presentarse como un requisito ineludible en materia de huelga, en donde si bien este derecho es sin duda la acción más importante que la colectividad de los trabajadores puede llevar a cabo, el mismo sólo podrá ejercerse si cumple con la participación individual de los trabajadores involucrados.

Cabe recordar, como ya se anotaba en este trabajo, que ahora la Ley exige que para el registro de un contrato colectivo inicial o un convenio de revisión, el CFCyRL verificará que su contenido sea aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos por el documento a través del voto personal, libre y secreto, para lo cual señala un procedimiento con ciertos requisitos para que tenga lugar la consulta a los trabajadores; el tema tiene interés, ya que si esta situación sucede en el marco de un procedimiento de huelga, en donde la aprobación de un futuro contrato colectivo o de un convenio de revisión no cuenta con la aprobación de los trabajadores, el sindicato podrá prorrogar el periodo de prehuelga por hasta quince días; la prórroga se podría ampliar hasta treinta días en circunstancias excepcionales, a criterio del tribunal.

Otro aspecto que en la reciente reforma laboral en México fue objeto de algunas precisiones es lo relacionado con las características que debe tener la diligencia en la cual se desahoga la prueba del recuento ofrecida en el marco de una solicitud de declaración de inexistencia de una huelga estallada. Cabe recordar cómo ya en la Ley Federal del Trabajo de 1931 se señalaba a la mayoría de los trabajadores de una empresa o negociación como un requisito para declarar una huelga (artículos 264 y 269), y que en caso de no presentarse esta característica la junta de conciliación y arbitraje podría declarar “que no existe el estado de huelga”; sin embargo, no se explicaba de manera detallada la manera como se podía llegar a tal convicción. En ese sentido, la evolución de los medios de convicción relativos a la existencia o no de una mayoría en una huelga aparecieron como una referencia genérica e indirecta como en la Ley de 1931, hasta llegar al día de hoy, a la inclusión en la Ley de un amplio marco jurídico sobre cuándo, cómo y con quiénes debe llevarse a cabo una diligencia de recuento, como parte del derecho de huelga.

Hoy, en efecto, cabe recordar que una vez estallada una huelga, tanto trabajadores, patrones o terceros interesados, dentro de la siguientes setenta y dos horas, pueden solicitar que la huelga sea declarada inexistente por varias causas, y una de ellas es porque se considera que la huelga no fue estallada por una mayoría de trabajadores, caso en el cual la prueba por medio de la cual se podrá acreditar tal circunstancia es precisamente la del recuento, el cual es ob-

jeto de algunas precisiones, como son que únicamente podrán votar los trabajadores de la empresa que concurran a votar y los trabajadores que hubieran sido despedidos luego de que se hubiera presentado el emplazamiento; no pueden participar los trabajadores de confianza ni los que hubieran ingresado a la empresa luego de haber presentado el emplazamiento, etcétera. Ahora la Ley señala que en el escrito en el cual se solicite la declaración de inexistencia deberá acompañarse un listado con los nombres de los trabajadores que serán consultados, y la contraparte podrá también presentar la lista de aquellos trabajadores que participarían en la consulta; el juez, en su caso, decidirá sobre el padrón que se usaría en el recuento.

La prueba de recuento se llevará a cabo mediante voto personal, libre, directo y secreto ante la presencia del juez o de los funcionarios designados. Respecto del desarrollo de la diligencia, ahora la Ley establece una serie de puntualizaciones concretas sobre la participación de los interesados, así como de la infraestructura con la que deberá contarse durante la diligencia. Una vez más, aquí, el legislador mexicano consideró conveniente incorporar reglas claras electorales para regular de manera más puntual y detallada el desahogo de esta diligencia; así, por ejemplo, se iniciará con la presencia de las partes que asistan, y el juez o los funcionarios instalarán las mamparas necesarias para el voto; deberá haber urnas transparentes para su depósito; tienen que verificar que estén vacías y sin leyendas. En el ingreso de los trabajadores a la diligencia se comprobará la identificación de los trabajadores con documento oficial; las boletas deberán tener dos recuadros, a favor o en contra de la huelga, y no deberán tener datos o señales que permita identificar el folio de la boleta. Los trabajadores deberán marcar su boleta, doblarla y depositarla en la urna, y luego retirarse del lugar. Al final, el juez o los funcionarios designados realizarán el conteo de los votos, abriendo las urnas, examinarán las boletas para comprobar que sean auténticas y las exhibirán a los representantes de las partes y observadores autorizados; las boletas no cruzadas o marcadas en más de uno de los recuadros o falsas serán nulas. Una vez terminado el conteo, el juez o los funcionarios designados procederán al recuento de votos y anunciarán en voz alta el resultado. De todo lo actuado se levantará un acta, y se pedirá que la firmen los representantes.

Como puede verse, hoy la prueba del recuento, como parte del desahogo de una solicitud de inexistencia de una huelga, tiene un marco jurídico electoral con el que no contaba antes de la reforma laboral de 2019 en la Ley, el cual, si bien había sido objeto en los últimos años de precisiones vía jurisprudencial y administrativa, tenía ciertas variantes en la implementación cotidiana

de las diferentes juntas de conciliación en el país. Sin embargo, ahora esta reglamentación minuciosa, basada en buena medida en la desconfianza y las malas prácticas de estas diligencias en el pasado, busca dar una mayor certeza y transparencia a la participación de los trabajadores.

Esta nueva manera de regular el derecho de huelga deja en la historia doctrinal de esta buena parte de los conceptos que de la huelga se tenían hasta el día de hoy, ya que en muchos de ellos no se consideraban estos elementos. Cabe recordar cómo la doctrina debatió durante muchos años lo relacionado con la titularidad del derecho de huelga;¹⁷ incluso en los tribunales el tema formó parte de las discusiones de los últimos años. Sin embargo, hoy el derecho de huelga, si bien podrá seguirse viendo como un derecho de la colectividad, ya sea una coalición o sindicato, su conceptualización deberá incluir ahora el elemento del necesario respaldo y la opinión individual de los trabajadores, es decir, es un derecho humano de la colectividad, cuyo ejercicio requiere la expresión individual de los trabajadores.

V. CONCLUSIONES

Una de las más importantes “apuestas” del Estado mexicano en los últimos años ha sido la de actualizar, modernizar y poner en sintonía al sistema jurídico nacional con el contexto internacional; en ese propósito, se consideró que una de las ramas del derecho que requerían de cambios mayores era el derecho del trabajo, y, de manera puntual, las reglas con base en las cuales nacen, existen y actúan los sindicatos en el país; si bien es cierto que no hay que desdeñar la influencia que los cambios en el contexto político nacional han tenido en estas reformas a la legislación laboral, lo cierto es que en el centro de las motivaciones que se tuvieron para la construcción de un nuevo marco jurídico de la vida sindical está la necesaria participación democrática de los trabajadores en todos aquellos actos y procesos que tienen relación con su vida gremial, y, que, en consecuencia, podrían afectar sus condiciones laborales en los centros de trabajo. Es por esa razón que la reforma laboral mexicana de 2017 y su posterior reglamentación en 2019 centró su atención en la regulación y desarrollo de lo que aquí hemos denominado como un “derecho electoral sindical”, entendido como un marco jurídico, en ocasiones regulado de manera minuciosa, que busca fomentar y cuidar aquella participación de los trabajadores.

¹⁷ Martínez y González A., *Reflexiones sobre el derecho de huelga*, México, Porrúa, 2012, p. 43.

Fue así como esta idea inicial y motivadora sería traducida y concretada en sendos cambios y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, en los temas clásicos y tradicionales del derecho colectivo, como son la libertad sindical, la contratación colectiva y la huelga. En el primero de estos temas, la regulación de la libertad sindical sería acompañada de normas concretas encaminadas a garantizar la no injerencia de intereses ajenos a los trabajadores y sus organizaciones, así como buscar que la democracia en sus organizaciones fuera protegida; para tal fin, se incorporarían reglas concretas en aspectos como el voto de las directivas sindicales, regulando de manera detallada esos procesos electorales. Asimismo, en el caso de la contratación colectiva, la Ley ahora considera como un requisito de validez la demostración de la opinión de los trabajadores, no sólo para la firma inicial de un documento de esta naturaleza, sino también para su revisión. De igual manera, con relación a la huelga, buena parte de los cambios a la Ley están también dirigidos a cuidar la participación y opinión mayoritaria de los trabajadores en los momentos decisivos de este tipo de procedimientos. En varios de estos temas el legislador mexicano consideró conveniente incluir tareas transitorias por medio de las cuales los sindicatos pudieran actualizar sus marcos normativos internos.

Como puede advertirse, el desarrollo de un derecho electoral sindical se presenta como uno de los objetivos más importantes en la evolución reciente del derecho mexicano del trabajo, con lo cual se busca no sólo una mayor democracia sindical y del mundo del trabajo en general, sino de manera mediata una mejoría en las condiciones laborales y de vida de los trabajadores en el país; se trata de un proyecto que de manera abstracta es muy difícil no estar de acuerdo con él; sin embargo, sólo el tiempo nos dirá si todas estas modificaciones al marco jurídico laboral logran traducirse en relaciones laborales más auténticas y, con ello, una mejor calidad de vida de los trabajadores mexicanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS BATIS, C. E., “Marco teórico del derecho electoral”, *Apuntes de Derecho Electoral, Una contribución institucional para el conocimiento de la ley como valor fundamental de la democracia*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2000.
- CARRILLO CALLE, M., “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2015.

- GOLDIN, A. O., “El papel del Estado”, en ERMIDA URIARTE, O. y OJEDA AVILÉS, A. (coords.), *El derecho sindical en América Latina*, Montevideo, FCU, 1995.
- HERNANDEZ, G., “Democracia sindical. Paso a paso: proceso legal para legitimar los contratos colectivos de trabajo”, *El Economista*, 18 agosto 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Paso-a-paso-Proceso-legal-para-legitimar-los-contratos-colectivos-de-trabajo-20210817-0107.html>.
- LÓPEZ GUÍZAR, G., “La autonomía sindical desde la óptica de la OIT. El caso de México”, en KURCZYN VILLALOBOS, P. y TENA SUCK, R. (coords.), *Temas selectos de derecho laboral: Liber amicorum: homenaje a Hugo Italo Morales Saldaña*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- MARTÍNEZ, María del Pilar, “Mujeres llaman a encaminar un sindicalismo con igualdad de género”, *El Economista*, 21 septiembre 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Mujeres-llaman-a-encaminar-un-sindicalismo-con-igualdad-de-genero-20210922-0081.html>.
- MARTÍNEZ Y GONZÁLEZ, A., *Reflexiones sobre el derecho de huelga*, México, Porrúa, 2012.
- NOHLEN D. y SABSAY D., *Derecho electoral. Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Universidad de Heidelberg-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México-IFE-FCE, 1998.
- RUVALCABA GARCÍA, G. D., “Espinosa de los Monteros X. C. Derecho electoral mexicano”, en CORONA NAKAMURA, L. A. y MIRANDA CAMARENA, A. J. (comps), *Derecho electoral mexicano. Una visión local: Distrito Federal*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- SANTOS AZUELA, H., “El derecho constitucional de huelga y el moderno derecho sindical”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 42, núm. 124, abril de 2009, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100010&lng=es&nrm=iso.
- TAMAYO HERRERA, Y. I. y FLORES GUTIÉRREZ, C. A., *Doscientos años del derecho electoral en México*, México, Cámara de Diputados. LX Legislatura, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59183?show=full>.
- VON POTOBOSKY, G., “Las organizaciones sindicales”, *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina*, Ginebra, OIT, 1981.

APLICACIONES INFORMÁTICAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y EL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA*

COMPUTER APPLICATIONS OF COLLABORATIVE ECONOMY AND LABOR LAW IN COLOMBIA

APPLICATIONS INFORMATIQUES DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE ET DU DROIT DU TRAVAIL EN COLOMBIE

Gladys Carolina TORRES BERNAL**
Yair Leonardo FONSECA ALFONSO***

RESUMEN: A raíz del auge de aplicaciones de economía colaborativa, se ha multiplicado la prestación de servicios a través de medios diversos al clásico contrato de trabajo, lo que genera altos niveles de informalidad e inestabilidad en el empleo. Así, el presente artículo de reflexión tiene dos objetivos: plantear un análisis crítico-propositivo acerca de las nuevas tendencias de contratación por medio de mecanismos divergentes al tradicional contrato de trabajo, y estudiar a profundidad el impacto de estas nuevas formas de vinculación y sus consecuencias sobre el derecho del trabajo en Colombia. A partir de lo anterior, se plantea como hipótesis de investigación la identificación de características que permitan establecer la existencia de una verdadera relación laboral en el marco de las nuevas formas de economía colaborativa, que operan por medio de aplicaciones digitales, bajo el amparo de normas internacionales del trabajo y de principios constitucionales que permitan generar un piso

* Recibido el 14 de septiembre de 2021 y aceptado para su publicación el 23 de marzo de 2022.

** Investigadora del grupo de investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana-Red Humana. Correo: gladys.torres01@uptc.edu.co.

*** Investigador del grupo de investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana-Red Humana. Correo: yair.fonseca@uptc.edu.co.



de protección al trabajador, dentro de un espíritu de unicidad del derecho. Finalmente, se destaca como principal resultado investigativo la propuesta de una reconfiguración jurídica para proteger a las personas que prestan servicios mediante aplicaciones informáticas.

Palabras claves: economía colaborativa, plataformas electrónicas, principios constitucionales del trabajo.

ABSTRACT: As a result of the boom in collaborative economy applications, service provision has multiplied through different means than the classic employment contract, it is generating high levels of informality and instability in the job. Thus, the present article of reflection has two objectives: to propose a critical-propositional analysis of the new contracting trends through mechanisms that diverge from the traditional labor contract; and to study in profoundness the impact of these new forms of connection and its consequences on Colombian law. From the above, with a qualitative and theoretical methodology, of inductively and based on theoretical approaches, it is proposed as a research hypothesis the need to propose a legal reconfiguration to protect the people who provide services through computer applications. Finally, the main research result is the identification of those characteristics that allow establishing the existence of a true labor relationship within the new forms of collaborative economy that operate through digital applications, those are under the protection of International Labor Standards, and of the constitutional principles of worker protection, inside a spirit of uniqueness of law.

Key Words: collaborative economy, electronic platforms, constitutional principles of work

RÉSUMÉ: Du fait de l'essor des applications de l'économie collaborative, l'offre de services s'est multipliée par d'autres moyens que le contrat de travail classique, générant des niveaux élevés d'informalité et d'instabilité dans l'emploi. Ainsi, cet article de réflexion a deux objectifs : proposer une analyse critique-propositionnelle sur les nouvelles tendances d'embauche à travers des mécanismes qui s'écartent du contrat de travail traditionnel ; et d'étudier en profondeur l'impact de ces nouvelles formes de liens et leurs conséquences sur le droit du travail en Colombie. Sur la base de ce qui précède, il est proposé comme hypothèse de recherche, l'identification des caractéristiques qui permettent d'établir l'existence d'une véritable relation de travail dans le cadre des nouvelles formes

d'économie collaborative, qui opèrent à travers des applications numériques, sous la protection de International Normes du travail et principes constitutionnels qui permettent de générer un socle de protection des travailleurs, dans un esprit d'unicité de la loi. Enfin, le principal résultat de l'enquête ressort comme la proposition d'une reconfiguration juridique pour protéger les personnes qui fournissent des services via des applications informatiques.

Mots-clés: Economie collaborative, plateformes électroniques, principes constitutionnels du travail

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aplicaciones informáticas y economía colaborativa.* III. *Informalidad laboral e inestabilidad en el empleo en Colombia.* IV. *Aplicación de normas internacionales del trabajo.* V. *Principios del derecho del trabajo.* VI. *Reconfiguración jurídica a través de seis propuestas.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Con el avance y desarrollo de las plataformas digitales que fomentan la economía colaborativa se han modificado las relaciones humanas, por medio de las cuales se establecen vínculos laborales. Lo anterior supone un fenómeno cuyo estudio crítico y propositivo corresponde a la influencia positiva y/o negativa de estas herramientas tecnológicas que intervienen directa e indirectamente en la cotidianidad de las personas. El derecho laboral no ha sido ajeno a este fenómeno mundial; en consecuencia, debe asumir los retos que trae consigo la existencia de diversas formas de contratación laboral, muchas de ellas distantes de los tradicionales elementos de la relación de trabajo. En tanto, el presente estudio académico encuentra soporte en la necesidad de indagar acerca del impacto de las nuevas formas de vinculación laboral en la sociedad colombiana, cuyo aporte investigativo, social y académico contribuye a ampliar el debate científico en torno al derecho del trabajo inmerso en el contexto de la deslaborización que se ha generado en razón a las aplicaciones de economía colaborativa. Para tales fines, se emplea una metodología cualitativa y teórica. Entendida la perspectiva cualitativa como aquella que

está interesada por el estudio de los procesos complejos subjetividad y su significación, a diferencia de la perspectiva cuantitativa que está interesada por la descripción, el control y la predicción, es inductiva porque se interesa por el conocimiento y el hallazgo, más que por la comprobación y la verificación; es holística porque se ve a las personas y al escenario en una perspectiva de totalidad; y es interactiva del individuo con su entorno, de visión ecológica y reflexiva de la complejidad de las relaciones humanas.¹

A través del método inductivo, y partiendo de aproximaciones teórico-críticas, el objetivo consiste en responder el siguiente interrogante de investigación: ¿cómo fomentar el trabajo decente realizado a través de aplicaciones informáticas de economía colaborativa en Colombia?

A partir de lo anterior, se propone hacer un estudio en cinco capítulos. El primero aborda, desde un punto de vista jurídico, la relación entre las aplicaciones informáticas y la prestación de servicios de economía colaborativa disímiles al clásico contrato de trabajo. El segundo, estudia la problemática de la informalidad laboral e inestabilidad en el empleo en Colombia, ocasionada en buena parte por la proliferación de nuevas formas de prestación de servicios a través del uso de aplicaciones. El tercero, analiza las normas internacionales del trabajo aplicables al problema de estudio. El cuarto, examina los principios constitucionales de primacía de la realidad y progresividad, como forma de promover la protección de los derechos de los trabajadores. En el capítulo quinto se brindan seis propuestas que plantean la posibilidad de erigir una reconfiguración jurídica. Finalmente, se plantean las respectivas conclusiones.

II. APLICACIONES INFORMÁTICAS Y ECONOMÍA COLABORATIVA

Las denominadas aplicaciones informáticas (en inglés APP) son un “tipo de programa informático diseñado como herramienta que permite al usuario realizar diversos trabajos”.² De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, en una de sus definiciones se indica que “aplicación” es un “programa prepa-

¹ Hernández Sampieri, Roberto *et al.*, *Metodología de la investigación*, 6a. ed., México, McGraw-Hill, 2014, p. 586.

² FundéuRAE. Fundación promovida por la Agencia EFE y por la Real Academia Española (RAE), *Aplicación, alternativa a app*, 2014, disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/aplicacion-alternativa-a-app/>.

rado para una utilización específica, como el pago de nóminas, el tratamiento de textos, etcétera”.³

Dentro de este contexto, es necesario resaltar que dentro del amplio universo de aplicaciones informáticas se encuentran aquellas que fomentan la prestación de servicios a través de la denominada “economía colaborativa”. De acuerdo con Berg:

Trabajar en plataformas digitales de trabajo es algo nuevo, emblemático del trabajo del futuro. Consiste tanto en plataformas de trabajo en línea, digitales (comúnmente conocidas como plataformas digitales de trabajo o crowdwork), como en plataformas de trabajo a nivel local donde las tareas a realizar se asignan mediante aplicaciones de *software (apps)*.⁴

Precisamente, cuando se hace alusión a las plataformas de trabajo a nivel local, se encuentra dentro de la órbita de las plataformas informáticas de economía colaborativa, que prestan sus servicios a través de una “aplicación”.

Según Rachel Botsman, “la economía colaborativa es un modelo construido sobre redes descentralizadas de personas conectadas, quienes crean, distribuyen y consumen valor pasando por alto las instituciones centralizadas tradicionales”.⁵

Por su parte, Janire Carazo expresa que “la economía colaborativa engloba todas aquellas actividades que suponen un intercambio entre particulares de bienes y servicios a cambio de una compensación pactada entre ambos”.⁶

Para Vallecillo, la economía colaborativa podría definirse como aquella manera de compartir o intercambiar tanto bienes tangibles como intangibles (tiempo, espacio, *hobbies*) a través de los nuevos espacios tecnológicos y las comunidades sociales. En definitiva, la mecánica tradicional se ha redefinido

³ “Aplicación”, *Diccionario de la lengua española*, RAE, Real Academia Española, 2019, disponible en: <https://dle.rae.es/aplicaci%C3%B3n?m=form>.

⁴ Berg, Janine *et al.*, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Suiza, Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. 1, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf.

⁵ Botsman, Rachel, *En defensa del consumo colaborativo*, conferencia TedXSydney, 2010, disponible en: https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption?language=es#t-2956.

⁶ Carazo, Janire, *Economía colaborativa*, *economipedia*, 2016, disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/economia-colaborativa.html>.

para llegar a este nuevo modelo gracias a los avances tecnológicos y sociales, sin olvidar el contexto de crisis económica donde se gesta.⁷

La Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC, 2014), citada por Quintero, define al fenómeno de economía colaborativa como un modelo basado en el intercambio entre particulares, de bienes o servicios que permanecen ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes. Una de las características determinantes de este fenómeno económico es la mediación a través de plataformas digitales, que permiten conectar oferta y demanda de forma dinámica y en tiempo real.⁸

El Comité de las Regiones Europeo establece que

la economía colaborativa, un complejo ecosistema de servicios a la carta y utilización temporal de activos basado en el intercambio a través de plataformas en línea, se está desarrollando a un ritmo elevado. La economía colaborativa da lugar a una mayor variedad donde elegir y a precios más bajos para los consumidores y brinda oportunidades de crecimiento a las empresas emergentes innovadoras y las empresas europeas existentes, tanto en sus países de origen como más allá de las fronteras. Aumenta, además, el empleo y beneficia a los empleados, al permitir horarios más flexibles, que van desde microempleos no profesionales hasta el emprendimiento a tiempo parcial. Los recursos pueden utilizarse de manera más eficiente, con lo que aumentan la productividad y la sostenibilidad.⁹

Este punto de vista destaca los aspectos positivos de este tipo de economía, pero omite analizar, desde otras perspectivas, de manera crítica y objetiva, las consecuencias de la implementación de este fenómeno en los ámbitos laborales y sociales.

⁷ Vallecillo Gámez, María Rosa, “Economía colaborativa y laborabilidad. Los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, España, vol. 2, 2017, pp. 461-473, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf.

⁸ Quintero Ramírez, María Isabel, “Economías colaborativas, nuevas tendencias de consumo y retos para Latinoamérica y Colombia”, *Revista Campos en Ciencias Sociales*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, vol. 6, núm. 2, 2018, pp. 95-118, disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/campos/article/view/4032>.

⁹ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — La dimensión local y regional de la Economía Colaborativa (2016/C-051/06), *Diario Oficial de la Unión Europea*, diciembre de 2015, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2016_051_R_0006&from=ES.

Ahora bien, en Estados Unidos de América, la economía colaborativa es denominada también como *Gig Economy*,¹⁰ definición que abarca todo tipo de acuerdos de trabajo no convencional, como los *Freelancers* (trabajadores autónomos independientes), consultores, contratistas y profesionales independientes, y los denominados *Temps* (trabajadores temporales contratados). De acuerdo con Duszynski, la economía colaborativa se caracteriza por la facilidad de acceso para un número inmenso de personas, convirtiéndose en los últimos años en una industria de billones de dólares, con millones de participantes.¹¹

A partir de las anteriores definiciones, se puede indicar que, como consecuencia del manejo de este modelo colaborativo, es posible adquirir e intercambiar, con mayor facilidad, servicios y productos a cambio de una compensación debidamente acordada, así como reducir gastos, propender por la dinamización de la economía, diversificar y generar ingresos a una pluralidad de personas, a través de la utilización de aplicaciones informáticas.

Así las cosas, cuando se habla de economía colaborativa, necesariamente se deben incluir bienes y servicios prestados por aplicaciones que: *i*) prestan servicios de movilidad, como lo son Uber, Cabify, InDriver, Didi, etcétera; *ii*) asesoran en servicios de hospedaje; por ejemplo: Airbnb, Booking, Kayak, Trivago, HotelTonight; *iii*) realizan domicilios de diferentes productos, por ejemplo: Rappi, Domicilios.com, I food Colombia, UberEats, etcétera; *iv*) permiten realizar compras en línea: Mercado Libre, Amazon, Alibaba, Ebay, AliExpress, Linio, Dafiti, GearBest, etcétera, así como una ilimitada variedad de opciones, que ponen en contacto a una persona que requiere satisfacer una necesidad particular, con otro sujeto que ofrece un producto y/o servicio profesional, técnico o empírico.

Por ende, la utilización y desarrollo de la economía colaborativa implica tres categorías de agentes:

- i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúan a título profesional («prestadores de servicios profesionales»);
- ii) usuarios de dichos servicios;

¹⁰ Duszynski, Maciej, “Gig Economy: Definition, Statistics & Trends”, 2021, disponible en: https://zety.com/blog/gig-economy-statistics?clid=CjwKC.Ajw_-D3BRBIEim.AjVMY7Oiz9YYozvHPfo-saaovT9m93EwIZ.kvKqgFK1h2cVj8r6.AKpjPAeICRoC.5SnQArD_BwE.

¹¹ *Idem*.

y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos...¹²

En efecto, la manera de prestar servicios personales y de lograr un sustento económico ha variado sustancialmente, a tal punto que los denominados “colaboradores”, por la simple necesidad de subsistencia, están solícitos para poner su fuerza de trabajo a disposición de una o varias plataformas digitales, renunciando implícitamente a derechos que emanan de cualquier relación laboral formal, como acreencias prestacionales (primas, cesantías, bonificaciones convencionales, etcétera); de descanso remunerado (vacaciones, dominicales y festivos); regulación de jornada laboral (trabajo nocturno y suplementario o de horas extra); de seguridad social integral (salud, pensión, riesgos laborales) y cualquier forma de organización colectiva (sindicalizada o no sindicalizada).

En el texto *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, se afirma: “Si bien estas plataformas digitales son el resultado de avances tecnológicos, el trabajo que generan se asemeja a muchas modalidades laborales que existen desde hace tiempo, con la diferencia de que cuentan con una herramienta digital que sirve de intermediario”.¹³

Precisamente, la economía colaborativa fomentada a través del uso de plataformas digitales o aplicaciones informáticas crea nuevas oportunidades para consumidores y emprendedores, pero pauperiza el derecho del trabajo, denigra el principio de dignidad humana, restringe la posibilidad de brindar aplicación a principios constitucionales del derecho del trabajo, e incide notablemente en problemáticas sociales actuales, como la informalidad laboral e inestabilidad en el empleo en Colombia, tal como se desarrollan a continuación.

III. INFORMALIDAD LABORAL E INESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN COLOMBIA

De acuerdo con los boletines técnicos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el último lustro consolidado (2015-

¹² Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, 2016, disponible en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/17/COMUNICACIO_ECONOMIA_COLLABORATIVA.pdf.

¹³ *Ibidem*, p. 1.

2019); la informalidad laboral en Colombia siempre ha oscilado entre el 47% y el 49%. Para junio de 2021, la tasa de desempleo fue 14,4%,¹⁴ lo que a todas luces indica que buena parte de la población carece de prestaciones sociales y no hace aportes a pensión y seguridad social. Por lo tanto, se torna imposible acceder en un futuro a una prestación económica, como lo es una pensión por vejez, e incluso, una pensión por invalidez. En este sentido, el acceso a un trabajo formal está prácticamente limitado para la mitad de la población, consolidándose en una especie de “elitismo laboral”, que repercute evidentemente en problemas sociales bien conocidos: altos índices de desigualdad, elevados niveles de inseguridad, fomento de la cultura del atajo —que se traduce en corrupción—, y precarización de la manera de vivir.

Asimismo, de acuerdo con el presidente de Asofondos, Santiago Montenegro, “la elevada informalidad en Colombia es la raíz de los principales problemas económicos del país, el problema fiscal, la pésima distribución del ingreso y la baja cobertura de la seguridad social contributiva”.¹⁵

Para el Departamento Nacional de Planeación, la informalidad laboral disminuye el ingreso per cápita económico y reduce el producto interno bruto. En igual sentido, se relaciona directamente con la pobreza, se conecta negativamente con el crecimiento económico de las regiones, y la desigualdad del ingreso aumenta frente a elevados índices de informalidad.¹⁶ También son consecuencias de la informalidad la reducción de la base impositiva, el fomento de la competencia desleal, el bajo recaudo tributario y la generación de empleos de baja calidad, caracterizados por la inestabilidad en la forma de contratación.

En atención a lo indicado, la multiplicación de aplicaciones informáticas que ofrecen servicios de economía colaborativa fomenta la informalidad laboral y genera protuberantes síntomas de inestabilidad en el empleo. En tal sentido, los mal llamados “colaboradores” carecen de una relación formal y no tienen garantía alguna de permanencia en el empleo. En este contexto, Américo Plá refiere que a diferencia de la continuidad, la estabilidad parte

¹⁴ Departamento Administrativo Nacional de Estadística, *Tasa global de participación, ocupación y desempleo*, disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>.

¹⁵ “Las devastadoras consecuencias de la informalidad en Colombia”, *Revista Semana*, Bogotá, disponible en: <https://www.dinero.com/economia/articulo/los-problemas-y-las-consecuencias-de-la-informalidad-en-colombia/239203>.

¹⁶ Departamento Nacional de Planeación, “Crecimiento e informalidad en Colombia”, 2018, disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Crecimiento%20e%20Informalidad%20en%20Colombia.pdf>.

del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay una causa justificada, y que bajo este principio no interesa lo que haya laborado el trabajador en la empresa, “sino la función que deberá desenvolver la empresa en el futuro. Debe asegurársele a todos (o a casi todos) trabajo mientras la empresa continúe”.¹⁷

Asimismo, la estabilidad laboral “Es el derecho de la clase trabajadora para la permanencia y continuidad ocupacional en el medio empresarial estable para el cual ha desenvuelto sus actividades, con la recíproca obligación del empleador de no privarle del trabajo mientras no hubiere causas legales que lo motive, o hechos legales o justificables que determinen la separación”.¹⁸

No obstante, para el caso concreto de los colaboradores, estas definiciones expresadas por Américo Pla y Viteri Llanga carecen de sentido alguno, en virtud de que el vínculo jurídico (por lo menos en apariencia) que ata a las dos partes, en ocasiones se desarrolla como un contrato civil, y en muchas otras ni siquiera presenta reglamentación alguna.

En este sentido, en una encuesta mundial realizada entre 2015 y 2017 por parte de la OIT, que da lugar al informe de “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo”, se expresa de manera categórica:

Al igual que la mayoría de las plataformas digitales de trabajo, las plataformas dedicadas a la asignación de microtareas seleccionadas para este informe consideran que sus trabajadores son independientes, con lo cual los privan de ciertas protecciones dispuestas en las legislaciones laborales y en materia de seguridad social. Los términos y las condiciones de trabajo en las plataformas están dispuestos en sus “términos de servicio”, que los trabajadores deben aceptar para empezar a realizar tareas. En estos documentos se dispone cómo y cuándo serán remunerados los trabajadores (*crowdworkers*), cómo serán evaluados y de qué recursos disponen (o carecen) en caso de problemas.¹⁹

De igual manera, la influencia de las aplicaciones informáticas de economía colaborativa en la informalidad e inestabilidad laboral en Colombia se demuestra cuando la estructura organizativa de estas nuevas formas de vinculación se erige de manera tal que se alejan del ámbito de aplicación del derecho

¹⁷ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del ferecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 174.

¹⁸ Viteri, Joaquín, *Derecho colectivo del trabajo*, Quito, Produgrafil, 2006, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 5.

del trabajo. Se argumenta que las actividades desarrolladas se limitan a una forma de intermediación entre el usuario o cliente que requiere un servicio concreto de una aplicación determinada, y la persona que efectivamente satisface esa necesidad, también llamado “colaborador”. Según la expresión del autor uruguayo Rosenbaum,

Por ello, las plataformas se presentan formalmente como intermediarias entre oferta y demanda, sin controlar ni desarrollar el producto que se ofrece, aplicando sus energías en la creación de un simple soporte tecnológico. Es por este motivo que estas empresas suelen auto etiquetarse como plataformas que se desarrollan dentro del ámbito de la economía colaborativa.²⁰

A partir de lo expresado, se procede a estudiar las normas internacionales del trabajo adoptadas por la OIT, aplicables a los problemas de deslaboralización, informalidad e inestabilidad en el empleo, generados por el aumento de aplicaciones informáticas de economía colaborativa.

IV. APLICACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el principal objetivo de las normas internacionales del trabajo es el desarrollo de las personas en su calidad de seres humanos, así como propugnar la mejora de la vida y dignidad de las personas. A partir de la creación en la parte XIII del Tratado de Versalles, y específicamente a través de la primera sesión de la Conferencia del Trabajo en 1919, se reconoce y plasma como principio, “que el trabajo no debe considerarse simplemente como mercadería o un artículo de comercio”.²¹

A su vez, en la Declaración de Filadelfia de 1944, la OIT reitera la égida en torno a la cual se expresa que “el trabajo no es una mercancía”.²² Tal como señala esta Organización, el trabajo no es como una manzana o como

²⁰ Rosenbaum, Federico, “El trabajo en plataformas digitales y el derecho del trabajo”, *XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2019*, Córdoba, 2019, disponible en: https://www.academia.edu/40299735/EL_TRABAJO_EN_PLATAFORMAS_DIGITALES_Y_EL_DERECHO_DEL_TRABAJO.

²¹ Organización Internacional del Trabajo, Tratado de Versalles, abril de 1919.

²² Organización Internacional del Trabajo, Declaración de Filadelfia, 10 de mayo de 1944, disponible en: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

un aparato de televisión, no es un objeto inanimado que pueda negociarse para obtener el mayor provecho o conseguir el más bajo precio. El trabajo es parte de la vida diaria de todos y el factor determinante para alcanzar la dignidad humana, el bienestar y el desarrollo como seres humanos. El desarrollo económico debe incluir la creación de empleo y unas condiciones de trabajo adecuadas para que las personas puedan trabajar con libertad y en condiciones de seguridad y dignidad. En resumen, el desarrollo económico no es un fin en sí mismo, sino que su meta debe ser mejorar la vida de las personas. Las normas internacionales del trabajo se han establecido para garantizar que el desarrollo económico siga centrándose en la mejora de la vida y la dignidad humanas.²³

Dentro de este contexto, si bien es cierto que hasta el momento no se conocen convenios o recomendaciones que reglamenten el trabajo realizado a través de la utilización de aplicaciones informáticas de economía colaborativa, sí son aplicables normas internacionales que desarrollan principios y derechos mínimos en los que se funda el derecho del trabajo. En seguida, se desarrollan tres normas internacionales, que permiten abordar los problemas de deslaboralización, informalidad e inestabilidad en el empleo, generados por la multiplicación de aplicaciones informáticas de economía colaborativa:

1. *Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)*

En primer lugar, es importante destacar que este Convenio hace parte de los denominados “convenios fundamentales” de la OIT, que abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo. Bajo ese marco, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998, declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales, tienen el compromiso, por el simple hecho de pertenecer a esta Organización, “de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que

²³ Organización Internacional del Trabajo, *Los beneficios de las normas*, disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/the-benefits-of-international-labour-standards/lang-es/index.htm>.

son objeto de esos convenios”²⁴, dentro de los cuales se destaca el Convenio sobre eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En consonancia con dicha premisa, el Convenio 111 define en el artículo primero el término “discriminación”, que comprende

- a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.²⁵

En efecto, la contratación de servicios personales a través de aplicaciones informáticas de economía colaborativa anula la posibilidad de acceder a prestaciones sociales, como lo son cesantías y primas; altera el goce del descanso remunerado (vacaciones, dominicales y festivos); restringe la aplicación de una jornada de trabajo (trabajo nocturno y horas extra); excluye la probabilidad de acceder a beneficios universales, imprescriptibles e irrenunciables, como lo es el acceso a una pensión de jubilación e invalidez, y restringe los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva. La prestación de servicios de trabajo a través de la utilización de estas aplicaciones discrimina palmariamente los principios fundamentales que constituyen la columna vertebral del derecho del trabajo; además, desconoce los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

Finalmente, es preciso señalar que por medio de la Ley 22 de 1967, el Estado colombiano ratificó el Convenio en comento, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 93 de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991),²⁶ los convenios internacionales del

²⁴ Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), núm. 111, junio de 1960, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Constitución Política de la República de Colombia, promulgada en Colombia el 4 de julio de 1991 y publicada en la *Gaceta Constitucional*, núm. 116 el 20 de julio de 1991.

trabajo, así como los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción relacionados con el trabajo, debidamente ratificados por el Congreso, deben ser aplicados, respetados y ejecutados de forma obligatoria, tanto por los operadores administrativos como por la rama legislativa y judicial que conforma la estructura del Estado.

2. *Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)*

Este Convenio, aunque no ha sido ratificado a la fecha por el Estado colombiano, tiene como objeto principal “estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo”.²⁷ Asimismo, éste conmina a todos los miembros que ratifiquen esta norma, a formular y llevar a cabo políticas activas destinadas a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.

Dentro de este contexto, se erige como obligación de los Estados, promover directrices encaminadas a fomentar el crecimiento y creación de empresas, pero fortaleciendo la creación de empleo formal, que garantice principios y derechos mínimos de los trabajadores.

Conforme a lo indicado, algunas aplicaciones informáticas de economía colaborativa se han consolidado como verdaderos emporios económicos, mejor conocidos como “unicornios”²⁸ empresariales, que han logrado una valorización astronómica en bolsa. No obstante, están pirateando el mercado laboral de manera hipócrita, por cuanto se vanaglorian de dinamizar la economía y fomentar el empleo, pero tratando a las personas reclutadas como simples “colaboradores”, sin ningún beneficio de una relación de trabajo formal y aprovechando la colosal necesidad de subsistencia. Como consecuencia, este Convenio indica que los Estados deberán determinar y revisar regularmente medidas coordinadas, tanto desde el punto de vista económico como

²⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la política del empleo, núm. 122, julio de 1966, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C122.

²⁸ En el ecosistema del emprendimiento, son consideradas como “unicornio” aquellas nacientes compañías que logran el valor de los 1,000 millones de dólares durante su proceso de levantamiento de capital, disponible en: <https://contamos.com.co/rappi-se-convierte-en-el-primero-unicornio-colombiano/>.

desde el punto de vista social; consultar a representantes de empleadores y trabajadores, con el fin de fortalecer el pleno empleo, libre y productivo.

3. *Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006* (núm. 198 OIT)

Las Recomendaciones, como instrumentos internacionales adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, evidentemente no son vinculantes en el plano jurídico, y “sirven más bien como directrices para orientar la política nacional, la función legislativa y las prácticas laborales en los países”.²⁹

En particular, esta recomendación brinda elementos importantes para garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

La norma sugiere a los Estados

...formular y aplicar políticas nacionales enfocadas en luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas (tal como ocurre en las aplicaciones informáticas de economía colaborativa); proporcionar a los empleadores y trabajadores orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo; distinguir entre trabajadores asalariados e independientes; proporcionar a empleadores y trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para solucionar controversias relacionadas con la existencia y condiciones de una relación de trabajo; asegurar el cumplimiento efectivo de la legislación en torno a la relación de trabajo y formar apropiadamente a jueces, árbitros, mediadores, inspectores del trabajo, sobre normas internacionales del trabajo encargadas de la solución de controversias, así como del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.³⁰

En efecto, esta Recomendación introduce un haz de indicios específicos que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo, como son:

²⁹ Sánchez, José y Rodríguez, Eduardo, *Manual para la defensa de la libertad sindical*, 4a. ed., Lima, Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2013, disponible en: https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_236112.pdf.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo, *Recomendación sobre la relación de trabajo*, núm. 198, 2006, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument.

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.³¹

Como resultado, es imperativo analizar el contexto del trabajo desarrollado bajo modelos de aplicaciones informáticas de economía colaborativa, que en la gran mayoría de oportunidades arrojan verdaderas relaciones laborales. Precisamente, es realizado por cuenta ajena, bajo el control de una empresa (arropada por el manto de una aplicación informática); efectuado personalmente por el trabajador; cumpliendo y acatando órdenes en cuanto a forma de ejecución, periodicidad y absoluto control en materia de horario y localización determinados; desarrollado de manera permanente, y constituye la principal fuente de ingresos del “colaborador”.

De otra parte, las propuestas doctrinales de modernización del derecho del trabajo promueven ampliar el ámbito de cobertura de esta disciplina. Adrian Todolí explica que la ampliación de este derecho

...no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería extenderse a todo el mundo del trabajo.³²

³¹ *Idem.*

³² Todolí Signes, Adrián, “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Revista de Relaciones Laborales, Lan Harremanak*, Universidad de Valencia, núm. 41, junio de 2019, disponible en: <https://orcid.org/0000-0001-7538-4764>.

En la misma línea, en el informe denominado “Au-delà emploi” —“Más allá del empleo en español”—, dirigido por Alain Supiot en 1999 para la Comisión Europea, se resalta el espíritu de la Declaración de Filadelfia de 1944 en torno a la máxima de que “el trabajo no es una mercancía”. De esta forma, Supiot reconoce y resalta que existe un amplio rango de situaciones en las cuales, a pesar de que la persona se encuentra trabajando, no está ubicada en el marco de una relación laboral. Por lo tanto, el autor francés expresa la necesidad de implementar un estatuto profesional donde se incluya a todas las personas que presten servicios de manera personal, sin distinción de la modalidad o vínculo contractual por medio del cual estén contratadas.

Bajo la misma égida, Freedland y Kountouris³³ proponen que el derecho del trabajo debe ampliar su cobertura a todas las prestaciones de trabajo realizadas de manera personal. En efecto, sugieren que el derecho del trabajo ya no puede basarse en el contrato de trabajo, sino en la persona que trabaja.³⁴

A título de colofón, independientemente de que se logre demostrar la verdadera relación laboral existente en el contexto del trabajo desarrollado bajo modelos de aplicaciones informáticas de economía colaborativa, o de que se amplíe la cobertura del derecho del trabajo, es necesario involucrar la aplicación de principios del derecho laboral que permitan garantizar la efectividad de los trabajadores, tal como se desarrolla en el siguiente capítulo.

V. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

A continuación, se hace un análisis conceptual de la noción de “principio”, y se describen los principios constitucionales del derecho del trabajo introducidos por el constituyente de 1991. Finalmente, se abordan específicamente los principios de primacía de la realidad y progresividad.

1. *El concepto de principio*

En primer lugar, Dworkin señala que

los principios enuncian razones que discurren en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular y están dotados de la dimensión del peso o

³³ Freedland, M. y Kountouris, N., “The Legal Construction of Personal Work Relations”, Oxford, 2011.

³⁴ *Ibidem*, p. 316.

importancia. En efecto, el autor manifiesta que, si se da un conflicto entre dos o más normas, una, no puede ser válida, es decir, se debe decidir qué norma es válida y qué norma no lo es, de modo que, cuando dos normas entran en conflicto una de ellas sustituye a la otra. Mientras que, si se da un conflicto entre principios, quien está llamado a resolverlo debe tener el peso relativo de cada uno, lo cual brinda una dimensión diferente al de las normas.³⁵

Por su parte, Alexy, en la *Teoría de los derechos fundamentales*, profundiza la noción de principio que Dworkin fundamentó, así como la distinción entre principios y reglas; de esta manera, establece que

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, 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. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.³⁶

Por su parte, Marcel Silva expone:

Las consecuencias más importantes de la definición y precisión de principio, con respecto a la regla técnica, radican en que los primeros sí son vinculantes, no simples preceptos optimizadores, y por ende deben ser desarrollados y aplicados por el juez (i) cuando se halle frente a una disposición que lo contradiga —excepción de inconstitucionalidad— o (ii) para llenar las lagunas legislativas, cuando se presenta un vacío legal que violaría el principio por omisión del legislador y el juez debe proteger el derecho constitucional de la persona tomando una decisión sin precedentes.³⁷

³⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

³⁶ Robert, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 67 y 68.

³⁷ Silva, Marcel, *Teoría general del proceso. Una concepción social y democrática del derecho*, Bogotá, Legis Editores, 2020.

A partir de este punto de vista, el autor explica que los principios tienen una validez que no admite excepciones y son el punto de partida, mas no la meta, son obligatorios, no optimizadores, y no admiten excepciones.³⁸ En el mismo contexto, Iván Jaramillo caracteriza los principios de la siguiente manera:

Tienen como característica esencial la inmutabilidad, dada su vocación orientadora, de manera que, generalmente, se mantienen en el tiempo a pesar de los constantes cambios normativos. Ellos mantienen la esencia de un ordenamiento y el objeto del Derecho de orientarse a la realización de la justicia como valor estructural.³⁹

En tal sentido, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 53, indica que el estatuto del trabajo estará cobijado por una serie de principios mínimos fundamentales, que pueden ser aplicados de manera autónoma sin que sea expedido dicho estatuto, por cuanto al desarrollar principios mínimos de naturaleza constitucional "...no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia. Por consiguiente, no es factible argüir la ausencia de un estatuto legal que desarrolle tales principios para desconocerlos, ya que imperan por directo ministerio de la Constitución Política".⁴⁰

No obstante, estos principios mínimos fundamentales no sólo se encuentran descritos en el artículo 53 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); en efecto, muchos se encuentran esparcidos por todo el cuerpo normativo de la norma de normas. En particular, se destacan los principios constitucionales de igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo; irrenunciabilidad a beneficios mínimos establecidos en normas laborales; el principio protector, desarrollado en tres subprincipios, como lo son: favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa; estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre formalidades, establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y progresividad en torno a la mejora de derechos sociales, económicos y culturales.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Jaramillo, Iván, *principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 15.

⁴⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Plena, Sentencia SC-479, diciembre, 1992, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>.

El presente escrito aborda únicamente los principios constitucionales de primacía de la realidad y progresividad, con el objetivo de tratar la problemática de informalidad e inestabilidad en el empleo, generada por la proliferación de aplicaciones informáticas de economía colaborativa en Colombia.

A. Principio de primacía de la realidad

Este principio se identifica con lo expresado por Iván Jaramillo, al considerar que “al Derecho del Trabajo le interesa la situación fáctica que se presente en cada caso particular, sin que las partes puedan pactar actos jurídicos que la desconozcan... El ordenamiento laboral sólo reconoce eficacia a los actos que coinciden sustancialmente con los hechos en cada caso particular”.⁴¹ En síntesis,

...en caso de disconformidad entre lo que sucede en el terreno de los hechos y lo que informan los documentos, debe darse prevalencia a lo fáctico; las partes no están habilitadas para perfeccionar actos jurídicos que desconozcan la situación de hecho que se presente en cada caso. Su aplicación no se agota en el denominado contrato-realidad.⁴²

Dentro de este contexto, un amplio sector de la doctrina colombiana aún considera que el trabajador es aquel subordinado que presta un servicio personal, y que percibe una remuneración, tal como lo dispone el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) colombiano. Sin embargo, de acuerdo con la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo,⁴³ los países miembros deben admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo. En efecto, esta norma orienta la posibilidad de que en la legislación de cada país sean definidos indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo más allá de la clásica concepción descrita en el artículo 23 del CST.

De lo anterior se colige que la nueva realidad laboral, no sólo en Colombia, sino en el mundo, debe admitir la existencia de presupuestos facticos que conlleven en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas a la configuración de relaciones laborales que implican la subor-

⁴¹ *Ibidem*, p. 223.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 18.

dinación, la prestación personal del servicio y la remuneración de los “colaboradores” de las distintas aplicaciones de economía colaborativa, quienes se entenderían verdaderos trabajadores cuya protección legal correspondería a sus empleadores.

Las aplicaciones de economía colaborativa, como se ha dilucidado en esta investigación, denominan independientes a sus colaboradores, y existen indicios suficientes para ser incorporados en sus organizaciones como trabajadores dependientes. En contraste, se evidencia que quienes prestan sus servicios a través de estas plataformas presentan protuberantes menoscabos en sus derechos, por cuanto su situación de informalidad hace que no cuenten con protección de seguridad ni prestaciones sociales, cuyo origen precisamente radica de la relación laboral. Mientras no haya una aplicación inmediata del principio de primacía de la realidad sobre las formas, y no encuentre recibo respecto a la configuración de los elementos que definen la relación laboral, a saber: i) prestación personal del servicio; ii) remuneración por dicha actividad; iii) subordinación (tanto jurídica como económica), y iv) ajenidad (prestación del servicio en favor de otra persona), no se lograrán garantizar los derechos de quienes subsisten prestando sus servicios por medio de App de economía colaborativa.

B. *Principio de progresividad*

De los principios protectores del trabajo, también se resalta el principio de progresividad. Según éste, el derecho laboral colombiano debe propender en que las propuestas legislativas surjan de la mano con la garantía de los derechos adquiridos por los trabajadores, sin que las nuevas leyes vayan en contravía de mínimos irrenunciables, así como velar por la mejora paulatina de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ende,

el principio no tiene la virtualidad de impedir que se adelanten reformas al sistema laboral; el correcto alcance implica que en casos de modificaciones “regresivas” le asiste al legislador una obligación de justificación calificada que las legitime. El principio de progresividad es un parámetro de comportamiento constitucional dirigido al legislador cuando adelante reformas de las normas laborales.⁴⁴

⁴⁴ *Ibidem*, p. 247.

De tal forma, la interpretación adecuada de este principio no se identifica con la petrificación del ordenamiento jurídico colombiano; por el contrario, se caracteriza por ser el eje central sobre el cual deben girar las reformas laborales a través de proyectos de ley propuestos por el órgano Legislativo colombiano. De esta manera, a través de normas debidamente debatidas, consensuadas y aprobadas, se obtienen garantías laborales cada vez más progresivas.

De allí cabe preguntarse qué alternativas legislativas exitosas han logrado regular la situación de personas que prestan sus servicios a través de aplicaciones de economía colaborativa, que mejoren progresivamente sus derechos laborales. Del estudio hecho en el presente artículo no se encontró ninguna dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Como consecuencia, en aras de aplicar efectivamente los principios de primacía de la realidad y progresividad, se propone como principal resultado de esta investigación la construcción legal de un marco de protección laboral ante el vacío jurídico y normativo, que ampare estas nuevas relaciones y formas de prestación de servicio por medio de aplicaciones de economía colaborativa, lo cual es preámbulo del siguiente acápite.

VI. RECONFIGURACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE SEIS PROPUESTAS

Tomando como referencia la publicación denominada *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, en la que se proponen dieciocho criterios para un microtrabajo más justo y se agregan tres criterios adicionales más, tendientes a adaptar la protección social al trabajo en plataformas digitales, en seguida se plantean cinco propuestas específicas como posible solución al problema planteado:

1. Los mal llamados “colaboradores” no pueden seguir siendo calificados como independientes, cuando en la práctica muchos de ellos son verdaderos empleados. La mayoría de las aplicaciones informáticas de economía colaborativa controlan satelitalmente cuándo y dónde trabajan las personas; fijan precios y normas no negociables; controlan disciplinariamente a través de la denominada “tasa de aceptabilidad”; obligan a usar logos y emblemas característicos de la empresa; se presta personalmente el servicio, y la remuneración se vuelve habitual.

2. Garantía de una remuneración igual, mínima, vital y móvil. La legislación colombiana debe asegurar que los trabajos realizados mediante aplicaciones informáticas de economía colaborativa paguen de idéntica forma a todos aquellos que realicen esta labor, sin desconocer el salario mínimo, que satisfaga necesidades básicas y asegurando un aumento anual.
3. Acoplamiento de un sistema integral de seguridad social, de manera que cubra a todos los trabajadores en toda forma de empleo, sin distinción del tipo de contrato. Al respecto, se debe reconocer que el Proyecto de Ley 190 de 2019 “Por medio de la cual se regula el trabajo digital económicamente dependiente realizado a través de empresas de intermediación digital que hacen uso de plataformas digitales en Colombia”, presentado por el senador de la República Rodrigo Lara, en su capítulo 2, buscaba implementar un régimen de seguridad social del “trabajador autónomo económicamente independiente”.⁴⁵ No obstante, se le critica que trata al colaborador como un contratista independiente y hace pagar en partes proporcionales al empleador y al trabajador todos los aportes a la seguridad social, lo cual a todas luces vulnera el principio de igualdad.
4. Reconocimiento del derecho de asociación y negociación colectiva. La legislación debe prever que la mejor forma para mejorar las condiciones laborales de los mal llamados colaboradores es a través del pleno ejercicio del “diálogo social”, llevado a cabo por representantes de trabajadores, representantes de empleadores y el gobierno de turno. En concordancia con el principio de progresividad, cuyo fin último es que las leyes y normas no deben desconocer las garantías ya adquiridas, sino enfocarse en incrementarlas de forma progresiva y a la vanguardia de las nuevas tecnologías que ineludiblemente han reconfigurado el mundo del trabajo.
5. Realizar una interpretación finalista del concepto de trabajador, que permita proteger a la parte débil de la relación contractual, con independencia de la modalidad de vinculación. Para tal fin, se propone ampliar la cobertura del derecho del trabajo, en donde se brinden los

⁴⁵ Proyecto de Ley 190 de 2019 “Por medio de la cual se regula el trabajo digital económicamente dependiente realizado a través de empresas de intermediación digital que hacen uso de plataformas digitales en Colombia”, disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2019-2020/1661-proyecto-de-ley-190-de-2019>.

mismos derechos y garantías para personas que presten sus servicios en beneficio de un tercero.

6. Utilización de la tecnología para facilitar el aseguramiento en seguridad social. Ante los engorrosos trámites documentales que habitualmente son requeridos para poder afiliarse a una persona en los sistemas de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, tanto el gobierno nacional como las plataformas digitales de economía colaborativa y todas las entidades involucradas en estos sistemas están en mora de habilitar trámites totalmente digitales y/o virtuales a través de la utilización de documentación escaneada, firma digital, preguntas de seguridad para corroborar la identidad, con el objetivo de facilitar el trámite de afiliación, el pago periódico de aportes, la posibilidad de que un trabajador quede cubierto por varias aplicaciones de manera simultánea y facilitar mecanismos de acceso, registro y consulta en tiempo real y actualizada.

VII. CONCLUSIONES

A partir del problema abordado al inicio de la presente investigación, se puede expresar que la proliferación de aplicaciones informáticas que prestan servicios de economía colaborativa ha impactado enormemente en el derecho del trabajo, el cual aún está configurado para regular relaciones laborales propias de inicios del siglo XX. Por tal razón, se torna perentorio reglamentar estas nuevas formas de contratación, en virtud de que estas aplicaciones están actuando de manera idéntica a empresas de transporte, domicilios y otros servicios, a un costo mínimo, tergiversando la naturaleza jurídica de la vinculación, degradando los derechos laborales y sociales de las personas vinculadas, disfrazando verdaderas relaciones laborales bajo el ropaje de servicios de intermediación digital, y desconociendo que toda prestación personal de un servicio debidamente remunerada, bajo la dirección y control de otro, debe interpretarse dentro del contexto de “unicidad del derecho”, el cual comprende no sólo lo descrito en una norma, sino que integra tratados internacionales, derechos fundamentales y principios constitucionales de aplicación inmediata en materia laboral. Puntualmente, no se puede seguir tratando a las aplicaciones de economía colaborativa como simples intermediarios digitales, sino que se debe promover una verdadera reconfiguración jurídica, con el fin de amalgamar las nuevas tendencias de contratación, con “la finalidad de lo-

grar la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”⁴⁶ como lo señala el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano. Asimismo, no sobra destacar que el octavo objetivo del Desarrollo del Milenio orbita en torno al trabajo decente y crecimiento económico, en el cual se conmina a los Estados pertenecientes a la Organización de Naciones Unidas (dentro de los cuales está Colombia), a promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes (formales), el emprendimiento, la creatividad y la innovación.

Finalmente, no se puede desconocer que la proliferación de estas aplicaciones ha permitido a un buen porcentaje de habitantes del orbe, tener a su disposición infinidad de servicios que facilitan la ejecución de una amplia variedad de tareas. No obstante, esto ha fomentado una desregulación en ciertos sectores, entre ellos el derecho del trabajo, que, para el caso específico colombiano está en mora de promover alternativas jurídicas en respuesta a estas nuevas formas de contratación, con el objetivo fundamental de asegurar la ocupación de personas de manera decente y digna.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- “Aplicación”, *Diccionario de la lengua española*, RAE, Real Academia Española, 2019, disponible en: <https://dle.rae.es/aplicaci%C3%B3n?m=form>.
- BERG, Janine *et al.*, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Suiza, Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. 1, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf.
- BOTSMAN, Rachel, *En defensa del consumo colaborativo*, Conferencia TedXSydney, 2010, disponible en: https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption?language=es#t-2956.
- CARAZO, Janire, “Economía colaborativa”, *Economipedia*, 2016, disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/economia-colaborativa.html>
- Código Sustantivo del Trabajo, Ley 141 de 1961, Colombia.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa, 2016,

⁴⁶ Código Sustantivo del Trabajo, Ley 141 de 1961, Colombia.

- disponible en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/17/COMUNICACIO_ECONOMIA_COLABORATIVA.pdf
- Constitución Política de la República de Colombia, promulgada en Colombia el 4 de julio de 1991 y publicada en la *Gaceta Constitucional*, núm. 116 del 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala plena, Sentencia SC-479, diciembre, 1992, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Tasa global de participación, ocupación y desempleo*, disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, “Crecimiento e informalidad en Colombia”, 2018, disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Crecimiento%20e%20Informalidad%20en%20Colombia.pdf>.
- Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — La dimensión local y regional de la Economía Colaborativa (2016/C-051/06), *Diario Oficial de la Unión Europea*, diciembre de 2015, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2016_051_R_0006&from=ES.
- DUSZYNSKI, Maciej, *Gig Economy: Definition, Statistics & Trends*, 2021, disponible en: https://zety.com/blog/gig-economy-statistics?gclid=CjwKC.Ajw_-D3BRBIEivAjVMj7Oi9YYozvHPfosaoaoVt9m93EwIZkwKqgFK1b2cVf_8r6AKpjPAeICRoC5SnQAvD_BwE_.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.
- FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N., “The Legal Construction of Personal Work Relations”, Oxford, 2011.
- FundéuRAE. Fundación promovida por la Agencia EFE y por la Real Academia Española (RAE), Aplicación, alternativa a app, 2014, disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/aplicacion-alternativa-a-app/>.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto *et al.*, *Metodología de la investigación*, 6a. ed., México, McGraw-Hill, 2014.
- JARAMILLO, Iván, *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- “Las devastadoras consecuencias de la informalidad en Colombia”, *Revista Semana*, Bogotá, D. C., disponible en: <https://www.dinero.com/economia/articulo/los-problemas-y-las-consecuencias-de-la-informalidad-en-colombia/239203>.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), núm. 111, junio de 1960, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio sobre la política del empleo, núm. 122, julio de 1966, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C122.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración de Filadelfia, 10 de mayo de 1944, disponible en: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los beneficios de las normas*, disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/the-benefits-of-international-labour-standards/lang-es/index.htm>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Recomendación sobre la relación de trabajo*, núm. 198, 2006, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Tratado de Versalles, abril de 1919.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- Proyecto de Ley 190 de 2019 “Por medio de la cual se regula el trabajo digital económicamente dependiente realizado a través de empresas de intermediación digital que hacen uso de plataformas digitales en Colombia”, disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2019-2020/1661-proyecto-de-ley-190-de-2019>.
- QUINTERO RAMÍREZ, María Isabel, “Economías colaborativas, nuevas tendencias de consumo y retos para Latinoamérica y Colombia”, *Revista Campos en Ciencias Sociales*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, vol. 6, núm. 2, 2018, disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/campos/article/view/4032>.
- ROBERT, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ROSENBAUM, Federico, “El trabajo en plataformas digitales y el derecho del trabajo”, *XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2019*, Córdoba, 2019, disponible en: <https://www.academia.edu/40299735/>

EL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO

- SÁNCHEZ, José y RODRÍGUEZ, Eduardo, *Manual para la defensa de la libertad sindical*, 4a. ed., Lima, Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2013, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_236112.pdf.
- SILVA, Marcel, *Teoría general del proceso. Una concepción social y democrática del derecho*, Bogotá, Legis Editores, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Revista de Relaciones Laborales, Lan Harremanak*, Universidad de Valencia, España, núm. 41, junio de 2019, disponible en: <https://orcid.org/0000-0001-7538-4764>.
- VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, “Economía colaborativa y laborabilidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, España, vol. 2, 2017, pp. 461-473, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf.
- VITERI, Joaquín, *Derecho colectivo del trabajo*, Quito, Produgrafil, 2006.

SISTEMA DE SALUD: GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO*

HEALTH SYSTEM: INSTITUTIONAL GUARANTEE
OF THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION
IN MEXICO

SYSTEME DE SANTE : GARANTIE INSTITUTIONNELLE
DE LA DROIT A LA PROTECTION DE LA SANTE
AU MEXIQUE

María Magaly VARGAS RUIZ**

RESUMEN: En México, el derecho a la salud está protegido constitucionalmente; impone al Estado una obligación progresiva, sujeta a la capacidad financiera. El sistema de salud es la garantía institucional para su instrumentación; este sistema fue reformado recientemente, el 29 de noviembre de 2019, con objeto de otorgar gratuitamente servicios de salud, medicamentos y demás insumos a la población sin seguridad social, así como para lograr la adecuada integración y articulación de sus instituciones.

El objetivo de este trabajo es analizar el sistema de salud mexicano como responsable de la garantía institucional del derecho a la salud. Para ello, se realizó un análisis legislativo de la reforma a la legislación relacionada con la protección del derecho a la salud, comparado con la inmedia-

* Recibido el 27 de junio de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

Este trabajo fue realizado con el apoyo del Programa de Becas Posdoctorales de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la tutoría de la doctora María del Pilar Hernández Martínez, adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Coordinación de Humanidades.

** Licenciatura de contador público y maestría en administración de servicios de salud; doctorado en ciencias sociales y políticas que ofrece la Universidad Iberoamericana, dentro del Programa de Formación de Alto Nivel para la Administración Pública Federal, con el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología con trabajo doctoral sobre los determinantes sociales de la población usuaria del Programa Caravanas de la Salud.



ta anterior. Resultados. Se encontró que la última reforma del sistema de salud implicaría una importante modificación estructural, así como de sus fuentes de financiamiento; sin embargo, al no modificarse de forma sustancial la organización del sistema de salud, se limita a un cambio normativo influenciado por el contexto político y sus principales actores, más que por la necesidad de garantizar institucionalmente el derecho a la salud hacia la cobertura universal independientemente del estatus laboral o del tipo de ciudadanía. La inclusión de los derechos fundamentales en el ámbito de la salud implica la implementación de políticas públicas dirigidas al acceso universal y equitativo a la salud; sin embargo, la fragmentación del sistema de salud es todavía el principal reto.

Palabras clave: derecho a la salud, cobertura universal, México

ABSTRACT: In Mexico, the right to health is constitutionally protected; It imposes a progressive obligation on the State, subject to financial capacity. The Health System is the institutional guarantee for its implementation; This System was recently reformed, on November 29, 2019, to provide free health services, medicines and other supplies to the population without social security; as well as, to achieve the adequate integration and articulation of its institutions. Objective. Analyze the Mexican Health System as responsible for the institutional guarantee of the right to health. Methodology. A legislative analysis of the reform of the legislation related to the protection of the right to health was carried out, compared vs. the immediately preceding one. Results. It was found that the latest reform of the Health System would imply an important structural modification; as well as its sources of financing; However, as the organization of the health system is not substantially modified, it is limited to a nominal change influenced by the political context and its main actors, rather than by the need to institutionally guarantee the right to health towards universal coverage independently. of employment status or type of citizenship. Conclusions. The inclusion of fundamental rights in the field of health implies the implementation of public policies aimed at universal and equitable access to health; however, the fragmentation of the Health System is still the main challenge.

Keywords: Right to health, universal coverage, Mexico

Résumé: Au Mexique, la protection de la santé est protégée par la Constitution ; Elle impose une obligation progressive à l'Etat, sous réserve de sa capacité financière. Le Système de Santé est la garantie institution-

nelle de sa mise en œuvre ; Ce système a été récemment réformé, le 29 novembre 2019, afin de fournir gratuitement des services de santé, des médicaments et d'autres fournitures à la population sans sécurité sociale; ainsi que pour parvenir à une intégration et une articulation adéquate de ses institutions. Objectif. Analyser le système de santé mexicain en tant que responsable de la garantie institutionnelle de la protection de la santé. Méthodologie. Une analyse législative de la réforme de la législation relative à la protection du droit à la santé a été réalisée, comparée vs. celui qui précède immédiatement. Résultats. Il a été constaté que la dernière réforme du système de santé impliquerait une modification structurelle importante ; ainsi que ses sources de financement ; Cependant, comme l'organisation du système de santé n'est pas substantiellement modifiée, elle se limite à un changement nominal influencé par le contexte politique et ses principaux acteurs, plutôt que par la nécessité de garantir institutionnellement le droit à la santé vers une couverture universelle indépendamment de l'emploi, statut ou type de citoyenneté. Conclusion. L'inclusion des droits fondamentaux dans le domaine de la santé implique la mise en œuvre de politiques publiques visant un accès universel et équitable à la santé ; cependant, la fragmentation du système de santé reste le principal défi.

Mots-clés: protection de la santé, couverture universelle, Mexique.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes de la organización de los sistemas de salud.* III. *El Sistema Nacional de Salud mexicano.* IV. *Derecho a la salud.* V. *Garantía institucional del derecho a la salud.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes consultadas.*

I. INTRODUCCIÓN

En México, el derecho a la salud está protegido en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; al ser de naturaleza programática, obliga al Estado a un hacer positivo, que, indiscutiblemente, como todos los derechos que comparten la misma característica, está sujeto a la capacidad financiera del Estado.¹ El derecho a la

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o., disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>.

salud, como derecho constitucional, impone al Estado la obligación progresiva de protección y dar prioridad a los grupos más vulnerables y desfavorecidos. La inclusión de las obligaciones convencionales, universales y regionales del Estado mexicano implican el reconocer la importancia del acceso universal y equitativo a la salud; lamentablemente, las características del sistema de salud han sido y continúan siendo un desafío al que se enfrentan las políticas sociales y de desarrollo, y se constituye como un reto al implementar políticas públicas eficientes para su garantía.²

La forma instrumental a través de la cual surte dicha obligación es el sistema de salud, el cual ha atravesado tres modificaciones de carácter estructural: la primera a partir de 1983, denominada “el cambio estructural de la salud”, que implementa una reforma normativa, mediante la que se eleva a rango constitucional el derecho a la protección de la salud; la segunda, impulsada en la administración pública federal (APF) 2001-2006, considera cambios en la protección social en salud en tres dimensiones: contra riesgos en salud, los usuarios de los servicios de salud y la financiera con la creación del Sistema De Protección Social En Salud.³

La tercera es realizada por la actual APF (2018-2024), con la transformación del Sistema de Protección Social en Salud a Instituto de Salud para el Bienestar, el 29 de noviembre de 2019, con objeto de garantizar la provisión gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados a la población sin seguridad social, así como impulsar, en coordinación con la Secretaría de Salud en su calidad de órgano rector, acciones dirigidas a la adecuada integración y articulación de las instituciones públicas que lo integran.⁴

En este contexto, la búsqueda de soluciones en la garantía del derecho a la protección de la salud a través de la implementación de políticas públicas enfocadas al sistema de salud sustentan la necesidad del desarrollo del presente trabajo, que tiene por objetivo analizar el impacto de las políticas públicas en la estructura del sistema de salud mexicano como responsable de la garantía institucional del derecho a la salud de la población mexicana. Para ella, se presentan los antecedentes de la organización de sistemas de salud como sustento de la evolución del sistema de salud mexicano, asimismo, mediante

² Organización Panamericana de la Salud (OPS), (2020). Secretaría de Salud, “Memoria documental. Aportes normativos en el ejercicio del derecho de la salud 2001-2006”, México, 2007.

³ Secretaría de Salud, “Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000”, 1996.

⁴ Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI), 2020, disponible en: <https://www.gob.mx/insabi>.

análisis legislativo comparado, se aborda el derecho a la salud, y se identifican las instituciones dispuestas para su garantía.

Se desarrolla este tema por su trascendencia y oportunidad de proponer investigación social, que aporte información sistemática y de calidad, útil para la implementación de políticas públicas basadas en la evidencia.

II. ANTECEDENTES DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SALUD

Se entiende por “sistema de salud” la red de servicios con el objetivo de proporcionar a la población un nivel óptimo de salud, para proteger el riesgo de enfermedad, y satisfacer las necesidades individuales de salud y la distribución de los servicios de salud de manera equitativa. Sus funciones incluyen la prestación de servicios de salud, financiamiento, generación de recursos, supervisión y regulación.⁵

Después de la Primera Guerra Mundial, surge la necesidad de reorganizar los gobiernos, y con ello los sistemas de salud. El primer antecedente relacionado con la organización de los servicios de salud centrados en la actualmente denominada atención primaria de salud (APS), y enfocado hacia valores como la cobertura universal, se dio en Reino Unido, cuando las mayores obligaciones impuestas a las dependencias gubernamentales evidenciaron las enormes deficiencias en la organización de ese país, para lo cual se creó un Ministerio de Reconstrucción, que en 1918 publicó su informe y recomendaciones; la principal motivó la creación del Ministerio de Salud inglés en 1919.

Este informe enfatiza que por razones de eficiencia y costo-beneficio, la disponibilidad general de los servicios médicos sólo podía asegurarse mediante una organización nueva y ampliada, distribuida en función de las necesidades de la comunidad. El principal aporte del informe Dawson es el planteamiento de niveles interconectados en el ámbito de regiones.⁶

⁵ Pan American Health Organization, “Biblioteca Virtual. Descriptores en Ciencias de la Salud (DeCS)”, OPS, 2020, disponible en: <http://decs2020.bvsalud.org/cgi-bin/wxis1660.exe/decsserver/>.

⁶ Consejo Consultivo de Servicios Médicos y Afines, “Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines. Informe provisional presentado al Ministerio de Salud de la Gran Bretaña en 1920”, traducción al castellano del *Dawson Report on the Future Provision of Medical Allied Services*, 1920, por la Oficina Sanitaria Panamericana. Publicado con el permiso de H. M. Stationery Office, Londres, propiedad del gobierno del Reino Unido, publicación científica no. 93. Organización Panamericana para la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la OMS, 1964.

A lo largo de los años, las recomendaciones planteadas en el informe sientan las bases en la forma de concebir un sistema de salud; para 1978, estas concepciones motivaron el cambio de paradigma, con la aparición del movimiento en pro de la atención primaria de salud, en la Conferencia de Alma-Ata, como acción para afrontar la desigualdad en salud originada por la situación socioeconómica y política en todos los países.⁷

En la Declaración de Alma-Ata se establecen los valores a los que deben aspirar los sistemas de salud: equidad, justicia social, derecho a una mejor salud para todos, participación y solidaridad; el impulso de estos valores requeriría de su modificación organizacional para una mejor operación en articulación con los demás sectores. La traducción de esos valores en reformas ha sido desigual; no obstante, la equidad en salud ha sido una prioridad en el discurso político.

La propuesta de Alma-Ata estaba dirigida a que el derecho a la salud se garantizara mediante al diseño de sistemas de salud nacionales equitativos basados en la APS; sin embargo, a lo largo de cuarenta años esta premisa se ha modificado hacia la cobertura universal en salud, por lo que la nueva declaración 2018 reposiciona a la APS como eje para la construcción de sistemas de nacionales de salud enfocados a lograr la salud para todos, considerando el contexto socioeconómico y los factores multiculturales.⁸

Las nuevas recomendaciones emitidas en esta Conferencia se establecen a partir de la premisa de la responsabilidad del Estado en la garantía del derecho a la salud; en ese marco, se alinea a tres ejes: 1) modelos de atención basados en las personas y en las comunidades con intervenciones intersectoriales; 2) procesos políticos e instituciones como factores de cambio en los sistemas de salud y del fortalecimiento de los sistemas de protección social, y 3) los recursos fundamentales: humanos, económicos y de tecnologías de salud, así como la organización institucional, a través de la que se define la disponibilidad de los recursos.⁹

⁷ Organización Mundial de la Salud, “Informe sobre la salud en el mundo 2008. La atención primaria de salud, más necesaria que nunca”, Organización Mundial de la Salud (OMS), 2009, pp. 6-8, disponible en: <https://www.who.int/wbr/2008/es/>

⁸ Rovere, M., “La atención primaria en la encrucijada: desplegar su potencial transformador o quedar instrumentados en una nueva ofensiva privatizadora”, *Saúde em Debate*, 2018, 42, p. 316, disponible en: <https://www.scielosp.org/article/sdeb/2018.v42nspe1/315-327/>

⁹ Organización Panamericana de la Salud (OPS), “Salud universal en el siglo XXI: 40 años de Alma-Ata”, Informe de la Comisión de Alto Nivel, edición revisada, OPS, 2019, pp. 14 y 15. DOI: <https://doi.org/10.37774/9789275320778>, disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/50960>.

Este informe enfatiza que para la garantía del derecho a la salud, las instituciones deben orientarse hacia el acceso universal en la provisión; en este marco, la implementación del modelo de atención basado en la APS debe considerar las características de la población que se debe atender (localidad, actividades económicas, estructura social, contexto cultural, entre otras). Además, señala la importancia de la plena accesibilidad como condición indispensable para el ejercicio del derecho a la salud. Por otro lado, la aportación de esta nueva propuesta es la consideración de la diversidad humana como aspecto clave para el diseño de las intervenciones por parte del Estado dentro del modelo de los derechos humanos que garanticen la equidad y la dignidad. En este marco, se reconoce que la desigualdad social afecta el desarrollo social, que a su vez genera inequidades en salud.

A pesar de los diversos contextos socioeconómicos y políticos de los países, se han presentado importantes logros y enseñanzas relacionados con la APS; sin embargo, con el fin de no retroceder, es necesario abordar los problemas de salud emergentes y reemergentes, como el envejecimiento poblacional, la atención a grupos vulnerables, la salud materno-perinatal e infantil, la salud ambiental, adiciones de nutrición, entre otras, lo que resulta en la necesidad de replantear y rediseñar las estrategias e intervenciones a partir de análisis y evidencia científica, con el fin de fortalecer la APS como estrategia para la eliminación de inequidades en salud y lograr la salud universal y el desarrollo sostenible; lo anterior, es indispensable para avanzar con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, específicamente en el objetivo 3 “Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”.¹⁰

En este marco, la importancia de la relación entre la salud como derecho humano con el desarrollo socioeconómico y con la paz mundial justifica la necesidad de la modificación de los sistemas de salud para atender los compromisos de la APS establecidos en Alma-Ata, otorgan al Estado la responsabilidad de la planeación y prestación de servicios de salud como una de sus principales funciones, para lo que resulta indispensable tanto la voluntad política como la movilización y utilización racional de recursos.¹¹

¹⁰ Comité Regional de la OMS para las Américas, “Informe Anual del director de la Oficina Sanitaria Panamericana. Atención primaria de salud: ha llegado el momento?”, CD56/3, Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, Oficina Regional para las Américas, agosto 2018, pp. 5, 6 y 25.

¹¹ Ejecutivo, C., “Evaluación: actualización y proyecto de plan de trabajo para 2020-2021 (no. EB146/38 Add.1)”, Organización Mundial de la Salud, 2019, p. 3, disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB146/B146_38.Add1-sp.pdf.

III. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD MEXICANO

El Sistema Nacional de Salud mexicano se fundó en 1943, en respuesta a las necesidades de ese entonces, con la creación de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, hoy Secretaría de Salud (SS), y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); con esto se inicia una etapa de creación de instituciones y se sientan las bases de la organización sanitaria. Estructuralmente, se trata de un sistema fragmentado; esto es, se segmenta en población objetivo, integración y responsabilidad de sus funciones esenciales: regulación, financiamiento y servicios.¹²

En México, el sistema de servicios de salud se divide en tres grandes subsectores: 1) las instituciones de seguridad social; 2) los servicios de salud pública de la Secretaría de Salud, y 3) el subsector privado.¹³ En general, los segmentos funcionan en paralelo; cada institución desarrolla sus propias funciones de financiamiento y provisión de servicios. Existe poca coordinación entre proveedores, y cada uno tiene su propia red de unidades de atención primaria y hospitales de segundo y tercer nivel.

La Secretaría de Salud es el ente regulador; el financiamiento es una mezcla público-privado, y difiere el esquema en cada institución; en la seguridad social, el financiamiento es público y privado, de contribución tripartita: estatal y cuotas obrero-patronales. Por su parte, para la población sin seguridad social, el financiamiento es público, mientras que el sector privado se financia de fuentes privadas (gasto de bolsillo), y la investigación de una mezcla de público y privado.

La población objetivo de estas instituciones se divide en asalariados que cuentan con acceso a las instituciones de seguridad social; los trabajadores al servicio del Estado, cubiertos por diversos institutos de seguridad social; el resto de la población, denominada “abierta”, sin relación laboral formal, con acceso a instituciones públicas, como la Secretaría de Salud y el Programa IMSS-Oportunidades, actualmente denominado IMSS-Bienestar.

Para hacer frente a las necesidades de salud, el Sistema de Salud mexicano otorga servicios médicos de nivel primario, secundario y terciario. Cada subsector atiende a sus afiliados por medio de sus propios modelos y esquemas

¹² Secretaría de salud, *Salud México 2006. Información para la rendición de cuentas*, México, 2007.

¹³ Organización Panamericana de la Salud (OPS), “Perfil del sistema de servicios de salud”, Programa de Organización y Gestión de Sistemas y Servicios de Salud, División de Desarrollo de Sistemas y Servicios de Salud, México, 1998.

de atención, lo que produce una superposición de coberturas en determinadas regiones.

En su evolución, el Sistema de Salud ha presentado tres reformas importantes: en los años ochenta se inicia la descentralización de los servicios del sector salud. En este periodo la política se dirige a efectivizar el derecho a la protección de la salud mediante el establecimiento y consolidación del Sistema Nacional de Salud, a través de cinco estrategias macro: la sectorización, la descentralización, la modernización administrativa, la coordinación intersectorial y la movilidad social.¹⁴

Durante el periodo 1984-2000 se dio prioridad a la implementación y fortalecimiento de la descentralización de los servicios de salud. En la administración pública federal (APF) 2000-2006, la política social se enfoca en la creación de activos generadores de ingresos en tres direcciones: de capacidades básicas, patrimoniales, y protección contra riesgos sanitarios. El Programa Nacional de Salud 2001-2006 “La democratización de la salud en México: hacia un sistema universal de salud”, identifica como retos la equidad, la calidad, y la protección financiera.¹⁵

En este sexenio (2000-2006) la política de salud se inicia con propuestas jurídicas sustantivas y estructurales a la Ley General de Salud, en tres dimensiones de la protección de la salud: 1) la protección contra riesgos a la salud; 2) la protección de los usuarios de los servicios de salud, y 3) la creación del Sistema de Protección Social en Salud (SPSS).¹⁶ Esta reforma reconoce la importancia de fortalecer la función rectora de la Secretaría de Salud, lo que implica la reorganización del Sistema de Salud, con el fin de fortalecerlo, la mejora de la calidad y la eficiencia de los servicios de salud, así como la búsqueda de la cobertura universal basada en la ciudadanía y no en el estatus laboral; en ese sentido, el Seguro Popular se crea como mecanismo de financiamiento de los servicios de salud a la población sin seguridad social.¹⁷

¹⁴ Secretaría de Salubridad y Asistencia, “Programa Quinquenal del Sector Salud y Seguridad Social (1978-1982)”, Subsecretaría de Planeación, México, 1979, pp. 1-32; Cámara de Diputados, “Informes presidenciales-Miguel de la Madrid Hurtado”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012.

¹⁵ Secretaría de Salud, “Memoria Documental. Aportes Normativos en el Ejercicio del Derecho de la Salud 2001-2006”, México, 2007; Cámara de Diputados, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, “Informes presidenciales-Vicente Fox Quesada”, 2006.

¹⁶ Cámara de Diputados, “Informes presidenciales-Ernesto Zedillo Ponce de León”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.

¹⁷ Knaul, F. M.; González-Pier, E., Gómez-Dantés, O.; García-Junco, D.; Arreola-Ornelas, H.; Barraza-Lloréns, M., Frenk, J., “Hacia la cobertura universal en salud: protección

El Sistema Nacional de Salud en México integra las instituciones a través de las que se garantiza el derecho a la protección de la salud, como responsable de satisfacer las necesidades en salud de la población; a partir de 2000 se mantiene sin grandes modificaciones a lo largo de tres periodos presidenciales encabezados por diferentes partidos políticos.

Cabe mencionar que al término de la APF 2012-2019 la evaluación externa 2018 encontró que durante el periodo 2008-2018 se redujo la falta de acceso a servicios de salud (medida a través de la afiliación al Seguro Popular); sin embargo, se identificaron diversos retos del sistema de salud, que impactan en los indicadores de resultados en salud, como la mortalidad materna, los cuales se relacionaron principalmente con la heterogeneidad de la calidad entre la federación y las entidades federativas, el financiamiento basado en la afiliación, la duplicidad de coberturas, y la falta de capacidad institucional para atender la demanda de servicios.¹⁸

En este contexto, la última reforma a la LGS considera la definición de un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de la población sin seguridad social, para lo que se crea el Instituto de Salud para el Bienestar (Insabi), en sustitución de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud (CNPSS), lo cual representa una importante modificación estructural y organizacional del Sistema de Salud, así como de sus fuentes de financiamiento.

El Insabi es un organismo descentralizado de la APF, con personalidad jurídica y patrimonio propios, sectorizado en la Secretaría de Salud, que tiene por objeto “proveer y garantizar la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados a todas las personas sin seguridad social, incluidos extranjeros, sin importar su estatus migratorio”. Está sustentado en servicios de salud gratuitos en el primero y segundo nivel de atención para personas sin seguridad social; garantía de medicamentos y otros insumos para la salud, y financiamiento suficiente, lo que implica el fortalecimiento del primer nivel de atención; en este marco, el Insabi impulsará, en coordinación con la

social para todos en México”, *Salud pública de México*, 2013, 55, pp. 207-235, disponible en: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/spm/v55n2/v55n2a13.pdf.

¹⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), Sistema de Protección Social en Salud: Seguro Popular y Seguro Médico Siglo XXI”, Coneval, 2018, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Seguro_Popular_Seguro_Medico_Siglo_XXI.pdf.

Secretaría de Salud, acciones orientadas a lograr una adecuada integración y articulación de las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud.¹⁹

A partir del vínculo entre las garantías institucionales con los derechos fundamentales, el Sistema de Salud en México integra las instituciones a través de las que se garantiza el derecho a la salud, como responsable de satisfacer las necesidades en salud de la población; en ese sentido, tiene como exigencias la democratización y la seguridad jurídica, de acuerdo con la concepción del Estado de derecho en la que se enmarca.

El sistema de salud es determinado por el contexto socioeconómico y político de la época; para el logro de sus objetivos depende de las instituciones, las cuales son reguladas por marcos normativos y legales, para la ejecución de acciones, y, por lo tanto, para el logro de los objetivos relacionados con la garantía del derecho a la salud. Las acciones en salud pública implican la implementación de estrategias para la organización estructural y la disposición de recursos e infraestructura, con el fin de proporcionar servicios de salud correspondientes a la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico y tratamiento de padecimientos, así como de rehabilitación; considera además la coordinación de acciones en los diferentes niveles de atención. Lo anterior, requiere de la participación del Estado en el financiamiento y la prestación de servicios de salud en los diferentes niveles de atención, lo que justifica el fortalecimiento de su función como ente regulador del Sistema.²⁰

IV. DERECHO A LA SALUD

La necesidad de considerar los derechos humanos en las políticas públicas tiene el fin de que la acción del Estado garantice la dignidad humana. Las crecientes demandas sociales exigen una cobertura en salud universal tanto en el ámbito global como nacional, lo que ha influido en las agendas políticas, situándola como tema prioritario; esto, debido a que la promoción y la protección de la salud son factores importantes para el bienestar humano y el desarrollo socioeconómico.²¹

¹⁹ “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de noviembre de 2019, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lins/lins_ref10_29nov19.pdf.

²⁰ Frenk, J., *La salud de la población. Hacia una nueva salud pública*, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 54, 55, 95 y 96.

²¹ López, S.; Vertiz, J.; Jarillo, E.; Garrido, F.; Villa, B., *El sistema integral de calidad en salud. Una mirada crítica*, Instituto Nacional de Salud Pública, 2014, pp. 117 y 118, disponible

El derecho a la salud como protección surge con la modificación de la naturaleza jurídica de los derechos humanos, de exigibilidad individual a colectiva, lo que obliga a su protección mediante normas jurídicas nacionales o internacionales; esta protección se otorga de manera colectiva (a toda la población), pero también de manera especial (a grupos de prioritarios o vulnerables), bajo el valor de la no discriminación y los principios de progresividad y no regresividad. A su vez, como derecho humano, la salud debe ofrecerse de manera integral, de acuerdo con el principio de indivisibilidad e interdependencia, ya que involucra otros derechos humanos, como al trabajo, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, entre otros. Lo anterior, define las diversas formas de actuación del Estado: obligaciones, respeto, cumplimiento y protección, así como la obligación de establecer las bases para el acceso a los servicios de salud.²²

En ese sentido, se han introducido diversas leyes que contemplan los derechos sociales (en este caso el de la protección de la salud), que han enmarcado el diseño e implementación de la política social, estrategias y acciones, dirigidas a la búsqueda de una distribución más equitativa de los beneficios del desarrollo y crecimiento.

El derecho a la salud se considera en la Constitución de 1917; pero se limita inicialmente a la protección de la salud de la clase trabajadora, no como derecho para todos los ciudadanos. El derecho a la protección a la salud se introduce en la Constitución en 1983, con el fin de garantizar el acceso universal a servicios de salud, especificándose que el acceso depende de diferentes bases y modalidades; no obstante, no se establece con claridad ni se contemplan los valores de universalidad y obligatoriedad; y no es hasta la reforma de 2003, con la creación del Seguro Popular, cuando se definen los mecanismos para otorgar la protección social en salud a la población abierta de acuerdo con sus necesidades y no con los recursos disponibles.²³

en: https://www.academia.edu/10800936/El_Sistema_Integral_de_Calidad_y_derecho_a_la_salud_en_México; Organización Mundial de la Salud, “Informe sobre la Salud en el Mundo. La Financiación Dos Sistemas de Salud-El Camino Hacia la Cobertura Universal”, Organización Mundial de la Salud (OMS), 2010, pp. 13-16, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44373/9789243564029_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²² Garfias, M. E. L., *El derecho a la salud en México. Problemas de su fundamentación*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_DerSaludMexico.pdf.

²³ Mayer-Serra, C. E., “El derecho a la protección de la salud”, *Salud pública de México*, 2007, 49, pp. 144 y 155, disponible en: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/spm/v49n2/a10r49n2.pdf.

Actualmente, el artículo 4o. de la Constitución tiene entre sus objetivos garantizar el derecho a la protección de la salud a todas las personas. Este artículo fue reformado en 2020, mediante la adición de la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social, para lo que prevé la definición de un sistema de salud para el bienestar.

En el artículo 2o. de la LGS se establecen las finalidades del derecho a la protección de la salud enfocadas al bienestar físico y mental de la persona; en la última reforma se incorporaron a la fracción IV de este artículo, párrafos relativos al “disfrute de servicios de salud y de asistencia social”, orientados a la satisfacción eficaz y oportuna de las necesidades de la población; además de la gratuidad en la prestación de los servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados, en el caso de las personas sin seguridad social.²⁴

Los derechos humanos, de acuerdo con María del Pilar Hernández, “están en constante evolución desde su positivación”, lo que representa el principio de mérito,²⁵ como estándar para mejorar las condiciones de vida de una sociedad, tanto en lo individual como en lo colectivo; al determinar “las exigencias de la dignidad de la persona humana”, debido a que están en constante cambio influidos por el contexto sociocultural y económico, lo que resulta en una de las características sustantivas de los derechos humanos: la progresividad.²⁶

En ese sentido, la atención de la salud como derecho social requiere de la definición de intervenciones en salud que puedan ser otorgadas y exigibles por los residentes del país independientemente de su ciudadanía, condición socioeconómica o laboral; esto implica una reestructura organizativa, pero también la redefinición de los mecanismos financieros para garantizar la universalidad de los servicios de salud.²⁷

En este marco, el 4 de diciembre de 2020 se publicó en el *DOF* la reforma a la Ley General de Salud, en el título primero, artículo 2o., numeral V,

²⁴ Ley General de Salud, última reforma publicada, *DOF*, 4 de diciembre de 2020, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Salud.pdf.

²⁵ El principio de mérito también es denominado “integralidad maximizadora del sistema de derechos humanos”, en Hernández, M. P., *op. cit.*, p. 96.

²⁶ Hernández, M. P., “De la progresividad de los derechos humanos en la hermenéutica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cómo ha entendido la SCJN lo derecho en la historia y hoy en día”, SCJN, 2018, pp. 95 y 96, disponible en: <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2018/000292972/000292972.pdf>.

²⁷ Gómez-Dantés, O. y Frenk, J., “Ethics and Public Health: Definition of Priorities in the Mexican Health Reform”, *Acta Bioeth*, 2020, 26(2), p. 191, disponible en: <https://revistahistoria-indigena.uchile.cl/index.php/AB/article/view/59888>.

correspondiente a las finalidades del derecho a la protección de la salud se incorpora la gratuidad en la prestación “de servicios de salud, medicamentos y demás insumos”.

En el artículo 3o., la LGS establece que la atención médica gratuita se otorgará a la población sin seguridad social por parte de las “entidades federativas que celebren acuerdos de coordinación”, para lo que la Secretaría de Salud se auxiliará del Instituto de Salud para el Bienestar.²⁸ La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general corresponde al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Salud: organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí misma, o en coordinación con las entidades de su sector en materia de atención médica; coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud; Programa Nacional de Prevención, Atención y Control del VIH/sida e Infecciones de Transmisión Sexual; prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos, y el programa contra la farmacodependencia; el control sanitario de los establecimientos dedicados al proceso de los productos sanitarios, publicidad de las actividades, productos y servicios, de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células, así como la sanidad internacional.²⁹

V. GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

La necesidad de garantizar el derecho universal a la salud como responsabilidad del Estado implica la gratuidad, la solidaridad, la redistribución, la universalidad con cobertura integral e integrada de servicios, así como el financiamiento con recursos públicos. Lo anterior conlleva replantear la política pública de desarrollo que promueva la equidad social, a través de la creación o consolidación de un “Sistema Único de Salud” con cobertura universal, sustentable financieramente, eficiente y de calidad, basado en la descentralización y desburocratización, con entidades jurídicas autónomas, articuladas entre sus instituciones y programas, que dé cobertura a toda la población independientemente de su estatus laboral; que considere la implementación de programas sociales intersectoriales, como educación, alimentación, vivienda, entre otros. Sin embargo, los problemas para instrumentar la política de salud no sólo son político-ideológicos, sino que presentan una mayor complejidad,

²⁸ LGS, 2020, artículo 7o., fracción II.

²⁹ LGS, 2020, artículo 13, inciso A, fracción II.

al ser además de orden económico e institucional. La institucionalidad como dimensión a través de la que el Estado dispone de las estructuras preexistentes para la ejecución de sus políticas, las cuales no han podido ser sustituidas, lo que ha sido un obstáculo en la construcción de un sistema de salud unificado.³⁰

Respecto al diseño de políticas públicas, Gómez-Dantés y Frenk exponen la necesidad de considerar supuestos éticos que contribuyan a su aceptabilidad y logro de objetivos. En ese sentido, apuntan sobre la problemática de establecer prioridades con justicia, para lo que se han empleado diversas teorías y metodologías,³¹ a pesar de que apuntan que no existe un consenso sobre los principios para el logro de la distribución justa, lo que representa un problema de justicia social, que tiene implicaciones de equidad y transparencia de los procesos de toma de decisiones y asignación de recursos.³²

A partir del vínculo entre las garantías institucionales con los derechos fundamentales, el Sistema de Salud en México integra y organiza las instituciones a través de las que se garantiza el derecho a la salud, como responsable de satisfacer las necesidades en salud de la población; en ese sentido, tiene como exigencias la democratización y la seguridad jurídica, de acuerdo con la concepción del Estado de derecho en la que se enmarca. El marco del sistema de protección en salud es la vía institucional para garantizar el derecho a la salud por parte del Estado, lo que justifica su función como ente regulador para el financiamiento y la organización de la prestación de los servicios de salud en los diferentes niveles de atención.

³⁰ Laurell, A. C., “La política social y de salud en América Latina: un campo de lucha política”, *Cadernos de Saúde Pública*, 2017, 33, supl. 2, pp. 1-4, disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2017001400301&script=sci_arttext&tlng=es; Laurell, A. C., y Giovannella, L., “Health Policies and Systems in Latin America”, in *Oxford Research Encyclopedia of Global Public Health*, 2018, disponible en: <https://oxfordre.com/publichealth/publichealth/view/10.1093/acrefore/9780190632366.001.0001/acrefore-9780190632366-e-60>.

³¹ La teoría utilitarista se ha aplicado ampliamente con el fin de identificar la alternativa de intervención que “mejore la suma total del bienestar” de la población, en Gómez-Dantés, O. y Frenk, J., “Ethics and Public Health...”, *cit.*, p. 190. En salud, a pesar de que se han desarrollado diversas metodologías para medir el bienestar como índices de estados de salud o carga de la enfermedad; y se han aplicado técnicas económicas para la priorización de las acciones, para la estimación de los costos y los beneficios para la salud de las diferentes alternativas (costo-efectividad y el costo-beneficio); sin embargo, no han sido suficientes para la medición del bienestar, debido a que no contemplan las variaciones individuales en las preferencias, que pueden ser determinadas por diversos tipos de factores, en Gómez-Dantés, O. y Frenk, J., “Ethics and Public Health...”, *cit.*, p. 190.

³² Gómez-Dantés, O. y Frenk, J., “Ethics and Public Health...”, *cit.*, pp. 189-194.

Según Reyes-Morales *et al.*, la iniciativa de la última reforma a la LGS es limitada respecto al sustento conceptual y contextual, para garantizar el derecho a la atención de la salud y la equidad en el acceso, debido al limitado desarrollo de aspectos importantes de la iniciativa: estructura y organización del sistema de salud, función rectora, tipos y formas de financiamiento, así como lo relacionado con los costos y el impacto presupuestal asociados a la implementación de esta reforma, para lo que recomiendan su enriquecimiento a través foros con la participación de los proponentes y diversos actores, como los tomadores de decisiones, la comunidad científica y la sociedad, con el fin de implementar políticas públicas en salud basadas en la evidencia.³³

El sistema de salud ha pasado tres modificaciones; a través del proceso de descentralización se estableció la concurrencia entre la federación y las entidades federativas, lo que continúa siendo la base de la última reforma a la LGS, ya que aún corresponde a los estados la provisión de servicios, principalmente del primer y segundo nivel de atención, mientras que a la federación, la definición del modelo de atención y el financiamiento.

El cambio estructural del sistema de salud resultado de la última reforma a la LGS implicó la modificación de las disposiciones reglamentarias para la operación del INSABI, lo que correspondía al Ejecutivo Federal, de conformidad con el artículo segundo transitorio del decreto; sin embargo, el retraso en su emisión, así como en la falta de actualización del Reglamento Interno de la Secretaría de Salud a la fecha de este análisis, no se cuenta con el marco legal para la garantía institucional de la protección a la salud, en los siguientes aspectos:

1. *Armonización de marcos legales*

A partir de la entrada en vigor del decreto, las entidades federativas contaban con un plazo de 180 días naturales para la armonización de sus respectivos marcos legales vigentes en la materia; en ese sentido, el retraso de la emisión de las Reglas de Operación del Fondo de Salud para el Bienestar se tradujo en no contar oportunamente con el marco legal al cual alinearse, principalmente en lo relacionado con la asignación de recursos y, por lo tanto, operación.

³³ Reyes-Morales, H.; Dreser-Mansilla, A.; Arredondo-López, A.; Bautista-Arredondo, S. y Ávila-Burgos, L., “Análisis y reflexiones sobre la iniciativa de reforma a la Ley General de Salud de México 2019”, *Salud Pública de México*, 2020, 61, pp. 686-688, disponible en: <https://www.scielosp.org/article/spm/2019.v61n5/685-691/es/>.

Modelo nacional de los acuerdos de coordinación. A pesar de que se cuenta con un modelo nacional, no se modificaron sustancialmente los acuerdos de coordinación formalizados con las entidades federativas en relación con los que se celebraban en la pasada APF.

2. *Modelo de atención y operación*

El Modelo SABI considera otorgar servicios de salud gratuitos en el primer nivel de atención a través de las Redes Integradas de Servicios de Salud (RISS); asimismo, considera la gratuidad en el tercer nivel de atención, financiada por el Fondo de Salud para el Bienestar; sin embargo, contempla que se otorgue con base en las intervenciones que provocan gastos catastróficos;³⁴ esto, es una contradicción con la política de cobertura universal sin catálogos que la limiten. Respecto al primer y segundo nivel de atención, a pesar de la emisión del Modelo SABI continúa la falta de definición sobre la implementación de las RISS, lo que afecta la operación de los servicios de salud dadas las limitaciones de recursos (humanos, materiales y financieros). Lo anterior, sitúa en indefensión y opacidad a las instituciones del tercer nivel de atención y a las entidades federativas que otorgan los servicios de salud.

Cobertura de las denominadas enfermedades catastróficas atendidas en el tercer nivel de atención (atención de alta especialidad), anteriormente, a través del Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos del Seguro Popular, debido a que el Modelo SABI considera la gratuidad de la atención en todos los niveles, contempla su financiamiento a través del Fondo de Salud para el Bienestar; sin embargo, continúa vigente el listado de enfermedades que son consideradas como catastróficas, así como la normatividad relacionada con el cobro de cuotas de recuperación en las instituciones del tercer nivel de atención, por un lado, lo que es una indefinición para el financiamiento y oferta de dicha atención.

En este contexto, con la creación del sistema de salud para el bienestar, en sustitución de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, mediante la última reforma a la LGS, implicaría una importante modificación estructural del sistema de salud, así como de sus fuentes de financiamiento; sin embargo, al no modificarse de forma sustancial la organización del sistema de

³⁴ Subsecretaría de Innovación y Calidad, “Modelo de Atención Integral de Salud (MAI). Documento de Arranque”, Dirección General de Planeación y Desarrollo en Salud, Secretaría de Salud, 2015, p. 62, disponible en: <https://www.saludtamaulipas.net/descargas/Modelo%20Atencion%20Integral.pdf>; LGS, 2020, artículo 77 bis 29.

salud, se podría inferir que se limita a un cambio nominativo influenciado por el momento político, más que por la necesidad de transformación del sistema de salud como garantía institucional del derecho a la salud hacia la cobertura universal independientemente del estatus laboral o del tipo de ciudadanía.

La última reforma a la LGS conserva los valores de universalidad y gratuidad; se sustenta en servicios de salud gratuitos en el primero y segundo nivel de atención para personas sin seguridad social; garantía de medicamentos y otros insumos para la salud, y financiamiento suficiente, lo que implica tanto el fortalecimiento de la función rectora como del primer nivel de atención en todos los ámbitos de gobierno como la principal estrategia para su logro; sin embargo, prevalece la fragmentación del Sistema de Salud como su principal característica estructural, que obstaculiza garantizar el acceso universal a toda la población de acuerdo con sus necesidades de salud, independientemente de sus condiciones socioeconómicas, lo que será un obstáculo para el logro de los objetivos relativos a la protección del derecho a la salud, a través de una cobertura universal.

Lo anterior conlleva a una duplicidad de funciones, con consecuencias importantes; un ejemplo de ello es la existencia de instituciones que ofrecen servicios de segundo y tercer nivel a cargo de la federación, así como bajo la responsabilidad de las entidades federativas, con lo que se continúa con la generación de desigualdades originadas también por inequidad en la distribución y asignación del financiamiento, ya que las instituciones de control directo de la federación podrían contar con mayores recursos al priorizarse o facilitárseles los recursos presupuestales sobre las estatales.

Por otro lado, la prevalencia del sistema de salud fragmentado continuará siendo el principal factor para la reproducción de desigualdades, que afectará principalmente a la población de ingresos más bajos, situándolas en una mayor situación de vulnerabilidad.³⁵

A continuación, se presentan los principales componentes de la protección al derecho a la salud modificados mediante la última reforma a la LGS: medicamentos, servicios de salud, protección social en salud, modelo de atención y universalidad y gratuidad de servicios de salud, medicamentos y demás insumos:

³⁵ Bernales-Baksai, P. y Velázquez-Leyer, R., “In Search of the «Authentic» Universalism in Latin American Healthcare: A comparison of Policy Architectures and Outputs in Chile and Mexico”, *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2020, pp. 1-21, disponible en: <https://doi.org/10.1080/13876988.2021.1908828>.

3. Medicamentos

En lo que respecta a medicamentos, la integración del Compendio Nacional de Insumos para la Salud (CNIS) en sustitución del Cuadro Básico de Insumos y el Catálogo de Insumos, implica la fusión del cuadro básico y catálogo de medicamentos, catálogo de material de curación, catálogo de auxiliares de diagnóstico, catálogo de instrumental y equipo médico, catálogo de homeopáticos y catálogo de herbolarios, instrumentos con los que se contaba desde administraciones anteriores, implementados para garantizar su disponibilidad en las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud, con lo que no se observa una modificación sustancial en sus objetivos.³⁶

La implementación del CNIS no otorga por sí sola la capacidad institucional en todos los niveles de atención para garantizar el abasto y la distribución gratuita de los medicamentos ni para la distribución y ministración de dosis unitarias de medicamentos en los servicios. Durante el desarrollo de este trabajo, a casi dos años y medio del inicio de la presente APF, no se encontraron políticas, procedimientos o estrategias relacionados con la garantía del abasto de medicamento a pesar de que en la segunda sesión ordinaria del GGS se señala que el CNIS se enmarca en la “nueva Política de Medicamentos que dará prioridad a las necesidades epidemiológicas”, para lo que se prevé la adquisición consolidada de las principales claves (912 claves), bajo la responsabilidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), para lo que fue facultada mediante modificación a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal 2018.³⁷

Con esta medida, la Oficialía Mayor de la SHCP es la responsable de realizar el mecanismo de compra consolidada de medicamentos, a requerimiento de los hospitales o instituciones del sector público de salud, con el fin de generar ahorros, al obtener mejores precios y eliminar la corrupción, así como

³⁶ El CNIS propuesto en la reforma de los artículos 17, fracción V; artículo 28 y 28 bis; artículo 29; artículo 77 bis 1; y artículo 222 bis de la LGS (2020), es publicado el de noviembre de 2019, para su entrada en vigor el 1 de enero de 2020.

³⁷ *Compendio Nacional de Insumos para la Salud*, “Análisis de las claves consideradas” (s. f.). Código F, 2019, disponible en: <https://codigof.mx/compendio-nacional-de-insumos-para-la-salud-analisis-de-las-claves-consideradas/>. Consejo de Salubridad General, “Compendio Nacional de Insumos para la Salud”, Secretaría de Salud, 2021, disponible en: <http://www.csg.gob.mx/Compendio/CNIS/cnis.html>. Consejo de Salubridad General, “Primera Actualización de la Edición 2021 del Libro de Material de Curación del Compendio Nacional de Insumos para la Salud”, *Diario Oficial de la Federación*, 27 abril 2021, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616870&fecha=27/04/2021.

garantizar su abasto oportuno.³⁸ Lo anterior conlleva una superposición de instituciones en sus atribuciones, debido a que los órganos desconcentrados y descentralizados del sector salud cuentan con la facultad para realizar sus propias adquisiciones; en ese marco, centralizar las compras en la SCHP se traduce en procedimientos más complejos, que impactarán en la oportunidad y logística en la adquisición y distribución de medicamentos. Por otro lado, el abasto y distribución de los medicamentos entre las instituciones integrantes del sector salud continuará siendo inequitativo, ya que dependerá de sus recursos financieros, más que por las necesidades de salud de la población a atender.

4. *Servicios de salud*

En lo que respecta a los servicios básicos de salud que debe considerar la garantía del derecho a la protección de la salud, se conserva el concepto de atención médica integral y se adiciona contemplar los determinantes sociales de la población, así como dar preferencia a la población vulnerable; se incorpora además la garantía de la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados a la población sin seguridad social.

Lo anterior, significa un avance en concordancia con las nuevas recomendaciones de Alma-Ata; no obstante, el reto de la cobertura universal continúa pendiente, al prevalecer los problemas estructurales del sistema de salud, debido a que la fragmentación es aún la principal característica que influye en el acceso a los servicios de salud, dependiente de la condición laboral y socioeconómica, y no de la necesidad de salud de la población, con lo que se trata de una reforma nominativa y no sustancial que transforme el sistema de salud.

En ese sentido, en los servicios de atención públicos prevalecen los valores de universalidad y gratuidad, y se elimina el de igualdad; la gratuidad se amplía al considerar la cobertura de los servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados a la atención de la población sin seguridad social; sin embargo, a pesar de que se define el financiamiento público como la principal fuente, no es claro en lo relacionado con la asignación de recursos adicionales en sustitución de las cuotas captadas por el Seguro Popular anteriormente.

³⁸ Instituto Mexicano del Seguro Social, “Comunicado 87, con relación al proceso de compras consolidadas de medicamentos en el país”, IMSS, 2020, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202002/087>.

La dimensión positiva de la progresividad implica la ampliación gradual de la protección del derecho a la salud; en ese sentido, la última reforma establece que se “garantizará la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud” y el “escalonamiento de los servicios para lograr progresivamente la universalización del acceso a servicios de salud integrales”;³⁹ por otro lado, se prevé la extensión de la atención integral de la población que se encuentra en el país que no cuenta con seguridad social. Lo anterior, otorga al Estado la responsabilidad de su desarrollo escalonado a pesar de las limitaciones presupuestales; en ese sentido, la progresividad se presenta como uno de los principales retos, ya que el empleo del término “progresividad” en la rendición de cuentas podría convertirse en la justificación de su diferimiento y no cumplimiento, dada su dependencia con los recursos humanos, financieros y de infraestructura disponibles, así como del contexto político, social y económico del momento.

5. *Protección social en salud*

En la garantía del derecho a la protección de la salud y la universalización de los servicios de salud se identifican como principales obstáculos: los recursos financieros, el modelo de salud fragmentado, y las desigualdades sociales; la reorientación del modelo de atención basado en la atención primaria, y el aumento a la participación comunitaria, son las principales estrategias para su superación desde los años ochenta, lo que implica la redefinición progresiva de los modelos de atención.

En ese sentido, la reforma propuesta por la APF 2019-2024 coincide con las previas (1983 y 2003) en lo relativo al valor de la universalidad y el modelo de atención basado en la APS. En este marco, dado el vínculo entre la APS, la cobertura universal y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, se obliga al Estado a la revisión, actualización y homologación del marco legislativo (normas, reglamentos, estrategias, guías técnicas). Derivado de lo anterior, la incorporación en la agenda política de salud como prioridad de la APS como base del modelo de atención propuesto otorga al Estado la obligación de dirigir los recursos adecuados y oportunos para darle factibilidad institucional para la protección del derecho a la salud.

Con la última reforma a la LGS, la búsqueda para la generación de condiciones para otorgar la protección del derecho a la salud de manera justa y

³⁹ LGS, 2020, artículos 28 y 29.

equitativa dado su origen de derecho social, es aún un reto, ya que la protección del derecho a la salud continúa subordinada a su característica programática; en ese contexto, la acción del Estado (ejercida a través de la Secretaría de Salud Federal, delegada en el Insabi) depende del concurso de los diferentes niveles de gobierno con diferente grado de competencia y responsabilidad, así como de instituciones, principalmente en el segundo y tercer nivel de atención; para lo que cobra mayor importancia la responsabilidad compartida mediante la definición o redefinición de la distribución de competencias, aunado a la búsqueda de mecanismos equitativos, eficientes y transparentes en la asignación de los recursos presupuestales, y en la generación de condiciones para la garantía de la protección del derecho a la salud de manera justa y equitativa dado su origen de derecho social.

6. Modelo de atención

Mediante la implementación del Modelo SABI a cargo del Insabi, se pretende garantizar el derecho a la salud establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sitúa la salud como prioridad en la agenda política. Este Modelo es de aplicación nacional, con la participación de las entidades federativas a través de los acuerdos de coordinación; se sustenta en la gratuidad de los servicios de salud, así como en la efectividad y la calidad de la atención; contempla fortalecer a la APS como estrategia para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de la población mexicana a lo largo del ciclo de vida; en ese sentido, no se dirige a un conjunto de enfermedades, sino que se orienta hacia la atención integral, que incluye la promoción y prevención, el tratamiento, la rehabilitación y los cuidados paliativos.⁴⁰

A pesar de estar claramente definido que el modelo de atención corresponde a la federación, en este caso delegado en el Insabi, parece un acierto la intención de fortalecer e impulsar las RISS sustentadas en recomendaciones internacionales relativas a la APS, así como la necesidad de implementar nuevos esquemas de coordinación; sin embargo, en la definición e implementación de acciones debería buscarse la concertación con las entidades federativas

⁴⁰ Instituto de Salud para el Bienestar (Insabi), “Modelo de salud para el bienestar dirigido a las personas sin seguridad social, basado en la atención primaria de salud”, Secretaría de Salud, 2a. ed., 2020, pp. 33-66 y 93-103, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/631068/2021_Modelo_SABI_FINAL_17_feb_21.pdf.

coordinadas, en la búsqueda de acciones y estrategias más efectivas, dada su amplia experiencia en la provisión de los servicios, y en el conocimiento de las características y necesidades de salud de su población objetivo, así como incentivar la participación social y de actores claves.

El objetivo de esta propuesta se basa en la implementación del modelo de atención basado en la APS, sin limitarse a una lista de intervenciones, como las establecidas anteriormente por el Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES), el Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos (FPGC) para otorgar acceso a servicios médicos de alta especialidad, y el Seguro Médico Siglo XXI (SMSXXI),⁴¹ lo que conlleva un gran reto, dada la estructura del sistema y las limitaciones de recursos tanto humanos como financieros y de infraestructura.

Por otro lado, cabe mencionar que el Modelo SABI no representa una innovación respecto a sus valores y objetivos; no obstante, lo que podría ser su contribución es la transformación del sistema de salud para la garantía institucional del derecho a la salud como bien social, lo cual es también el principal reto.

Universalidad y gratuidad de servicios de salud, medicamentos y demás insumos. Gómez-Dantés y Frenk señalaron que la atención de la salud como derecho social requiere de la definición de intervenciones en salud que puedan ser otorgadas y exigibles por los residentes del país independientemente de su ciudadanía, condición socioeconómica o laboral; esto implica una reestructura organizativa, pero también la redefinición de los mecanismos financieros para garantizar la universalidad de los servicios de salud.⁴² Lo anterior es coincidente con Uribe-Gómez y Abrantes-Pêgo, quienes apuntaron que para poder garantizar la equidad y eficiente la asignación de los recursos se requiere de una modificación estructural.⁴³

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU, referido por López, el derecho a la salud es complejo e inclusivo, dado que depende tanto de los determinantes sociales de la salud

⁴¹ Secretaría de Salud, “Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES)”, Comisión Nacional de Protección Social en Salud, 2019, disponible en: http://www.documentos.seguro-poblacion.gob.mx/dgss/CAUSES_2019_Publicación.pdf.

⁴² Gómez-Dantés, O., y Frenk, J., “Ethics and Public Health...”, *cit.*, pp. 191-193.

⁴³ Uribe-Gómez, M. y Abrantes-Pêgo, R., “Las reformas a la protección social en salud en México: ¿rupturas o continuidades?”, *Perf. latinoam.[online]*, 2013, vol. 21, núm. 42, pp. 136, 156 y 157. ISSN 0188-7653, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-76532013000200006&script=sci_abstract.

como de otros derechos fundamentales (derecho a la vida, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, entre otros).⁴⁴

En ese sentido, el derecho a la protección a la salud es la vía para positivizar el derecho a la salud, a través de la que se responsabiliza al Estado para su garantía; mediante el sistema de protección a la salud se otorga contenido al derecho a la salud, traducido en favorecer el acceso a la atención oportuna y adecuada con la necesidad de salud, para lo que se requieren condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; sin embargo, se debe considerar la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud, ya que al eliminar las cuotas de afiliación del Seguro Popular, la totalidad del financiamiento corresponderá al Estado, para lo que también es necesaria la definición de la participación de la federación y de las entidades federativas.

Cabe mencionar que la gratuidad de los servicios no es un concepto innovador, ya que la propia LGS en el artículo 36 ha considerado la exención del pago de la población en condición de pobreza por la prestación de servicios de salud;⁴⁵ asimismo, prevé la recaudación de cuotas de recuperación en función del “costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas del usuario”.

Lo anterior evidencia la falta de un análisis integral y profundo de la normatividad relativa aplicable al costo de los servicios de salud mediante la facultad del cobro de cuotas de recuperación, mediante la última reforma a la LGS; en ese marco, a la fecha del desarrollo del presente análisis no se encontró modificada la normatividad secundaria relativa a la gratuidad de los servicios de salud, por lo que continúan vigentes los catálogos de recuperación de cuotas autorizados por la SHCP en algunas instituciones del sector salud, como los institutos nacionales de salud.

VI. CONCLUSIONES

El derecho a la salud es un derecho complejo e inclusivo que depende tanto de los determinantes sociales de la salud como de otros derechos fundamentales (derecho a la vida, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, entre otros). En ese sentido, el derecho a la protección a la salud es un intento por positivizar el derecho a la salud, debido a que responsabiliza al Estado para su garantía; mediante el sistema de protección a la salud se otorga contenido al

⁴⁴ López, S., *et al.*, “El sistema integral...”, *cit.*, p. 119.

⁴⁵ El artículo 36 de la Ley General de Salud no fue modificado en la última reforma.

derecho a la salud, traducido en favorecer el acceso a la atención oportuna y adecuada con la necesidad de salud, para lo que se requieren condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

En lo que respecta a los servicios básicos de salud que debe considerar la garantía del derecho a la protección de la salud, se conserva el concepto de atención médica integral y se adiciona contemplar los determinantes sociales de la población, así como dar preferencia a población vulnerable en concordancia con las nuevas recomendaciones de Alma-Ata.

En ese sentido, la última reforma a la LGS parece un avance en la superación de la protección del derecho a la salud basado en la protección financiera, así como la protección acotada a una serie de intervenciones predefinidas; sin embargo, la modificación a la legislación no se traduce automáticamente en otorgar sustentabilidad al sistema; lo anterior, debido a que podría resultar en una saturación de los servicios de salud estatales, así como de las instituciones del segundo y tercer nivel de atención, las cuales, al no fortalecerse su capacidad institucional, podrían detonar su exigibilidad ante otro tipo de instancias. Por otro lado, al ofrecerse la atención a toda la población residentes en el país, no se verificará su afiliación a las instituciones de seguridad social, lo que también impactará en el aumento de la demanda de servicios dirigidos a la población no derechohabiente de otras instituciones, con lo que prevalecerá la duplicidad de coberturas.

Lo anterior implica el fortalecimiento de la capacidad de respuesta institucional de los servicios estatales, lo que requiere de la mejora de la infraestructura, recursos humanos (en calidad y cantidad), y la disponibilidad presupuestal; sin embargo, con la eliminación de las cuotas de afiliación se contará con menores recursos para este fin, con lo que no resulta clara la fuente de financiamiento público que implica esta reforma para su cumplimiento y sustentabilidad.

A través del análisis del marco legal vigente se encontró que no obstante que lo correspondiente a la conducción de la política pública en salud y la función de regulación del Sistema Nacional de Salud corresponde a la Secretaría de Salud y otorga facultades al Insabi para instrumentar y monitorear las acciones hacia las entidades federativas a través de convenios de colaboración, así como asignar y controlar presupuesto para la operación de los servicios de salud estatales, prevalece la fragmentación del Sistema de Salud como la principal característica estructural que obstaculiza la garantía de la protección al derecho a la salud, con lo que subsisten sus principales problemáticas: he-

terogeneidad en la capacidad y calidad de los servicios de salud entre las distintas instituciones y niveles de gobierno; inequidad y falta de transparencia en el financiamiento; duplicidad de coberturas, con lo que se infiere se verá debilitada la capacidad institucional para atender una creciente demanda de servicios de salud.

En este contexto, a pesar de ser una prioridad en la agenda gubernamental la garantía de la protección al derecho a la salud, se observa que la última reforma no transforma de manera sustancial la estructura al sistema de salud, con lo que subsisten los principales retos, que se traducirán en el aumento de desigualdades, lo que impactará principalmente a la población en condiciones de pobreza. En ese sentido, la investigación social sugiere que las políticas enfocadas en la reducción de la pobreza son claves en el proceso de mejora de los resultados en salud y en el desarrollo económico; sin embargo, también debe considerarse lo propuesto en la Declaración de Alma-Ata, sobre fortalecer la atención primaria de la salud, con el fin de resolver el mayor porcentaje de los problemas de salud con el menor costo, con una atención más enfocada al individuo y a la comunidad. Esto resulta importante en el momento de diseñar e implementar políticas públicas, con el fin de enfocar los recursos hacia acciones con las que podrían disminuirse las desigualdades en el acceso a la salud y, por lo tanto, en los resultados en las condiciones de salud.

Limitaciones del estudio

Este trabajo se limitó al análisis de la LGS como marco legal vigente; no se contempló el estudio de la legislación secundaria como parte del marco jurídico, debido a que al momento de revisión no se encuentra completo; en ese contexto, a la fecha de este análisis no se encuentra actualizado el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Protección Social en Salud; asimismo, no se encontró actualizado el Reglamento Interno del Insabi, por lo que no fue posible analizar si éste otorga las atribuciones necesarias, su congruencia con otros marcos jurídicos, o si considera mecanismos de control o monitoreo. Por otro lado, este trabajo no contempló su interrelación con otras leyes para identificar una posible sobreregulación y superposición de leyes; lo anterior, debido a las limitaciones del tiempo con el que se cuenta para el desarrollo de este proyecto, lo que puede ser un tema para abordar en investigaciones futuras.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informes Presidenciales-Ernesto Zedillo Ponce de León”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informes Presidenciales-Vicente Fox Quesada”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informes Presidenciales-Miguel de la Madrid Hurtado”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012.
- COMITÉ REGIONAL DE LA OMS PARA LAS AMÉRICAS, “Informe Anual del director de la Oficina Sanitaria Panamericana. Atención primaria de salud: ha llegado el momento”, CD56/3, Organización Panamericana de la Salud-Organización Mundial de la Salud-Oficina para regional para las Américas, agosto 2018, disponible en: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&view=download&alias=46226-cd56-3-s-informe-director&category_slug=56-directing-council-spanish-9965&Itemid=270&lang=es.
- Compendio Nacional de Insumos para la Salud, “Análisis de las claves consideradas” (s. f.), Código F, 2019, disponible en: <https://codigof.mx/compendio-nacional-de-insumos-para-la-salud-analisis-de-las-claves-consideradas/>.
- CONSEJO CONSULTIVO DE SERVICIOS MÉDICOS Y AFINES, “Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines. Informe provisional presentado al Ministerio de Salud de la Gran Bretaña en 1920”, traducción al castellano del Dawson Report on the Future Provision of Medical Allied Services, 1920, por la Oficina Sanitaria Panamericana. Publicado con el permiso de H. M. Stationery Office, Londres. Propiedad del Gobierno del Reino Unido. Publicación científica núm. 93. Organización Panamericana para la Salud-Oficina Sanitaria Panamericana-Oficina Regional de la OMS, 1964.
- CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL (Coneval), “Sistema de Protección Social en Salud: Seguro Popular y Seguro Médico Siglo XXI”, Coneval, 2018, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Seguro_Popular_Seguro_Medico_Siglo_XXI.pdf.
- CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL, “Compendio Nacional de Insumos para la Salud”, Secretaría de Salud, 2021, disponible en: <http://www.csg.gob.mx/Compendio/CNIS/cnis.html>.
- CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL, “Primera Actualización de la Edición 2021 del Libro de Material de Curación del Compendio Nacional de In-

- sumos para la Salud”, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de abril de 2021, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616870&fecha=27/04/2021, consultado el 30 de abril de 2021.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o., disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>.
- “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de noviembre de 2019, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lins/LINS_ref10_29nov19.pdf.
- Ejecutivo, C, “Evaluación: actualización y proyecto de plan de trabajo para 2020-2021 (núm. EB146/38 Add.1)”, Organización Mundial de la Salud. 2019, disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB146/B146_38Add1-sp.pdf.
- FRENK, J., *La salud de la población. Hacia una nueva salud pública*, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- GARFIAS, M. E. L., *El derecho a la salud en México: problemas de su fundamentación*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_DerSaludMexico.pdf.
- GÓMEZ-DANTÉS, O. y FRENK, J., “Ethics and Public Health: definition of priorities in the Mexican Health Reform”, *Acta Bioeth*, 2020, 26(2), disponible en: <https://revistahistoriaindigena.uchile.cl/index.php/AB/article/view/59888>.
- HERNÁNDEZ, M. P., *De la progresividad de los derechos humanos en la hermenéutica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Cómo ha entendido la SCJN lo derecho en la historia y hoy en día*, SCJN, 2018, disponible en: <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2018/000292972/000292972.pdf>.
- INSTITUTO DE SALUD PARA EL BIENESTAR (Insabi), *Modelo de salud para el bienestar dirigido a las personas sin seguridad social, basado en la Atención Primaria de Salud*, 2a. ed., Secretaría de Salud, 2020, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/631068/2021_Modelo_SABI_FINAL_17_feb_21.pdf.
- INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, “Comunicado 87, en relación con el proceso de compras consolidadas de medicamentos en el país”, IMSS, 2020, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202002/087>.

- KNAUL, F. M. *et al.*, “Hacia la cobertura universal en salud: protección social para todos en México”, *Salud pública de México*, 2013, 55, disponible en: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/spm/v55n2/v55n2a13.pdf.
- LAURELL, A. C., “La política social y de salud en América Latina: un campo de lucha política”, *Cadernos de Saúde Pública*, 2017, 33, supl. 2, disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2017001400301&script=sci_arttext&tlng=es.
- LAURELL, A. C. y GIOVANELLA, L. “Health Policies and Systems in Latin America”, *Oxford Research Encyclopedia of Global Public Health*, 2018, disponible en: <https://oxfordre.com/publichealth/publichealth/view/10.1093/acrefore/9780190632366.001.0001/acrefore-9780190632366-e-60>.
- Ley General de Salud, última reforma publicada, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2020, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/mov/Ley_General_de_Salud.pdf.
- LÓPEZ, S. *et al.*, *El Sistema Integral de Calidad en Salud. Una mirada crítica*, Instituto Nacional de Salud Pública, 2014, disponible en: https://www.academia.edu/10800936/El_Sistema_Integral_de_Calidad_y_derecho_a_la_salud_en_México.
- MAYER-SERRA, C. E., “El derecho a la protección de la salud”, *Salud pública de México*, 2007, 49, disponible en: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/spm/v49n2/a10v49n2.pdf.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Informe sobre la salud en el mundo 2008: La atención primaria de salud, más necesaria que nunca”, Organización Mundial de la Salud (OMS), 2009, disponible en: <https://www.who.int/wbr/2008/es/>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Informe sobre la Salud en el Mundo: La financiación dos sistemas de salud-El Camino Hacia la Cobertura Universal”, Organización Mundial de la Salud (OMS), 2010, resumen, capítulos 1 y 5 disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44373/9789243564029_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), “Perfil del sistema de servicios de salud”, Programa de Organización y Gestión de Sistemas y Servicios de Salud-División de Desarrollo de Sistemas y Servicios de Salud, México, 1998.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), “Salud Universal en el Siglo XXI: 40 años de Alma-Ata”, Informe de la Comi-

- sión de Alto Nivel, edición revisada, OPS, 2019, DOI: <https://doi.org/10.37774/9789275320778>, disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/50960>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), 2020, disponible en: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_topics&view=article&id=403&Itemid=40987&lang=es.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (PAHO), “Biblioteca Virtual. Descriptores en Ciencias de la Salud (DeCS)”, 2020, disponible en: <http://decs2020.bvsalud.org/cgi-bin/wxis1660.exe/decsserver/>.
- Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 2004, última reforma: DOF, 7 de febrero de 2018, disponible en: http://dgrh.salud.gob.mx/Normatividad/Reglamento_Interno_Secretaria_Salud-DOF_%207-02-2018.pdf.
- REYES-MORALES, H., DRESER-MANSILLA, A., ARREDONDO-LÓPEZ, A., BAUTISTA-ARREDONDO, S., y ÁVILA-BURGOS, L, “Análisis y reflexiones sobre la iniciativa de reforma a la Ley General de Salud de México 2019”, *Salud pública de México*, 2020, 61, disponible en: <https://www.scielosp.org/article/spm/2019.v61n5/685-691/es/>.
- ROVERE, M., “La atención primaria en la encrucijada: desplegar su potencial transformador o quedar instrumentados en una nueva ofensiva privatizadora”, *Saúde em Debate*, 2018, 42, disponible en: <https://www.scielosp.org/article/sdeb/2018.v42nsp1/315-327/>.
- SECRETARÍA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA, *Programa Quinquenal del Sector Salud y Seguridad Social (1978-1982)*, México, Subsecretaría de Planeación, 1979.
- SECRETARÍA DE SALUD, “Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000”, 1996.
- SECRETARÍA DE SALUD, “Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer los Lineamientos Generales para la Operación del Programa de Ampliación de Cobertura”, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de abril de 1999.
- SECRETARÍA DE SALUD, “Memoria Documental. Aportes Normativos en el Ejercicio del Derecho de la Salud 2001-2006”, México, 2007.
- SECRETARÍA DE SALUD, “Salud México 2006. Información para la rendición de cuentas. México”, 2007.
- SECRETARÍA DE SALUD, “Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES)”, Comisión Nacional de Protección Social en Salud, 2019, disponible

en: http://www.documentos.seguro-popular.gob.mx/dgss/CAUSES_2019_Publicación.pdf.

SUBSECRETARÍA DE INNOVACIÓN Y CALIDAD, “Modelo de Atención Integral de Salud (MAI). Documento de Arranque”, Dirección General de Planeación y Desarrollo en Salud, Secretaría de Salud, 2015, disponible en: <https://www.saludtamaulipas.net/descargas/Modelo%20Atencion%20Integral.pdf>.

URIBE-GOMEZ, M. y ABRANTES-PEGO, R., “Las reformas a la protección social en salud en México: ¿rupturas o continuidades?”, *Perf. latinoam [online]*, 2013, vol. 21, núm. 42, ISSN 0188-7653, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-76532013000200006&script=sci_abstract.

COMENTARIOS



CONSTITUCIONALIZACIÓN SIMBÓLICA Y LA VIDA DESNUDA DEL TRABAJADOR ESCLAVO EN BRASIL*

SYMBOLIC CONSTITUTIONALISATION AND THE BARE
LIFE OF THE SLAVE LABORER IN BRAZIL

CONSTITUTIONNALISATION SYMBOLIQUE ET NUDA
VITA DU TRAVAILLEUR -ESCLAVE AU BRÉSIL

José Lucas SANTOS CARVALHO**
Flávia de DAVILA***

RESUMEN: La Enmienda Constitucional 81/2014 determinó la expropiación de bienes oriundos de la exploración del trabajo esclavo. Sin embargo, se comprende tal alteración como una norma de eficacia contenida, que depende de la regulación subconstitucional. Hubo, así, transferencia de la solución para otro momento, caracterizándose un acto de constitucionalización simbólica como fórmula de compromiso dilatorio. Paralelamente, en el mismo momento histórico en que se discuten en el parlamento brasileño fórmulas para la reducción del concepto de esclavitud, se solicita internacionalmente a Brasil a perfeccionar sus mecanismos de combate a la esclavitud. Este artículo utiliza la base teórica de la biopolítica del filósofo Giorgio Agamben; defiende que la constitucionalización simbólica es una herramienta del poder soberano, en el ejercicio de sus tácticas de control y mantenimiento de poder sobre la vida. De este modo, se mantendría la estructura de la sociedad brasileña basada en un control biopolítico de exclusión-inclusión del sujeto

* Recibido el 23 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Maestro em derecho por la Universidad Federal de Sergipe, <https://orcid.org/0000-0001-6692-2735>.

*** Profesora del Departamento de Relaciones Internacionales y del Programa de Postgrado en Derecho da Universidad Federal de Sergipe. Doctora en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais. Máster en derecho y relaciones internacionales por la Universidad Federal de Santa Catarina. <https://orcid.org/0000-0002-3259-5796>.



viviente —en el caso estudiado, el trabajador esclavo—, consolidando, así, la *vida desnuda* en la sociedad contemporánea.

Palabras clave: constitucionalización simbólica, trabajo esclavo, vida desnuda

ABSTRACT: The Brazilian constitutional amendment 81/2014 predicted the expropriation of goods derived from the exploitation of slave labor. Nevertheless, such alteration is understood as a norm of contained efficacy that depends on infraconstitutional regulation. Therefore, there was a transfer of the solution to another moment to characterize a symbolic constitutionalisation as a formula of dilatory commitment. At the same time, the Brazilian parliament seeks to reduce the scope of the concept of slavery and Brazil is urged internationally to improve its mechanisms to combat slavery. This article, using the theoretical contribution of the philosopher Giorgio Agamben, argues that a symbolic constitutionalisation is a tool of sovereign power, in the exercise of its tactics of control and maintenance of power over a life, to maintain the structure of Brazilian society based on a biopolitical control of exclusion-inclusion of the living subject, in this case, the slave laborer thus consolidating *bare life* in contemporary society.

Keywords: symbolic constitutionalisation, slave labor, bare life

RÉSUMÉ : L'amendement constitutionnel 81/2014 a permis l'expropriation de biens acquis grâce à l'exploitation du travail en servitude. Cependant, ce bouleversement doit être considéré comme une norme à l'efficacité limitée et soumise à la législation infra-constitutionnelle. La mise en œuvre de cette décision a ainsi été reportée à plus tard pour en faire une loi constitutionnelle symbolique, une sorte de compromis dilatoire. En parallèle, alors que l'on débat au parlement brésilien pour définir le concept de servitude en essayant de le vider de son contenu, on sollicite internationalement le Brésil pour qu'il perfectionne ses mécanismes pour combattre cette même servitude. Le présent article, basé sur la théorie de la biopolitique par le philosophe Giorgio Agamben, affirme que la constitutionnalisation symbolique est un outil au service de l'autorité souveraine pour exercer son contrôle par diverses tactiques et pour maintenir la vie sous l'autorité du pouvoir. La structure de la société brésilienne subordonnée à un contrôle biopolitique d'exclusion-inclusion du sujet vivant (dans notre cas, le travailleur-esclave) pourrait ainsi continuer d'exister et la *nuda vita* de tant de personnes dans la société contemporaine en serait renforcée.

Mots-Clés: constitutionnalisation symbolique, travail en servitude, *nuda vita*.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La biopolítica en el Estado democrático de derecho y la constitucionalización simbólica*. III. *El escenario del trabajo esclavo en Brasil y la Enmienda Constitucional 81/2014 como un caso de constitucionalización simbólica*. IV. *La constitucionalización simbólica como práctica biopolítica de control sobre la vida*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía citada*.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el trabajo esclavo contemporáneo (TEC)¹ sea jurídicamente prohibido, por ser objeto de normas internacionales y ser considerado una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*) que implica obligaciones *erga omnes* para los Estados, la exploración intensiva y violenta del trabajo humano es un fenómeno social global que, de acuerdo con el Global Slavery Index 2016, alcanza alrededor de 45.800,000 personas, casi el 0.5% de la población mundial.² En Brasil, según datos del Ministerio del Trabajo y Empleo (MTE), entre 2009 y 2016, durante operaciones de fiscalización para erradicación del trabajo esclavo, 18,062 trabajadores fueron rescatados “en condiciones análogas a la del esclavo”.³

Contemporáneamente, para determinar una situación como esclavitud, es necesario que se analicen un conjunto de características que no se limitan al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad que está restringido al concepto tradicional de esclavitud o *chattel*,⁴ habiendo una diversidad de términos para caracterizar la situación y una variación de sentidos, que constituye un campo político-ideológico de construcción del concepto de ámbito internacional e interno.⁵ Para comprender el significado de TEC, se exigen dos ele-

¹ En este trabajo se optó por utilizar la expresión Trabajo Esclavo Contemporáneo (TEC), pues este término efectivamente dimensiona el problema al explicitar que las varias formas de explotación en la actualidad constituyen trabajo esclavo, aclarándose el debate político alrededor del tema que tanto debilita el enfrentamiento a la esclavitud.

² Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2016*, disponible en: <https://goo.gl/jQtBnW>, acceso: 10 de julio de 2017.

³ Brasil, Ministerio del Trabajo y Empleo, *Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo de 2016*, disponible en: <https://goo.gl/yS5V5i>, acceso: 10 de julio de 2017.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil verde contra a República Federativa do Brasil*, sentencia del 20 de octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones e costas), disponible en: <https://goo.gl/uNzLN5>, acceso: 20 de febrero de 2017.

⁵ Coexisten en la literatura nacional e internacional, otras denominaciones de la expresión “trabajo esclavo contemporáneo”: “trabajo clandestino”, “condiciones análogas a la esclavi-

mentos fundamentales: el estado o condición de un individuo y el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad; esto es, que el esclavizador ejerza poder sobre la persona esclavizada a punto de controlar su autonomía individual, poniéndola en completa vulnerabilidad. Para Bales,⁶ el esclavo es una persona —hombre, mujer o niño— mantenida en esta condición por medio de la violencia o amenaza de violencia, para fines de exploración económica. Son variadas las formas de esa exploración, e involucran la prostitución forzada, la pornografía, la venta de órganos, la servidumbre por deuda o el uso de seres humanos en conflictos armados.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”,⁷ para determinar una situación como esclavitud contemporánea es necesario que se llenen algunos atributos. Los criterios comprenden la restricción o control de la autonomía individual; la pérdida o restricción de la libertad del movimiento; la obtención de un beneficio por parte del perpetrador; la ausencia de consentimiento o de libre arbitrio de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, fraude o falsas promesas; el uso de violencia física o psicológica; la posición de vulnerabilidad; la detención o cautiverio, y la explotación.

En Brasil, tras quince años de tramitación de la Propuesta de Enmienda a la Constitución 57A/1999, la Enmienda Constitucional 81, del 5 de junio de 2014, dio nueva redacción al artículo 243 de la Constitución Federal. Tal alteración añadió como posibilidad la confiscación de cualquier bien de valor

tud”, “trabajo forzado”, “nueva esclavitud”, “trabajo precario”, “trabajo ilegal” y “subtrabajo”. Sobre el tema, Roseane Sousa alerta que aún no hay consenso sobre el uso de las terminologías, y que, en el propio ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, todavía hay diferencias considerables con relación al significado que se les atribuye. Sousa, Roseane Barcellos Marques, *Trabalho escravo contemporâneo e Estado capax no Brasil*, 2015, 181 f. Tesis (doctorado en administración pública y gobierno), Escuela de Administración de Empresas de São Paulo, FGV, São Paulo, 2015, p. 86.

⁶ Bales, Kevin, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, 3a. ed., Berkeley, University of California Press, 2012, p. 280.

⁷ El caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra la República Federativa de Brasil”, juzgado en 2016, es el primer caso de esclavitud contemporánea y de tráfico de personas juzgado por la Corte IDH y la quinta condenación del Estado brasileño en la Corte. Se construyó el concepto de TEC establecido por el Tribunal a partir del análisis de la jurisprudencia internacional sobre la materia y de los tratados internacionales, y tal definición está en consonancia con la mayor protección al individuo (principio *pro persona*).

económico que utilice la explotación del trabajo esclavo;⁸ sin embargo, se comprende esta modificación como una norma de eficacia contenida, al establecer que el procedimiento ocurrirá “en la forma de la ley”.

Para Marcelo Neves,⁹ la constitucionalización simbólica es un fenómeno de producción del texto normativo, que revela que el sentido político prevalece hipertrofiado con relación al aparente sentido normativo-jurídico. De este modo, las declaraciones de derechos, a pesar de su previsión en una disposición legal, están en desacuerdo con la realidad social y con el propio sistema constitucional. Según el autor, ese fenómeno puede ser para: a) confirmar valores sociales; b) demostrar la capacidad de acción del Estado, o c) postergar la solución de conflictos sociales mediante compromisos dilatorios. Así, entre las posibilidades de que legisle simbólicamente el Estado, se configura aquella en que éste pretende crear la imagen de que responde normativamente a las dificultades de la sociedad, aunque las respectivas relaciones sociales no sean realmente normatizadas de modo a modificar la realidad, dejando para tiempo futuro e incierto la solución del problema social.

Fue en la perspectiva de “legislación como fórmula de compromiso dilatorio”, en el sentido presentado por Neves,¹⁰ que la Enmienda Constitucional 81/2014 entró en vigor, pues su contenido solamente transfiere la solución del conflicto para otro momento. Además de eso, paralelamente a la aprobación de la Enmienda, se inició un movimiento en el Legislativo para modificar el concepto de “esclavitud”, reduciendo la inclusión conceptual del crimen previsto en el artículo 149 del Código Penal, este en consonancia con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Frente a esta situación de exclusión de la dignidad humana, valor fundamental de la Constitución, se cuestiona: ¿por qué no se cumplen las normas de derechos fundamentales y éstas se hacen simbólicas? ¿Por qué el Estado brasileño no perfecciona sus mecanismos de control a la esclavitud a ejemplo del caso de la Enmienda Constitucional 81/2014, que podría tener una tutela

⁸ “Artículo 243. Las propiedades rurales y urbanas de cualquier región del país donde estén ubicadas culturas ilegales de plantas psicotrópicas o la explotación del trabajo esclavo en la forma de la ley serán expropiadas y destinadas a la reforma agraria y a programas de habitación popular, sin cualquier indemnización al propietario y sin perjuicio de otras sanciones previstas en la ley, observando en lo que se relacione, a lo dispuesto en el artículo 5o.

Párrafo único. Se confiscará todo y cualquier bien de valor económico aprehendido en consecuencia del tráfico ilícito de narcóticos y otras drogas y de la explotación del trabajo esclavo y se revertirá a fondo especial con destinación específica, en la forma de la ley”.

⁹ Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.

¹⁰ *Idem*.

más eficiente (eficacia y validez), en vez de condicionar su aplicación a la regulación infraconstitucional?

En el presente artículo, utilizando el aporte teórico del filósofo Giorgio Agamben en el proyecto *Homo Sacer*, se pretende demostrar que no se trata de una desición inconsciente del Estado brasileño, sino de una práctica biopolítica en la que el poder soberano, en el ejercicio de sus tácticas de control y manutención de poder sobre la vida, mantiene la estructura de la sociedad brasileña basada en un control biopolítico de exclusión-inclusión del sujeto viviente —en el caso específico de este estudio, el individuo víctima del trabajo esclavo—.

Con la asunción de la biopolítica en la contemporaneidad, Agamben¹¹ explica que el paradigma del poder moderno consiste en la “gestión de cosas y personas”, con el objetivo de producir sujetos gobernables a partir de la captura de su subjetividad. La víctima del trabajo esclavo tiene su subjetividad capturada. Se desnuda cualquier tutela jurídica, lo que lo reduce a un cuerpo “cualquiera”, al portador de una vida desnuda, esto es, una vida política (*bios*) reducida a *zōé*, vida animal, biológica, la potencialidad de lo que sería, dentro de toda su incapacidad. El trabajador esclavo es, o sea, un *homo sacer*, esta figura del derecho romano arcaico que representa el carácter sacro de la vida humana. Un individuo a quien le juzga el pueblo por un delito, y no es lícito sacrificarlo, pero si alguien lo mata, no se le condenará por homicidio.¹²

La primera parte de este trabajo tendrá por objetivo presentar la biopolítica y los conceptos propuestos por Agamben para entender el fenómeno del *homo sacer* en la modernidad. El objetivo es comprender cómo actúa el poder soberano en el Estado democrático de derecho, por intermedio de la producción normativa simbólica, para ejercer el control sobre la vida. En seguida, se trabajará el concepto de TEC y expuesto el panorama del trabajo esclavo en Brasil, además de la legislación sobre el tema, para que se pueda percibir el uso biopolítico de los derechos fundamentales.

La última sección de este trabajo tratará de elucidar cómo esta práctica de control sobre la vida ocurre, tomando como base la hipótesis desarrollada a lo largo del texto, de que la constitucionalización simbólica es una herramienta del poder soberano para ejercer el control de exclusión-inclusión del sujeto, consolidando así la vida desnuda en la sociedad contemporánea.

¹¹ Agamben, Giorgio, *Homo Sacer, O poder soberano e a vida nua I*, trad. de Henrique Burigo, 2a. ed., Belo Horizonte, Editora UFMG, 2010.

¹² *Ibidem*, p. 79.

De este modo, para que se contesten los cuestionamientos, se utilizará, en el ámbito de la vertiente teórico-metodológica de las ciencias sociales aplicadas, la línea jurídico-teórica, por aproximarse de la filosofía del derecho constitucional, y de la hermenéutica al estudiar conceptos, interpretación y aplicación de normas. Consecuentemente, se adoptará el tipo metodológico jurídico-exploratorio, pues se analizarán diversos aspectos sobre la temática. Se utilizará, aún, la técnica de análisis de contenido de textos doctrinarios, académicos y normas legales.

II. LA BIOPOLÍTICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN SIMBÓLICA

Giorgio Agamben¹³ afirma que la politización de la vida desnuda es el acontecimiento decisivo de la modernidad. La vida como una cuestión política hace surgir la biopolítica en el momento en el que el Estado pasa a administrar y establecer reglas sobre la vida del hombre, tutorándola. De acuerdo con Agamben,¹⁴ fue en la Edad Moderna donde hubo una radicalización de la biopolítica, con la entrada de la vida del hombre y de los procesos inherentes al ser humano como parte del cálculo del poder, frente a la necesidad del Estado en fortalecer su fuerza productiva. Con el argumento de protección de la vida de la población, el poder soberano pasó a preservar la vida de algunos y a determinar la muerte de otros, consistente en el derecho de vida y el derecho de muerte, derecho de *hacer vivir o dejar morir*.

En la serie *Homo sacer*, Giorgio Agamben¹⁵ estructura su análisis en la distinción entre *zōé* y *bios*, descritos por Aristóteles, que en términos resumidos se pueden considerar vida biológica y vida política, respectivamente. Con base en esas dos clasificaciones, Agamben introduce una tercera, adaptada del ensayo *Para una crítica de la violencia*, de Walter Benjamin —la *vida desnuda*,¹⁶ que se constituye en el nuevo cuerpo biopolítico de la modernidad, en términos influenciados por Foucault—.

¹³ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Castro, Edgard, *Introdução a Giorgio Agamben. Uma arqueologia da potência*, traducción de Beatriz de Almeida Magalhães, Belo Horizonte, Autêntica, 2013, p. 64: “Benjamin toma la expresión *blo Leben* (mera vida) para hacer referencia a esa parte de la vida que soporta el nexo entre violencia y derecho, a la vida que tiene relación con la violencia soberana. Para Benjamin, esta es la vida desnuda a la que se proclama sacra”.

La vida desnuda se disimula en el modelo jurídico-institucional, en el cual el ejercicio del poder soberano aparece invariablemente cuando *zōé* y *bios* se separan, por medio de la desconsideración de la *bios* o de la mera preservación de la *zōé*. La relación exclusiva-inclusiva proporcionada por el lenguaje en el ámbito de las relaciones intersubjetivas capaz de mantener la reflexión sobre el vivir da lugar a un espacio de mera vida, que retira cualquier posibilidad de existencia de singularidades en medio a un simulacro de sacralidad de la vida.

Consecuentemente, en el vocabulario atribuido a los derechos humanos se preserva débilmente la vida desnuda, usada como estrategia de poder, por normativas que carecen de efectividad, porque traducen conceptos desprovistos de contenido material, debido a que estén relacionados no a derechos, sino a excepciones. Infelices ejemplos de cuando la excepcionalidad se hace regla son los trabajadores esclavos contemporáneos.

En este sentido, Agamben sugiere la noción de *bando*, que significa la existencia de una paradoja: es, al mismo tiempo, el acto del poder soberano de incluir en el ámbito de la legislación a alguien que será, por esta razón, excluido de su comunidad, como el trabajador esclavo. Si se aplica la ley, que no le garantiza derechos, pero excepciones, se excluyen los individuos que son despersonalizados frente a su comunidad, lo que los hace incluidos-excluidos.

Foucault¹⁷ explica que con la constitución del Estado moderno y el surgimiento de las relaciones de la sociedad capitalista se produjo la necesidad de una tecnología de poder para administrar y controlar las vidas humanas. Todavía, el ejercicio del poder no es solamente del Estado, a pesar de tradicionalmente atribuirse a él su monopolio. En sus investigaciones, Foucault¹⁸ verificó el poder como una red de micropoderes articulados al Estado, y que permean toda la estructura social, entendiendo cómo esas microestructuras se relacionan con el poder estatal. En esa perspectiva foucaultiana, las relaciones de poder sobrepasan la dimensión estatal y están en toda la sociedad. El poder, entonces, penetra en instituciones y se corporeiza en técnicas que controlan la vida de los individuos.

Pues, el estudio de esta microfísica supone que no se conciba el poder en ella ejercido como una propiedad, pero como un estrategia, que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una “apropiación”, pero a disposiciones, a maniobras, a tácticas, a técnicas, a funcionamientos; que se perciba

¹⁷ Foucault, Michel, *Vigilar e Punir*, Petrópolis, Vozes, 1975.

¹⁸ *Idem*.

en él antes una red de relaciones siempre tensas, siempre en actividad, de que un privilegio que se pudiera detener; que se dé como modelo antes la batalla perpetua que el contrato que hace una cesión o una conquista que se apodera de un dominio. Tenemos, en suma, de admitir que ese poder se ejerce más de lo que se posee, que no es “privilegio” adquirido o conservado de la clase dominante, pero el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas —efecto manifiesto y a veces reconducido por la posición de los que son dominados—.¹⁹

En los modernos Estados democráticos de derecho, una técnica biopolítica de poder son las declaraciones de los derechos. Agamben explica que ellas son el local de pasaje de la forma clásica de la soberanía de origen divino a la nueva figura de la soberanía de los Estados de derecho. En ellos, el individuo pasa de súbdito a ciudadano.

[las declaraciones de derecho] aseguran a *exceptio* de la vida en la nueva orden estatal que deberá suceder a la derrocada del *ancien régime*. Que, a través de ella, el “súbdito” se transforme, como se observó, en “ciudadano”, significa que el nacimiento —esto es, la vida desnuda natural como tal— se hace igual aquí por primera vez (con una transformación cuyas consecuencias biopolíticas solamente hoy podemos comenzar a mensurar) el portador inmediato de la soberanía.²⁰

El sociólogo Eugène Enriquez²¹ propone una visión trágica de la vida;²² explica que el sujeto histórico, aquel que contribuye para definir la orientación de la sociedad, surgió en la aurora del siglo V a. C. en Atenas, con la idea del ciudadano. Tal noción desapareció en los periodos feudales y monárquicos, y reapareció con la Carta de derechos de Inglaterra y con las Revoluciones francesa y norteamericana. Para ser histórico, el individuo necesitaría, entonces, tener derechos, ser alguien que disfruta de los derechos y que está bajo la protección de una ley en estado de isonomía; pero no todos los ciudadanos

¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

²⁰ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, p. 135.

²¹ Enriquez, Eugène, “O homem do século XXI: sujeito autônomo ou indivíduo descartável”, *RAE-eletrônica*, v. 5, núm. 1, artículo 10, enero-junio de 2006, disponible en: <https://goa.gl/023k>, acceso: 15 de enero de 2017.

²² *Ibidem*, p. 2. En las palabras do autor: “Propongo, pues, una visión trágica de la vida, no para dejarnos invadir por la fatalidad, pero para examinar coherentemente si otra vía es posible, si podemos hacer prevalecer la civilización, a pesar de las ambigüedades, sobre la barbarie”.

recibieron los atributos de la ciudadanía. La decisión sobre quién es ciudadano es, de este modo, una decisión del poder soberano.

El análisis agambeniano sobre el *Habeas Corpus* de 1679 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, demuestra que la intención del poder soberano es la inscripción de la vida en la estructura del Estado. Se trata, entonces, de definir quién es o quién no es sujeto de derecho. En el *Habeas Corpus* de 1679, considerado el documento más antiguo de la concepción moderna de democracia, el objeto no es el sujeto feudal, sino el cuerpo del individuo.

En una interpretación biopolítica de la referida Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Agamben, en el capítulo “Más allá de los derechos del hombre”, del libro *Medios sin fin*,²³ al discutir la situación-límite de los refugiados, resalta que la incapacidad de los derechos humanos en este caso resulta no solamente del egoísmo y de la limitación de los aparatos burocráticos, “pero en la ambigüedad de las propias nociones fundamentales que regulan la inscripción del nativo (esto es, de la vida) en el ordenamiento jurídico del Estado nación”²⁴. Para el filósofo, Estado-nación es el Estado que “hace de la natividad, del nacimiento (esto es, de la vida desnuda humana) el fundamento de la propia soberanía”.²⁵ Agamben, entonces, visualiza el sentido “demasiadamente oculto” de los primeros tres artículos de la Declaración de 1789:²⁶ “...solamente porque se había escrito (arts. 1o. y 2o.) el elemento nativo en el corazón de toda asociación política, esa puede unir inextricablemente (artículo 3o.) el principio de la soberanía a la nación (en conformidad con el étimo, *natio* significa, en la origen, simplemente «nacimiento»”.²⁷

²³ A pesar de que no se considere uno de los libros del Proyecto *Homo Sacer*, “Medios sin fin”, publicado en Italia en 1996, es, según el propio Agamben, un conjunto de textos (escritos entre 1990 y 1995) que se refieren, cada uno a su modo, a un obrador [de obras], cuyo primer fruto fue la publicación del primer volumen de *Homo Sacer*, *el poder soberano y la vida desnuda*.

²⁴ Agamben, Giorgio, *Medios sem fin. Notas sobre a política*, trad. de Davi Pessoa, São Paulo, Autêntica, 2015, p. 27.

²⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Artículo 1o.- Los hombres nacen y son libres e iguales en derechos. Solo se pueden fundar las distinciones sociales en la utilidad común.

Artículo 2o.- El fin de toda la asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3o. El principio de toda la soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación, ningún individuo puede ejercer autoridad que aquella no emane expresamente”.

²⁷ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, 2015, p. 28.

El filósofo invita para que se deje de mirar a la Declaración como un instrumento de proclamación de valores metajurídicos vinculantes al legislador, para que sea visto frente a su real función en el Estado moderno: la inscripción originaria de la vida desnuda natural en el orden jurídico-político, controlado por el Estado, y que es su fundamento. El fundamento del Estado nación está en la unión del principio de la natividad y de la soberanía, y “los derechos son, pues, atribuidos al hombre solamente en la medida en que él se presupone inmediatamente evanescente (aunque no deba venir a la lumbre como tal) del *ciudadano*”.²⁸

Se puede decir, entonces, que el poder soberano divide a la sociedad entre aquellos aptos a ejercer su ciudadanía y los imposibilitados a tales derechos, a pesar de que teóricamente sean sujetos de estos mismos derechos. Agamben²⁹ afirma que en la “biopolítica moderna soberano es aquel que decide sobre el valor o sobre el desvalor de la vida como tal”. Es en el control biopolítico del derecho de vida y de muerte donde está la figura del *homo sacer*.

El *homo sacer* del antiguo derecho romano es un individuo que no se puede sacrificar, pero al mismo tiempo se puede matar —el hombre sacro, por destituirse completamente de la condición humana de protegido por el derecho. Una figura jurídico-política por la cual una persona, al proclamarse *sacer*, era legalmente excluida del derecho. Esta condición le impedía ser legalmente muerto (sacrificado), pero cualquiera podía matarlo, pues la ley no lo castigaba por eso. Beek³⁰ enseña que en el arcaico derecho romano la frase *sacer esto* era usada en fuentes religiosas y seculares, indicando una penalidad por un error cometido.

Agamben³¹ utiliza esta figura histórica para afirmar que *homo sacer* es la vida abandonada por el derecho, la vida desnuda. En ese contexto, el cuerpo es el elemento primordial de la estrategia política del soberano, pues al tomarlo sin identidad jurídica demuestra con claridad que la *bios*, como la vida política, ha sido reducida a *zōé*, aquí como vida animal, biológica.

Lo que revela *homo sacer* es la existencia del soberano como figura esencial del derecho occidental y de su orden política. El soberano existe porque tiene el poder de decretar la excepción del derecho, o sea, suspender el dere-

²⁸ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, 2010, p. 5.

²⁹ *Ibidem*, p. 149.

³⁰ Beek, Leon Ter, “Divine Law and the Penalty of Sacer Esto in Early Rome”, en Tellegen-Couperus, Olga, *Law and Religion in the Roman Republic*, Boston, Brill, 2012, parte 1, pp. 11-30.

³¹ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, 2010.

cho para decretar la existencia de la vida desnuda. Solo un poder soberano, que esté fuera de la orden y sobre el derecho, tiene el poder de decretar la suspensión del derecho a los demás.³²

En un Estado democrático de derecho, *homo sacer* se refiere a la vida abandonada, al sujeto que vive al margen de la sociedad. La precarización de las condiciones de vida, la marginalización de unos y el asesinato de otros, el apartamiento de todos los derechos previstos en la Constitución y en documentos internacionales de derechos humanos, son producciones continuas de vidas desnudas, sujetos expuestos a la violencia y a la miseria. Ésta es la cara cruda del Estado que prioriza el discurso normativo-jurídico de los derechos asumiendo un carácter simbólico, en detrimento de su implementación. En la sociedad brasileña, se representa la vida desnuda por este individuo destituido de derechos, cuya realidad no se alcanza por la normalización simbólica, para que los derechos y garantías fundamentales consten solamente “en el papel”.

Giacoa Junior³³ afirma que para Agamben, las declaraciones de derechos pueden y se deben comprender tanto como mecanismos para asegurar los derechos y libertades públicas como un instrumento de resignificación e inversión jurídico-político de la vida en la base institucional del Estado nación. Al realizar una crítica radical sobre los derechos humanos, Giacoa Junior³⁴ asevera que es la sacralidad, común al *homo sacer* y al carácter sagrado de los derechos humanos, la que instituye una insidiosa complicidad entre la vida desnuda y el poder biopolítico del derecho.

Marcelo Neves³⁵ indica que la fuerza simbólica de los derechos expresa una ambivalencia, en el sentido de que los textos (declaraciones, tratados, Constituciones, por ejemplo) sirven tanto a la manutención del *statu quo* de carencia de los derechos como a la superación de situaciones concretas de negación de los derechos. En esa perspectiva, constitucionalizar derechos sirve no solamente como mecanismo de enfriamiento de las movilizaciones sociales,

³² Ruiz, Castor, *Homo sacer, O poder soberano e a vida nua*, 2011, disponible en: <https://goo.gl/13YsEb>, acceso: 20 de enero de 2017.

³³ Giacoa Junior, Oswaldo, “Sobre direitos humanos na era da bio-política”, *Kriterion*, Revista de Filosofia, *online*, Belo Horizonte, v. 49, núm. 118, diciembre de 2008, disponible en: <https://goo.gl/WDynd>, acceso: 10 de enero de 2017.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Neves, Marcelo, “A força simbólica dos direitos humanos”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado-REDE online*, núm. 4, out./nov./dez. 2005, disponible en: <https://goo.gl/kmfxyL>, acceso: 10 de enero de 2017.

sino también como combustible de cambio para aquellos que aún consiguen luchar contra la opresión en un sistema que busca reducirlo a la vida desnuda.

Gontijo y Arcelo³⁶ analizan el discurso de los derechos bajo la óptica foucaultiana, y consideran como mecanismo de gubernamentalidad biopolítica las normas de derechos fundamentales. Conforme los autores, esas normas se hacen simbólicas porque ocupan el espacio político de declaradores de derechos, pero en la praxis son normas que prorrogan, “capaces de disimular y enfriar los movimientos sociales que las exigen”.³⁷ Es en este sentido donde está la fuerza simbólica de las declaraciones de derechos.

Así el análisis del discurso de los derechos por medio de la gubernamentalidad biopolítica apunta para la interpretación que busca problematizar la superación de la fuerza simbólica de los derechos como estrategias de dominación y de exclusión de los cognitivamente ambivalentes, esto es, de los económicamente descomprometidos, considerados inútiles, luego enemigos que necesitan alejarse o incluso sufrir la vida que se puede matar de los anormales.³⁸

Cuando analiza la constitucionalización simbólica, Marcelo Neves aborda el significado social y político de los textos constitucionales, exactamente en la relación inversa de su concretización jurídico-normativa. Al abordar los efectos sociales de la constitucionalización ineficaz, el autor discute la función simbólica de textos constitucionales carentes de concretización normativo-jurídica, especialmente en una sociedad en que amplios sectores de la población dependen de las más diversas prestaciones del Estado, pero no tienen acceso a ellas. Al texto constitucional simbólicamente incluyente se contraponen a la realidad constitucional excluyente. El autor explica que las ideas estructurantes del lenguaje constitucional, como los derechos fundamentales, la tripartición de los poderes, el proceso electoral y la concepción de isonomía, se desfiguran en la praxis del proceso en que concretiza.³⁹

Se sabe que en la modernidad se comprende la Constitución como una carta de libertad o pacto de poder, y es el vínculo estructural entre política

³⁶ Gontijo, Lucas de Alvarenga; Arcelo, Adalberto Antonio Batista, “A biopolítica nos Estados democráticos de direito: a reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica”, en *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo, Anales del XVIII Congreso Nacional del Conpedi, disponible en: <https://goa.gl/hp9RBX>, acceso: 15 ene. 2017.

³⁷ *Ibidem*, p. 5889.

³⁸ *Ibidem*, p. 5898.

³⁹ Neves, Marcelo, *op. cit.*, 1994, p. 91.

y derecho.⁴⁰ Al presentar las concepciones de Constitución, Marcelo Neves explica que Lassale no observó que los factores “materiales” de poder y el orden “jurídico” constitucional se encuentran en relaciones permanentes de implicación recíproca en esta relación entre política y derecho.

El discurso de los derechos, según Marcelo Neves, emerge en el contexto del disenso estructural que adviene de la sociedad moderna. Así, la apariencia traída por la constitucionalización, como representación ilusoria, es un método de inmunización del sistema político contra alternativas de consonancia del texto constitucional con la realidad. En este panorama, los derechos humanos y fundamentales deben promover la convivencia en las condiciones reales de disenso estructural. De este modo, por medio de la institucionalización de derechos fundamentales, “la Constitución reconoce la supercomplejidad de la sociedad, la disolución de criterios socialmente globalizantes de orientación de las expectativas, la inexistencia de un sistema social supremo”.⁴¹

Sin embargo, la disonancia entre el texto de la Constitución y la realidad social brasileña denuncia un sistema de violencia en faz de los individuos vulnerables. La red de poder, en la perspectiva foucaultiana, actúa en la manutención del *statu quo*, y el ejercicio del poder soberano controla vidas desnudas, volviéndolas inútiles y desechables. En un país que se quiere democrático, el trabajo esclavo es una forma de violencia que saca del sujeto todos los derechos que las declaraciones de derechos humanos y la Constitución le aseguran.

En virtud de los compromisos internacionales asumidos por el país y de la propia obligación establecida constitucionalmente, el Estado brasileño se ve compelido a adoptar medidas de combate al trabajo esclavo. Todavía, su actuación es controlada por agentes políticos y económicos que influyen directamente en las decisiones del Estado. Frente a esto, la exploración del trabajo esclavo se mantiene, librándose de las vidas, y los sujetos que componen la red de poder continúan con el lucro de la exploración violenta de la vida humana.

III. EL ESCENARIO DEL TRABAJO ESCLAVO EN BRASIL Y LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 81/2014 COMO UN CASO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN SIMBÓLICA

El compromiso del Estado brasileño en enfrentar el trabajo forzado está en la Constitución Federal, que en su artículo 5o., inciso III, determina que

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 70.

no se someterá nadie al trato inhumano o degradante, a ejemplo de las formas contemporáneas de esclavitud, bien como en los derechos sociales previstos en los artículos 6o. y 7o., que aseguran la garantía del trabajo decente, antítesis del trabajo esclavo. De otra forma, el compromiso internacional del país en enfrentar el trabajo forzado existe desde su adhesión a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que posee, entre los principios fundamentales y los fines generales, definidos en la Declaración de Filadelfia de 1944, la erradicación del trabajo esclavo, además del país haber ratificado posteriormente diversos tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional del trabajo, a ejemplo de las convenciones 29⁴² y 105.⁴³

Se reconoció, oficialmente, el trabajo esclavo, que es un problema global,⁴⁴ por el Estado brasileño, en 1995, frente a la OIT, como un grave problema social, y desde entonces el país reformuló su sistema de combate a la esclavitud. Para esto, creó el Plan Nacional del Combate al Trabajo Esclavo, el Pacto Nacional de Combate al Trabajo Esclavo; instaló la Comisión Nacional para Erradicación del Trabajo Esclavo (Conatrae) y sus respectivas comisiones estatales; creó Grupos Muebles de Fiscalía e implementó la llamada “lista sucia”.⁴⁵ Tal lista, creada en 2004 por la Publicación Ministerial 540 del Ministerio del Trabajo y Empleo, es un catastro de empleadores infractores flagrados por la fiscalía explorando mano de obra esclava.⁴⁶

⁴² Convención concerniente a Trabajo Forzado u Obligatorio, adoptada por la Conferencia en su Décima Cuarta Sesión, Ginebra, 28 de junio de 1930 (con las modificaciones de la Convención de Revisión de los artículos finales, de 1946).

⁴³ Convención 105, concerniente a la abolición del trabajo forzado, adoptada por la Conferencia en su cuadragésima sesión, Ginebra, 25 de junio de 1957.

⁴⁴ De acuerdo con la ONU, la región del planeta con la mayor prevalencia de trabajo esclavo (definida como el número de víctimas por mil habitantes) es el centro y sudeste de Europa (compuestos por países que no integran la Unión Europea) y la Comunidad de Estados Independientes (4,2 por 1,000 habitantes). En seguida, están África (4 por 1,000 habitantes), Medio Oriente (3,4 por 1,000 habitantes), Asia-Pacífico (3,3 por 1.000 habitantes), América Latina y Caribe (3,1 por 1,000 habitantes) y, por fin, las economías desarrolladas y la Unión Europea (1,5 por 1,000 habitantes).

⁴⁵ Organização Internacional do Trabalho, *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil, a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*, Brasília, 2010, disponible en: <https://goo.gl/bkDZeW>, acceso: 30 mayo 2017.

⁴⁶ Brasil, Ministerio del Trabajo y Empleo, Publicación núm. 540, del 15 de octubre de 2004, Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 19 de octubre de 2004.

Publicación núm. 540, del 15 de octubre de 2004, del Ministerio del Trabajo y Empleo. “Artículo 1o. Crear, en el ámbito del Ministerio del Trabajo y Empleo –MTE–, el catastro de Empleadores que hayan mantenido trabajadores en condiciones análogas a la de esclavo.

Las empresas constantes en este catastro fueron listadas y divulgadas a la sociedad, como mecanismo de transparencia, a fin de permitir que fueran adoptadas otras acciones, tales como comprometimiento de venta de sus productos a partir de la evaluación de la sociedad y la cancelación de contratos con proveedores. Se reconoció el referido catastro internacionalmente como un mecanismo eficaz de fiscalía del trabajo esclavo.

Todavía en diciembre de 2014, durante el receso judicial, una liminar del presidente del Supremo Tribunal Federal en aquel momento, Ricardo Lewandowski, suspendió su publicación. Se concedió la decisión en el interior de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIn), núm. 5.209, ajuiciada por la Asociación Brasileña de Incorporadoras Inmobiliarias (Abrainc), que sostuvo la inconstitucionalidad de la Publicación Interministerial del Ministerio del Trabajo y de la Secretaría de Derechos Humanos, MTE/SDH, núm. 2, del 12 de mayo de 2011, y de la Publicación MTE, núm. 540, del 19 de octubre de 2004, porque sustituyen la competencia legislativa del Congreso Nacional, además del procedimiento de inclusión violar el debido proceso legal (Brasil, 2016).

La resolución de la controversia ocurrió en mayo de 2016, cuando la ministra Cármen Lúcia, relatora de la ADIn, juzgó la acción y reconoció la pérdida de su objeto, porque dos publicaciones interministeriales posteriores revocaron la norma impugnada y alteraron sustancialmente el contenido de las normas que originaron la acción.

La creación de la “lista sucia” tiene efectos simbólicos y efectivos. Primeramente, produce el efecto de que esos derechos existen y deben ser reconocidos. Segundo, sugiere que hay consecuencias reales a su violación. Sin embargo, la dinámica de la red de poder que hay en la tensión entre política y derecho tiene en el poder económico un fuerte agente de influencia en las decisiones del Estado, creando aún más violaciones de derechos e impidiendo el avance de pautas sociales que atiendan a aquellos que son impedidos del disfrute de los derechos, creando y manteniendo la vida desnuda.

Otro avance que se reconoció como vanguardista por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se refiere a la actualización, en 2003, de la legislación criminal para introducir el concepto moderno de trabajo esclavo,⁴⁷ el

Artículo 2o. La inclusión del nombre del infractor en el Catastro ocurrirá tras decisión administrativa final relativa al auto de infracción escrito en consecuencia de acción fiscal en que haya habido la identificación de trabajadores a condiciones análogas a la de esclavo”.

⁴⁷ De acuerdo con el artículo 149 del Código Penal brasileño, el crimen de *reducción a condición análoga a la de esclavo* se define como “reducir a alguien a condición análoga a la de esclavo, quiere sometiéndolo a trabajos forzados o a jornada exhaustiva, o sometiéndolo a condiciones

cual se alinea a las discusiones internacionales sobre el tema, lo que involucra no solamente la restricción de libertad y la servidumbre por deudas, sino otros actos que violan la dignidad del individuo. En el Código Penal hay la aclaración de que reducir alguien a la condición análoga a la de esclavo es no solamente la privación de libertad, sino también la exposición a las situaciones en las cuales es imposible garantizar su dignidad.

Hay cuatro tipos de crímenes relacionados con el “trabajo análogo al de esclavo”, a saber: la sumisión de una persona a trabajos forzados (como caracterizado en la Convención 29 de la OIT); la imposición de jornadas de trabajo exhaustivas; la sumisión de alguien a la realización de trabajos en condiciones degradantes y la sumisión de un individuo a una deuda fraudulenta directamente relacionada con la ejecución del trabajo. Sobre la inserción en el tipo penal del término “condiciones degradantes del trabajo”, reflexiona Sousa:⁴⁸

La inserción de la “dignidad humana”, degradante, en el concepto es resultado de un histórico de las relaciones laborales, con posiciones plenamente definidas; dominantes y dominados. Estas posiciones históricamente consuetudinarias superan el factor físico humano y adentran en el factor cognitivo cristalizando, intuitivamente, una forma de dominación material y mental. Contribuyendo, así, para que los seres humanos colocados en condiciones degradantes de trabajo creen que su única utilidad en el mundo es ejercer su fuerza de trabajo en pro de su empleador.

El concepto de esclavitud se amplía para comprender las condiciones degradantes de trabajo; esto es, cuando la violación de derechos fundamentales pone en riesgo la salud y la vida del trabajador, y la jornada exhaustiva, situación en que se somete la persona a esfuerzo excesivo o sobrecarga, que implica daños a su salud o riesgo de muerte.

Pero hay un esfuerzo de revisar la legislación vigente sobre el trabajo esclavo, a ejemplo del Proyecto de Ley 432/2013, en trámite en el Senado Federal, de autoría de la Comisión Mixta del Congreso Nacional, presidida por el senador Romero Jucá (Partido del Movimiento Democrático Brasileño —PMDB—) y por el diputado federal Cândido Vaccarezza (Partido de los Trabajadores —PT—), que pretende restringir el concepto de TEC para incidir solamente en las hipótesis de cercenamiento de la libertad del trabajador.

degradantes de trabajo, o restringiendo, por cualquier medio, su locomoción debido a deuda contraída con el empleador o prepuesto”.

⁴⁸ Sousa, Roseane Barcellos Marques, *op. cit.*, p. 114.

Así, el avance legislativo que se consiguió con la alteración en el Código Penal en 2003⁴⁹ en lo que se refiere a la inclusión de las condiciones degradantes o jornadas exhaustivas estarían fuera del concepto.

Proyecto de Ley núm. 432/2013.

Art. 1o. [...] §1o. Para fines de esta Ley, se considera trabajo esclavo:

I. La sumisión a trabajo forzado, exigido bajo amenaza de punición, con uso de coacción, o que se concluye de manera involuntaria, o con restricción de la libertad personal.

II. El cercenamiento del uso de cualquier medio de transporte por parte del trabajador, con el fin de retenerlo en el local del trabajo;

III. La manutención de la vigilancia ostensiva en el local de trabajo o la apropiación de documentos u objetos personales del trabajador, con el fin de retenerlo en el local de trabajo; e

IV. La restricción, por cualquier medio, de la locomoción del trabajador debido a la deuda contraída con empleador o prepuesto.

§ 2º El mero incumplimiento de la legislación del trabajador no se encuadra en lo dispuesto en el §1o.

Estas discusiones que pretenden enflaquecer el combate al trabajo esclavo en el país ocurren comandadas por un grupo de diputados, que pasó a ser conocido en la práctica política como “grupo ruralista”. La investigadora Sandra Costa⁵⁰ explica que el “grupo ruralista” se forma por un conjunto de políticos empresarios de la industria o del comercio, propietarios de tierras (grilleros y latifundistas), que defienden intereses, como la aprobación de recursos del presupuesto público, obras de infraestructura y crédito rural para la producción de *materias primas*, siendo esta una de las principales resistencias a la reforma agraria,⁵¹ en Brasil.

⁴⁹ La redacción actual del crimen de “reducción la condición análoga a la de esclavo”, dada por la Ley 10.803, del 11 de diciembre de 2003, ocurrió en el interior de acciones adoptadas por el Estado brasileño tras la solución amistosa alcanzada por el país frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso José Pereira” (petición 11.289, Informe 95/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en que el Estado, entre los compromisos asumidos, se obligó a realizar modificaciones legislativas para perfeccionar la legislación nacional de combate al trabajo esclavo.

⁵⁰ Costa, Sandra Helena Gonçalves, *A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no Congresso Nacional*, 2012, 325 f., Disertación (Programa de Postgrado en Geografía Humana), Universidad de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

⁵¹ Según el Estatuto de la Tierra (artículos 1o. y 2o.), la reforma agraria es el conjunto de medidas para promover la mejor distribución de tierra frente a modificaciones en el régimen

En su investigación, Sandra Costa⁵² afirma que la presencia del grupo hace trabas para la disminución de la concentración de tierra y para el reconocimiento de los derechos de los quilombolas⁵³ e indígenas. Se comprobó la participación de congresistas en casos de flagrante explotación de trabajo esclavo en sus propiedades.⁵⁴ Luego, la ineffectividad de actuación del Estado, como manifestación del propio interés de los sujetos que lo integran, desnuda al individuo víctima del trabajo esclavo de cualquier tutelaje jurídico, y en consecuencia, genera un cuerpo “cualquiera”, que no se clasifica, una vida desnuda desprotegida por el derecho.

A pesar de la existencia del sistema formalmente creado de responsabilización de los exploradores, la impunidad aún es regla en el país. En este sentido, en 2010 la Relatoría Especial de la ONU sobre formas contemporáneas de esclavitud resaltó la impunidad “con la cual dueños de tierras, empresas locales e internacionales, bien como intermediarios, conocidos como «gatos», son beneficiados”.⁵⁵ Además de eso, en 2012 el Consejo de Derechos Humanos, en el ámbito de la Revisión Periódica Universal, le solicitó a Brasil que adoptara medidas legislativas y mecanismos eficaces para combatir con efectividad el trabajo esclavo en Brasil. En la visión de las Naciones Unidas, erradicar el trabajo esclavo necesita una acción coordinada de todos los países, con medidas eficientes que disminuyan las ventajas de los exploradores y mitiguen la vulnerabilidad social de las víctimas.

Normas simbólicas se caracterizan por la baja normatividad y, en ese escenario de avances y retrocesos, desde 1999 tramitaba en el Congreso Nacional la PEC 57A/1999, con el objetivo de posibilitar la expropiación de las tierras donde sean encontrados trabajadores sometidos a condiciones análogas a las de esclavo.

de pose y uso, a fin de atender a los principios de justicia social, desarrollo rural sostenible y aumento de la productividad. También involucra otras cuestiones fundamentales y estratégicas, como soberanía alimentaria, producción de alimentos y control territorial.

⁵² *Idem*.

⁵³ [N.T.] Quilombolas son los convecinos de los Quilombos, lugares donde se refugiaban los esclavos y que siguen existiendo.

⁵⁴ Entre los diputados estudiados, Sandra Costa constató que alrededor de 351 poseen una totalidad de 863,646 hectáreas de tierras en sus nombres, en nombre de sus familiares o de empresas de las cuales son propietarios, cuotistas o accionistas, según datos obtenidos del Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (Incra). Costa, Sandra, *op. cit.*

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Trabajo esclavo*, Brasilia, abril de 2016, disponible en: <https://goo.gl/KX7wZj>, acceso: 20 de enero de 2017, p. 7.

Tras un largo periodo de tramitación, en 2014 entró en vigor la Enmienda Constitucional 81, que prevé la expropiación de propiedades urbanas o rurales en las cuales haya sido constatada la práctica del trabajo esclavo. Sin embargo, se editó una norma de eficacia limitada, al establecer que el procedimiento ocurrirá “en la forma de la ley”. Todavía no hay una ley que reglamente el dispositivo; en el Congreso Nacional tramitan algunos proyectos de ley, como el ya comentado PL 432/2013, que, a pretexto de reglamentar el artículo 243 de la Constitución, disminuye el alcance del concepto del trabajo esclavo.⁵⁶

Marcelo Neves⁵⁷ explica que la constitucionalización simbólica es un problema típico del Estado periférico. En la modernidad periférica, el problema estructural es la falta de autonomía operacional de los sistemas jurídico y político, que son bloqueados externamente por imposiciones de los demás sistemas sociales, especialmente el económico. Neves⁵⁸ utiliza la teoría de los sistemas, de Luhman, para explicar la lógica de inclusión-exclusión de los individuos en el sistema social. En palabras del autor, el problema de la “marginalidad” o “exclusión” es un problema de “subintegración” en los sistemas funcionales de la sociedad, en que el individuo depende del sistema, pero no tiene acceso a sus prestaciones. Por otro lado, la “superintegración” es el acceso a los beneficios del sistema sin dependencia de sus reglas y criterios.

La “subintegración” del individuo, presentada por Neves, es la vida desnuda descrita por Giorgio Agamben. Se trata del individuo excluido del orden jurídico —en el caso brasileño, es el sujeto víctima del trabajo esclavo, el subciudadano, excluido de todos los derechos que formalmente el Estado democrático de derecho le garantiza—.

Como resalta Neves,⁵⁹ “la práctica política y el contexto social favorecen una concretización restringida y excluyente de los dispositivos constitucionales”, siendo la constitucionalización simbólica un mecanismo de control de

⁵⁶ Brasil, Senado Federal, Projeto de Lei núm. 432, de 2013, Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizam a exploração de trabalho escravo e dá outras providências, disponible en: <https://goo.gl/PJS3Vq>, acceso: 21 de enero de 2017. “Artículo 1o. Los inmuebles rurales y urbanos, donde se identificó la explotación de trabajo esclavo directamente por el propietario, serán expropiados y destinados a la reforma agraria y a programas de habitación popular, sin cualquier indemnización al propietario que fue condenado, en sentencia penal por fuerza de cosa juzgada, por la práctica de explotación del trabajo esclavo, y sin perjuicio de otras sanciones previstas en ley, conforme el artículo 243 de la Constitución Federal”.

⁵⁷ Neves, Marcelo, *op. cit.*, 1994.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 159.

la vida en este estado biopolítico contemporáneo. Cuando el Estado actúa de esta forma, escoge quién va a vivir y quién va solamente a supervivir.

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN SIMBÓLICA COMO PRÁCTICA BIOPOLÍTICA DE CONTROL SOBRE LA VIDA

El *homo sacer* es el incluido por la exclusión y excluido de forma inclusiva. Al ser incluido por el abandono, está expuesto a la vulnerabilidad de todas las formas de violencia. Esa figura paradójica, utilizada por Giorgio Agamben, revela los dos individuos que están fuera y sobre el orden: o *homo sacer* o soberano.

La vida humana abandonada por el derecho —el *homo sacer*— existe porque hay una voluntad soberana que tiene el poder de suspender el orden, decretar la excepción y la existencia de la vida desnuda. Se colocó esta vida desnuda afuera de la jurisdicción humana, y tiene como mayor ejemplo, traído por Agamben, la vida en el campo de concentración.

El campo es el espacio biopolítico de total control de la vida, “es solamente el lugar donde se realizó la más absoluta *conditio inhumana* que haya ocurrido sobre la tierra”.⁶⁰ Si hay control total sobre la vida, podemos ver en los locales de trabajo de los trabajadores esclavos el campo contemporáneo del *homo sacer* brasileño, pues el explotador tiene sobre la persona esclavizada el control de su autonomía individual, poniéndola en completa vulnerabilidad, impidiendo su libertad.

Y la manutención de ese control de la vida ocurre cotidianamente por el poder soberano, sea por la ineficiencia de las políticas implementadas, sea por la creación de normas jurídicas que poseen poca efectividad sobre la realidad constitucional, normalizando simbólicamente. Neves (1994) propugna que la constitucionalización simbólica tiene una mayor amplitud en las dimensiones temporal y material. Su uso enfría la exigencia de los derechos y no modifica la realidad; al contrario, se hacen menos efectivos los derechos fundamentales del Estado de derecho.

Gontijo y Arcelo⁶¹ ven esta práctica de gubernamentalidad vinculada a la defensa del mercado. En los países en desarrollo, la biopolítica es una política de invisibilidad de ciudadanos que viven en subciudadanía; así, el biopoder en las sociedades capitalistas de gran desigualdad social aún permanece en

⁶⁰ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, 2010, p. 162.

⁶¹ *Ibidem*, p. 5892.

el campo entre la vida y la muerte, que son claramente determinadas por los intereses patrimonialistas. De ese modo, el mantenimiento del *statu quo* y la obtención del lucro es el objetivo fundamental del poder económico.

El propio Marcelo Neves afirma que la expansión del sistema económico, con su código binario (*tener o no tener*), destruye la autonomía de los sistemas político y jurídico. En los juegos estratégicos de dominación, la constitucionalización simbólica forja el aparato de protección de que la mayoría de los sujetos vulnerables necesitan. En el caso de la exploración del trabajo esclavo, una norma constitucional simbólica mantiene el problema social, controlando las vidas desnudas, con la construcción cotidiana de subciudadanos, de individuos completamente excluidos de derechos fundamentales que deberían crear las condiciones necesarias para la vida digna.

V. CONCLUSIÓN

Al retomar los cuestionamientos propuestos para este artículo —por qué no se cumplen las normas de derechos fundamentales y se hacen simbólicas y por qué el Estado brasileño no mejora sus mecanismos de combate a la esclavitud, a ejemplo del caso de la Enmienda Constitucional 81/2014, que podría tener un tutelaje más eficiente, creándose una norma de eficacia plena, en vez de condicionar su aplicación a la regulación infraconstitucional— nos vemos frente a la necesidad de repensar las posibilidades del Estado democrático de derecho.

Las declaraciones de derechos tienen una función histórico-política doble: son emancipadoras, y contribuyen para la lucha por mejoras de vida de la población e integran los procesos de sujeción de la vida desnuda al poder soberano. Los derechos fundamentales, utilizados en esta segunda función, son normas simbólicas que surgen no para modificar la realidad social; al revés, se pretende intensificar las luchas por dignidad y conformar el sujeto en la vida de exclusión. El texto constitucional incluyente se contrapone a la realidad, excluyente y sin adopción de medidas para iniciar un proceso que concretiza, inviabilizando los compromisos de la Constitución de construir una sociedad menos desigual.

El estudio de la situación de los trabajadores esclavos en Brasil revela una vida inserida en una red de protección sistemática de “vidas que se puede matar”, vidas desnudas, en que la expresión simbólica de los derechos fundamentales no les pertenece, pues fueron excluidos de la jurisdicción humana.

La producción de normas simbólicas surge, entonces, como un mecanismo más de control sobre la vida, en la perspectiva biopolítica, y contribuye para la manutención del *statu quo* frente a la reproducción de la desigualdad social.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ação Direta de Inconstitucionalidade núm. 5209, Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2016, fecha de consulta: 10 de julio de 2017, disponible en: <https://goo.gl/2yXskD>.
- AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer, O poder soberano e a vida nua I*, 2a. ed., trad. de Henrique Burig, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio, *Meios sem fim. Notas sobre a política*, trad. de Davi Pessoa, São Paulo, Autêntica, 2015.
- BALES, Kevin, *Disposable People, New Slavery in the Global Economy*, 3a. ed., Berkeley, University of California Press, 2012.
- BEEK, Leon ter, “Divine Law and the Penalty of Sacer Esto in Early Rome”, en TELLEGEN-COUPERUS, Olga, *Law and Religion in the Roman Republic*, Boston, Brill, parte 1, 2012.
- BRASIL, Ministerio del Trabajo y Empleo, publicación núm. 540, del 15 de octubre de 2004, *Diário Oficial da União*, 19 de octubre de 2004.
- BRASIL, Ministerio del Trabajo y Empleo, *Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo de 2016*, 2016, fecha de consulta: 10 de julio de 2017, disponible en: <https://goo.gl/yS5V5i>.
- BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei núm. 432, Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências, 2013, disponible en: <https://goo.gl/PJS3Vq>, acceso: 21 de enero de 2017.
- CASTRO, Edgard, *Introdução a Giorgio Agamben. Uma arqueologia da potência*, trad. de Beatriz de Almeida Magalhães, Belo Horizonte, Autêntica, 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil verde contra a República Federativa do Brasil*, sentencia del 20 de octubre de 2016, exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 2016, fecha de consulta: 20 de febrero de 2017, disponible en: <https://goo.gl/uNzLN5>.
- COSTA, Sandra y GONÇALVES, Helena, *A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no Congresso Nacional*, disertación, Programa de Pós-graduação em Geografia Humana, Universidad de São Paulo, USP, São Paulo, 2012.

- ENRIQUEZ, Eugène, “O homem do século XXI, sujeito autônomo ou indivíduo descartável”, *RAE-eletrônica* (v. 5, n. 1, art. 10, ene./jun.), 2006, fecha de consulta: 15 de enero de 2017, disponible en: <https://goo.gl/023k>.
- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*, Petrópolis, Vozes, 1975.
- GIACOIA JUNIOR, Oswaldo, “Sobre direitos humanos na era da bio-política”, *Kriterion, Revista de Filosofia* (v. 49, n. 118, diciembre de 2008), 2008, fecha de consulta: 10 de enero de 2017, disponible en: <https://goo.gl/WDymd>].
- GONTIJO, Lucas de Alvarenga *et al.*, “A biopolítica nos Estados democráticos de direito, a reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica”, *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, Anales del XVIII Congreso Nacional del Conpedi, 2009, fecha de consulta: 15 de enero de 2017, disponible en: <https://goo.gl/hp9RBX>.
- NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo, “A força simbólica dos direitos humanos”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE online* (ed. núm. 04), 2005, fecha de consulta: 10 de enero de 2017, disponible en: <https://goo.gl/knfxjL>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Trabalho Escravo”, 2016, fecha de consulta: 20 de enero 2017, disponible en: <https://goo.gl/KX7wZj>.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, “As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil, a erradicação do trabalho análogo ao de escravo”, 2010, fecha de consulta: 30 de mayo de 2017, disponible en: <https://goo.gl/bkDZeW>.
- RUIZ, Castor, *Homo sacer, O poder soberano e a vida nua*, 2011, fecha de consulta: 20 de enero de 2017, , disponible en: <https://goo.gl/13YsEb>.
- SOUSA, Roseane Barcellos Marques, *Trabalho escravo contemporâneo e Estado capaz no Brasil*, tesis, Doctorado en administración pública y gobierno-Escuela de Administración de Empresas de São Paulo, FGV, São Paulo, 2015.
- WALK FREE FOUNDATION, *The Global Slavery Index 2016*, 2016, fecha de consulta: 10 de julio de 2017, disponible en: <https://goo.gl/jQtBnW>.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



KAPLAN, David S., “Mercados laborales”, en HEATH, Jonathan (coord.), *Lecturas en lo que indican los indicadores. Cómo utilizar la información estadística para entender la realidad económica de México*, México, Editorial Color-Inegi-Banxico-Mide, vol. III, 2021.*

El nexo entre el derecho del trabajo y la economía, tanto en un aspecto académico como en el devenir de la sociedad, es innegable; ambos sistemas están ligados intrínsecamente. Esto es porque los derechos laborales requieren de posibilidades materiales para poder realizarse; y, por otro lado, los derechos laborales se traducen en regulaciones, o sea, medidas que determinan el funcionamiento del mercado laboral e influyen en su productividad, y, en un espectro más amplio, definen parcialmente el panorama para la atracción de inversión y el crecimiento de las empresas nacionales.

La obra *Lecturas en lo que indican los indicadores. Cómo utilizar la información estadística para entender la realidad económica de México*, vol. III, es parte de una serie de publicaciones dirigidas por Jonathan Heath, subgobernador del Banco de México; el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) y el Museo Interactivo de Economía (MIDE). En esta obra, diversos expertos exponen la forma en que los indicadores influyen su objeto de estudio y/o la práctica que día a día se realiza en sus diversas especialidades, y nos acercan a conocer más específicamente lo que estos indicadores quieren decirnos. Cada capítulo es de gran valor; sin embargo, en esta reseña nos centraremos en el tema de los indicadores relativos al mercado laboral.

En el capítulo de mercados laborales del tercer volumen de la obra, David Scott Kaplan, doctor en economía por la Universidad de Cornell y destacado economista y especialista en la División de Mercados Laborales del Banco Interamericano de Desarrollo, expone cómo debemos entender los indicadores económicos que tenemos disponibles en México para poder tener un mejor entendimiento del mercado laboral de nuestro país. El propósito de esta lec-

* Recibido el 5 de febrero de 2022 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.



tura es explicar la correcta interpretación y, por lo tanto, el significado de los indicadores laborales más importantes de México, y asistir a los analistas a realizar estudios basados en evidencia.

David Kaplan aprovecha la vasta información estadística laboral en México, considerando la encuesta de hogares y la información detallada de trabajadores asegurados ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), para asegurar que los analistas que estudien estos datos realicen análisis más detallados y precisos.

Para iniciar el capítulo, el autor expone la forma en que, a través de su larga experiencia analizando el mercado laboral mexicano, deben ser interpretadas las cifras de la Encuesta Nacional de Empleo y Ocupación (ENOE), la cual ofrece datos a partir de entrevistas realizadas a informantes de hogares seleccionados para recabar información laboral, de personas que tengan quince años o más; sólo estas personas pueden trabajar de forma legal en nuestro país. Ésta, según el autor, debe ser interpretada tomando en cuenta que los indicadores no son exactamente descriptivos de los hechos, sino que son estimaciones de éstos, y por lo tanto los productos de la encuesta pueden tener explicaciones que no reflejen con exactitud la realidad. Asimismo, reconoce que las encuestas no son instrumentos perfectos, y la existencia de factores estacionales hacen la comparación imposible.

De los indicadores que contiene la ENOE, David Kaplan explica lo que es la tasa de desempleo y la forma de definirlo con exactitud para poder determinar su uso en una situación particular. Él describe la forma en que se compone el indicador y ciertas cosas que éste señala, como son la subutilización de la fuerza de trabajo, las razones por las cuales se llegó al desempleo, ni tampoco indica cuál es la calidad del empleo. Esta exposición no busca criticar al indicador, sino aclarar lo que representa realmente. En la ENOE también se detecta la tasa de participación laboral, la cual el autor nos detalla, y señala lo que puede indicar, pues las crisis económicas no sólo se reflejan en la tasa de desempleo, sino también en otros indicadores, como éste.

La brecha laboral es para el autor de esta reseña, el indicador más resaltante de los que aborda en su capítulo. Esto, debido a que este indicador es una medida más exhaustiva para medir la subutilización de la fuerza de trabajo en el mercado laboral, pues incorpora a dos dimensiones que excluimos al solamente observar la tasa de desempleo; o sea, el subempleo y el desempleo disfrazado, conceptos explicados por el autor, para a su vez poder describir la composición de este indicador. Resumidamente, este indicador es importante, en cuanto a que el desempleo no es el único fenómeno que puede señalar

una situación complicada en el mercado laboral, pues también es posible considerar a las personas inactivas, porque prefieren no trabajar, y aquellas que lo hacen en una actitud de desaliento; e igualmente distinguir entre personas que están satisfechas con las horas que trabajan y aquellas que quisieran laborar más horas.

Además de estos indicadores, David Kaplan señala ciertas malinterpretaciones comunes de otro indicador sumamente importante: la tasa de informalidad. Este indicador fue tomado por el INEGI de fuentes internacionales, y distingue entre trabajadores subordinados remunerados (1), trabajadores subordinados no remunerados (2) y trabajadores independientes (3).

Para el primer tipo de trabajadores (1), la tasa de informalidad indica si tienen o no acceso a atención médica por parte de su trabajo, definición difundida generalmente y entendida equivocadamente como la tasa de informalidad en general. Para el segundo tipo de trabajadores, aquellos subordinados, pero no remunerados (2), la informalidad abarca a la totalidad de este colectivo. Pero para el caso de trabajadores independientes (3), la situación es bastante diferente, pues su formalidad responde a su negocio, sin importar su acceso a esquemas de salud por parte de su trabajo. La formalidad del negocio para zonas no agropecuarias indica llevar registros contables para fines de pago de impuestos, por lo que los trabajadores agropecuarios independientes se consideran informales en su totalidad, y los empleadores agropecuarios se clasifican como formales, sin relación con el hecho de que lleven registros contables. Kaplan concluye que la formalidad no siempre indica tener acceso a seguridad social, y el grupo que tiene acceso a la seguridad social son los subordinados remunerados; fuera de este grupo, hay pocos trabajadores con acceso a la seguridad social. Es por ello por lo que es recomendable tener claro el significado de informalidad laboral para el INEGI, entre una multiplicidad de ideas alrededor del mundo sobre lo que ello representa.

Asimismo, el autor detalla los indicadores provenientes de la ENOE, pues es una fuente importante de indicadores salariales. Sin embargo, puede haber imprecisiones en las respuestas, dado que se trata de una encuesta respondida por personas que en algunos casos buscan tener secrecía acerca de sus ingresos, entre otras razones.

Para afrentar esta limitante, el autor propone utilizar los indicadores que calcula el Coneval, en especial aquel denominado “pobreza laboral”. La pobreza laboral indica el porcentaje de personas que viven en hogares que reciben ingresos laborales insuficientes para adquirir la canasta alimentaria, o sea, las necesidades más básicas. Aunado a éste, el autor indica que el Coneval

cuenta con múltiples indicadores salariales, como el ingreso laboral per cápita y la estimación de la masa salarial, que operan por intervalos, se mitigan algunos problemas que se presentan a la hora de realizar cálculos salariales precisos.

Además, existen datos sobre el mercado laboral que publica el IMSS cada mes respecto a los puestos de trabajo afiliados al Instituto. Existen datos detallados sobre empleo y salarios, pues se reporta el número de puestos afiliados, el salario base de cotización, que es el utilizado para calcular las cuotas obrero-patronales, así como las contribuciones al Infonavit y para el retiro. David Kaplan explica los retos que presenta analizar los datos del IMSS, en particular los salarios; pero reconoce las capacidades de estos datos. A su vez, este mismo organismo publica datos acerca de la rotación laboral, o sea, sobre las contrataciones y separaciones que hay mes con mes. Haciendo un balance entre ambas, se puede conocer con claridad el cambio en el empleo, aquel registrado ante el IMSS. Ello nos puede revelar el dinamismo del mercado laboral y a la vez indicarnos sobre el estado de éste.

Como dice el autor, “es responsabilidad del analista” conocer estas y otras consideraciones para poder dar cifras y opiniones acertadas sobre el mercado laboral mexicano, evitando llegar a conclusiones erróneas o guiarnos por apariencias. Para aquellos dedicados al análisis legal, en sus diversas vertientes, es necesario poder entender con precisión el comportamiento del mercado laboral, y así entender la forma en que las normas jurídicas moldean su comportamiento, y viceversa, la forma en que las regulaciones deben adaptarse al mercado laboral actual.

José Pablo HERNÁNDEZ RAMÍREZ**

** Licenciado en derecho y maestrante en filosofía del derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; consultor en temas laborales para diversos organismos nacionales e internacionales, con amplia experiencia en temas académicos.

INFORME
DE SEGURIDAD
SOCIAL



INFORME: AVANCES Y RETROCESOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO, 2021*

REPORT: PROGRESS AND SETBACKS OF SOCIAL
SECURITY IN MEXICO, 2021

RAPPORT : PROGRES ET RECULS DE LA SÉCURITÉ
SOCIALE DU MEXIQUE, 2021

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**

RESUMEN: La seguridad social es un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales y también en la legislación interna de cada país occidental del mundo. Esto ha sido posible gracias al desarrollo constante perceptible en los sucesos relacionados con la generación, administración y aplicación del derecho de la seguridad social. En este contexto, la seguridad social puede presentar avances o retrocesos si se analiza en un periodo determinado. Por lo anterior, este informe se ocupa de presentar los eventos más importantes de 2021 en esa materia en México, desde el enfoque que dan los cambios en programas y políticas sociales; las principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; las reformas legislativas y los avances en seguridad social internacional.

Palabras clave: seguridad social, México 2021, programas sociales, derecho internacional de la seguridad social.

ABSTRACT: Social security is a human right recognized in international instruments and also in the internal legislation of each Western country

* Recibido el 7 de enero de 2022 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Profesora-investigadora titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México, nivel II, y profesora de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad El Externado, Colombia, mgabriela@uaem.mx. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>.



in the world. This has been possible thanks to the constant development perceptible in the events related to the generation, administration and application of social security law. In this context, social security can present advances or setbacks if it is analyzed in a given period. Due to the above, this report deals with presenting the most important events of 2021 in this area in Mexico, from the perspective they give: changes in social programs and policies; the main resolutions of the Supreme Court of Justice of the Nation; legislative reforms and advances in international social security.

Keywords: social security, Mexico 2021, social programs, international social security law.

RÉSUMÉ: La sécurité sociale est un droit de l'homme reconnu dans les instruments internationaux et aussi dans la législation interne de chaque pays occidental dans le monde. Cela a été possible grâce à l'évolution constante perceptible des événements liés à l'élaboration, à l'administration et à l'application du droit de la sécurité sociale. Dans ce contexte, la sécurité sociale peut présenter des avancées ou des reculs si elle est analysée sur une période donnée. En raison de ce qui précède, ce rapport traite de la présentation des événements les plus importants de 2021 dans ce domaine au Mexique, du point de vue qu'ils donnent : changements dans les programmes et politiques sociaux ; les principales résolutions de la Cour Suprême de Justice de la Nation ; les réformes législatives et les avancées de la sécurité sociale internationale.

Mots-clés : droit international de la sécurité sociale, Mexique 2021, programmes sociaux, sécurité sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto socioeconómico y político.* III. *Los cambios en programas y políticas sociales.* IV. *Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Reformas normativas.* VI. *Disposiciones especiales del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).* VII. *Seguridad social internacional.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes de investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

En 2021 estuvo marcado principalmente por los efectos de la pandemia en todo el mundo, y en México no fue la excepción. Es por ello que

los efectos de la pandemia ocupan uno de los principales temas en los que se enfoca este informe.

El año transcurrió con grandes complicaciones económicas, laborales y, por ende, en materia de seguridad social, para la población mexicana como consecuencia de la pandemia. Se estima que uno de los efectos fue la pérdida en 2021 de un total de un millón 117 mil empleos formales en México, y a enero de 2022 aún faltan por recuperar el 39% de ellos.¹

De enero a diciembre de 2021, con base en los datos de la Secretaría de Salud, se confirmó que 2.484,330 personas se contagiaron por el virus SARS-CoV2, que sumadas a los 1.522,878 de 2020, dan un total oficial de 4.007,208 personas contagiadas;² asimismo, el total de defunciones al 2021 fue de 299,285 personas.³ Cabe destacar que diversos académicos afirman que esos datos contrastados con los datos oficiales de las muertes por Covid-19 proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (345,415 personas),⁴ reflejan que puede existir un mayor número de personas fallecidas por el virus SARS-CoV2, ya que al momento de contraponer ambas cifras existe una discrepancia de cantidades.

Datos proporcionados por la Universidad Johns Hopkins refieren que México se colocó en el cuarto lugar a nivel mundial por muertes totales a causa de la Covid-19,⁵ mientras que la Secretaría de Salud señala que estamos en el

¹ Datos proporcionados a partir de los reportes mensuales de empleo proporcionados por el Instituto Mexicano de Seguridad Social, en Instituto Mexicano del Seguro Social, *Estadísticas e informes*, IMSS, México, 2021, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss/informes-estadisticas>, consultado el 11 de enero de 2022.

² Gobierno de México, *Covid-19 en México*, México, 2022, disponible en: <https://datos.covid-19.conacyt.mx/#DOV/en>, consultado el 17 de enero de 2022.

³ Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, *Covid-19 México, Información General*, México, 2021, disponible en: <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>, consultado el 6 de noviembre de 2021.

⁴ Los datos referentes a las personas fallecidas por Covid-19 corresponden hasta junio de 2021. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Características de las defunciones registradas en México durante 2020*, México, 2021, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/DefuncionesRegistradas2020preliminar.pdf> e Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadística de defunciones registradas de enero a junio de 2021 (preliminar)*, México, 2021, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/dr/dr2021.pdf>, consultado el 25 de enero de 2022.

⁵ Johns Hopkins University, *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*, JHU, 2021, disponible en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, consultado el 25 de enero de 2022.

décimo lugar, si los fallecimientos se calculan en relación con cada millón de habitantes.⁶

No obstante lo anterior, existen algunas medidas de seguridad social y protección social que resultaron vitales, pues permitieron la atención sanitaria y contribuyeron con ingresos para muchos mexicanos en este año de pandemia.

En otro tema, son reconocibles algunos sucesos de relevancia para el desarrollo de la seguridad social, dentro de los cuales destacan:

1o. En enero entró en vigor la reforma de pensiones, con grandes expectativas para los trabajadores próximos a pensionarse. De la misma forma, en abril entró en vigor una controvertida reforma antisubcontratación,⁷ con efectos económicos tanto negativos para muchas empresas extranjeras, lo que ha contribuido al retiro de capitales del país, como positivos para muchos trabajadores que han pasado de la informalidad al aseguramiento social. Estimaciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social señalan que alrededor de 300 mil trabajadores contratados bajo las modalidades de *outsourcing* han sido reconocidos y transferidos para las empresas donde directamente trabajan.⁸

2o. En este año se refrenda el reconocimiento de los derechos por paternidad, pues se aumentaron los días de licencia de paternidad para los trabajadores del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), que forma parte del Poder Judicial de la Federación (PJF), y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

3o. Mediante diversas resoluciones judiciales se mantiene la tendencia de conceder prestaciones de seguridad social por encima de las normas regla-

⁶ “México, lugar 10 en el mundo por muertes de Covid-19: Salud”, *Forbes*, México, 2021, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/noticias-mexico-decimo-lugar-mundo-muertes-covid-19-salud/>, consultado el 6 de noviembre de 2021.

⁷ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral, Secretaría de Gobernación, México, 2021, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616745&fecha=23/04/2021, consultado el 14 de enero de 2022.

⁸ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Con el anuncio de las reformas a la subcontratación, más de 300 mil trabajadores ya han sido contratados*, Gobierno de México, México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/con-el-anuncio-de-las-reformas-a-la-subcontratacion-mas-de-300-mil-trabajadores-ya-han-sido-contratado?idiom=es>, consultado el 17 de enero de 2022.

mentarias que regulan el otorgamiento de estas prestaciones a nivel nacional o estatal, con base en instrumentos internacionales, como el Convenio 102 de la OIT, lo que contribuye al reconocimiento de la seguridad social como derecho humano.

Con base en lo anterior, se puede señalar que ha sido un año de avances en materia de seguridad social en México, cuyos sucesos en uso del método analítico se referirán brevemente a continuación.

El informe se compone de nueve apartados; el primero, la introducción; el segundo plantea el contexto socioeconómico y político del país con los datos más trascendentales para la materia que nos ocupa; el tercero incluye los cambios relevantes en programas y políticas sociales; el cuarto, las principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el quinto, las reformas normativas; el sexto reporta dos disposiciones especiales del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); el séptimo se ocupa de referenciar los avances en la seguridad social internacional. Por último, el trabajo cierra con las respectivas conclusiones y con las fuentes de investigación.

II. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y POLÍTICO

Una de las principales consecuencias que se presentaron por la falta de control adecuado de los efectos de la crisis sanitaria por la Covid-19 fue la extensión del confinamiento obligatorio y el cierre de las actividades consideradas como no esenciales, establecidas el 24 de marzo de 2020,⁹ las cuales originalmente se esperaba que duraran unas cuantas semanas. Hasta febrero 2022, siguen las restricciones periódicas de aforo y de acceso para el desarrollo de actividades públicas y privadas.

Para la determinación de apertura o cierre de las actividades, se estableció desde el 1o. de junio de 2020 un sistema de semáforo (que continúa vigente), a través del cual, de manera catorcenal, se define el nivel de riesgo en el que cada una de las entidades federativas se encuentra, condicionando el tipo de actividades que se pueden desarrollar y el aforo autorizado para cada una de ellas.¹⁰

⁹ Gobierno de México, *Nueva normalidad, Reactivación de la economía mexicana de forma responsable y segura*, disponible en: <https://www.gob.mx/covid19medidaseconomicas/acciones-y-programas/nueva-normalidad-244196>, consultado el 11 de noviembre de 2021.

¹⁰ Gobierno de México, *Nueva normalidad, Reactivación de la economía mexicana de forma responsable y segura*, disponible en: <https://www.gob.mx/covid19medidaseconomicas/acciones-y-programas/nueva-normalidad-244196>, consultado el 11 de noviembre de 2021.

A pesar de lo anterior, las previsiones de recuperación y crecimiento económico se mantienen cercanas a las expectativas. Por ejemplo, el producto interno bruto de México registró un crecimiento de 4.7% en términos reales en el tercer trimestre de 2021 en comparación con el mismo periodo de 2020.¹¹ En el tema de la inversión extranjera, se logró un incremento de 2.6% durante el primer semestre de 2021 en relación con el mismo periodo del año anterior, con un total de 18,433 millones de dólares.¹²

La recuperación económica de ese año se atribuye principalmente, por un lado al turismo, que al cierre de 2021 y con base en los datos proporcionados por la Secretaría de Turismo de México, se calcula que el ingreso económico por este concepto fue de 127 mil 142 millones de dólares, lo que representa un aumento de 9.4% en comparación con el cierre del año anterior.¹³ Y del otro, a las remesas internacionales, de las que por quinta ocasión consecutiva se ha roto el récord de ingresos, por un monto de 52,743 millones de dólares, convirtiéndose en el tercer país a nivel mundial¹⁴ que más recibe remesas.¹⁵

Además, para 2021 la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami), que es el organismo público descentralizado encargado de fijar los salarios mínimos en el país, estableció un incremento a los salarios mínimos diarios generales y profesionales del país, que pasaron de 176.72 pesos (8.67 dólares)¹⁶ en 2020 a 185.56 pesos (9.11 dólares) en 2021 para la zona libre de

¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Comunicado de prensa número 498/2021, 25 de agosto de 2021, Producto Interno Bruto de México durante el segundo trimestre de 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/pib_pconst/pib_pconst2021_08.pdf, consultado el 11 de noviembre de 2021.

¹² Secretaría de Economía, *México mantiene la confianza de inversionistas: atrae 18,433.5 millones de dólares de IED en el primer semestre de 2021*, disponible en: <https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-mantiene-la-confianza-de-inversionistas-atrae-18-433-5-millones-de-dolares-de-ied-en-el-primer-semestre-de-2021?idiom=es>, consultado el 11 de noviembre de 2021.

¹³ Secretaría de Turismo, *Al cierre de 2021 se espera la llegada de 31 millones de turistas internacionales y el ingreso de más de 18.5 mil mdd*, Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sectur/prensa/al-cierre-de-2021-se-espere-la-llegada-de-31-millones-de-turistas-internacionales-y-el-ingreso-de-mas-de-18-5-mil-mdd>, consultado el 17 de enero de 2022.

¹⁴ *Anuario de Migración y Remesas México 2021*, BBVA Research, México, 2021, disponible en: <https://www.bbvarresearch.com/publicaciones/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2021/>, consultado el 11 de enero de 2022.

¹⁵ El primer lugar lo ocupa China, y el segundo la India.

¹⁶ El tipo de cambio usado para este reporte fue de 20.36 pesos mexicanos = 1 USD, datos proporcionados por el Banco de México, 14 de enero de 2021; Banco de México, *Tipo de cambio*, México, 2022, disponible en: <https://www.banxico.org.mx/tipocamb/main.do?page=tipocamb&idioma=sp>.

la frontera norte y 102.68 pesos (5.04 dólares) a 123.22 pesos (6.05 dólares) para el resto del país, en el mismo periodo.¹⁷

Desafortunadamente, aún no se ve que la recuperación económica continúe con la misma tendencia, ya que existen riesgos latentes que se deben considerar. El primero de ellos son las posibles complicaciones sanitarias que puedan presentarse a consecuencia de las diferentes cepas que se están desarrollando por el virus SARS-CoV2; en segundo lugar, la escasez mundial de semiconductores, que está ocasionando una crisis en diversos sectores de la industria, y la suspensión de las operaciones de fábricas que dependen de estos componentes para la producción de diversos aparatos electrónicos, electrodomésticos, e incluso vehículos,¹⁸ situaciones que afectan en gran medida a la industria automotriz y manufacturera que opera en México.

Para 2021, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), que es el organismo encargado de la medición de la pobreza en el país, no brindó datos al respecto, tomando en consideración que la evaluación y medición de la pobreza se realiza cada dos años.

En su último informe realizado en 2020, el organismo reporta que para ese año había 55.7 millones de personas en situación de pobreza, de las cuales 10.8 millones se encuentran en pobreza extrema.¹⁹ Cabe mencionar que para 2020 hubo un aumento de 3.8 millones de personas en situación de pobreza en comparación con 2019.

Sin embargo, para el segundo trimestre de 2021, el Coneval informó datos relevantes sobre la pobreza laboral en México. Es decir, la medida se enfoca en establecer si el ingreso laboral de un hogar es suficiente para alimentar a todos sus miembros. Al respecto, menciona que entre el primer y el segundo trimestre 2021 la pobreza laboral disminuyó 0.9 puntos porcentuales a nivel nacional, al pasar de 39.4% a 38.5%.²⁰ Asimismo, el ingreso laboral men-

¹⁷ Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, *Tabla de Salarios Mínimos Generales y Profesionales por Áreas Geográficas*, México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/documentos/tabla-de-salarios-minimos-generales-y-profesionales-por-areas-geograficas>, consultado el 14 de enero de 2022.

¹⁸ “Desabasto mundial de chips «enriquece» a estas ciudades mexicanas”, *El Financiero*, México, 2021, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/2021/10/11/desabasto-de-chips-eleva-demanda-de-naves-industriales-en-el-pais-por-covid/>, consultado el 11 de noviembre de 2021.

¹⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición multidimensional de la pobreza en México*, México, 2020, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Pobreza_multidimensional_2018_2020_CONEVAL.pdf, consultado el 11 de enero de 2022.

²⁰ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *El Coneval presenta información referente a la pobreza laboral al segundo trimestre de 2021*, Coneval, México, 2021,

sual de los hombres ocupados en el segundo trimestre fue de 4,755.36 pesos (233.56 dólares) y el de las mujeres, 3,803.92 pesos (\$186.83 dólares).²¹

Cabe mencionar que para al cierre de 2021 el valor de la canasta alimentaria por persona al mes correspondía a 1,844.32 pesos (90.58 dólares) para la zona urbana y 1,344.94 pesos (66.05 dólares) en la zona rural,²² datos que contrastan con el aumento propuesto del salario mínimo general establecido para 2022 en 172.87 pesos diarios (8.49 dólares) que se traducen en 5,186.10 pesos mensuales (254.72 dólares), que debe ser suficiente para cubrir los gastos en materia alimentaria, social y cultural para una familia completa.²³

En ese contexto, en México resaltan las siguientes medidas:

1. *En materia laboral*

En 2021, según datos oficiales del INEGI, 57.7 millones de personas formaron parte de la población económicamente activa del país, de las cuales 55.2 millones se encuentran ocupadas. El 68.5% son trabajadores subordinados y remunerados, 22.6% son trabajadores independientes, 4.9% son propietarios de algún bien de producción y tienen incluso trabajadores a su cargo, y el 4% son personas que trabajan, pero no reciben remuneración económica.²⁴

A consecuencia de la pandemia Covid-19 en México, 12,460,841 millones de personas perdieron su empleo, y, sorprendentemente, el mercado laboral ha recuperado el 93% (11.549,808) de esos empleos;²⁵ sin embargo, destaca

disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_resultados_a_nivel_nacional.aspx, consultado el 11 de enero de 2022.

²¹ *Idem*.

²² Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Evolución de las líneas de pobreza por ingresos*, México, 2020, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>, consultado el 4 de enero de 2021.

²³ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 123, apartado A, fracción VI, refiere que los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

²⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Comunicado de prensa número 457/2021, Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, Nueva edición, México, 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_08.pdf, consultado el 11 de noviembre de 2021.

²⁵ Hernández, Gerardo, “Mercado laboral ha recuperado el 93% del empleo perdido por pandemia”, *El Economista*, México, 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capital-humano/Mercado-laboral-ha-recuperado-el-93-del-empleo-perdido-por-la-pandemia-20210527-0119.html>, consultado el 11 de noviembre de 2021.

el hecho de que 31 millones de ellos, que representan la actividad de 57.7% de la población ocupada, está conformado por empleos informales, sector que presentó un incremento de 8.2 millones respecto a 2020.²⁶ Esto significa que más de la mitad de las personas ocupadas en México dependen de sus actividades diarias para poder generar ingresos, lo que implica que este grupo social no tuvo la opción de quedarse en casa para resguardarse del virus SARS-CoV2, pues no perciben un salario fijo, carecen de seguridad social y no cuentan con atención a la salud garantizada.

En relación con las condiciones de trabajo, los resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2021, para el segundo trimestre reportó que el 7% de la población ocupada trabaja menos de quince horas semanales, 26.6% tiene jornadas superiores a 48 horas semanales, y 44.7% tiene jornadas de entre 35 a 48 horas.²⁷

2. En materia de seguridad social

Las complicaciones que ha generado la Covid-19 ha ocasionado que los gobiernos implementen acciones y medidas para contrarrestar las consecuencias negativas que genera la pandemia.

México contaba con problemas preexistentes (informalidad laboral, altas tasas de comorbilidades en su población, altos niveles de pobreza), que la epidemia agravó, y que han dificultado la gestión sanitaria y la recuperación económica del país.

Por un lado, se pudo observar que el gobierno priorizó la continuación de su plan de gobierno, que concibe como “la cuarta transformación”,²⁸ por lo que se continuó con las obras, al considerarlas como esenciales, como la conformación de la Guardia Nacional, la construcción del aeropuerto “General Felipe Ángeles”; la rehabilitación de las seis refinerías; la construcción de la

²⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Comunicado de prensa número 457/2021, Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, nueva edición, México, INEGI, 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_08.pdf, consultado el 11 de noviembre de 2021.

²⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Comunicado de prensa número 457/2021, Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, nueva edición, México, INEGI, 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_08.pdf, consultado el 11 de noviembre de 2021.

²⁸ Según su discurso, las tres transformaciones anteriores en México fueron la Independencia (1810-1821), la Reforma (la guerra entre liberales y conservadores de 1858 a 1861 y la Revolución (1910-1917).

refinería de Dos Bocas, y del tren maya, entre otros, y de la misma forma dedicó recursos que ascienden a 187,554 millones de pesos (9,211,886 dólares) a la Secretaría de Bienestar²⁹ para el desarrollo de proyectos gubernamentales (como los programas sociales de transferencias monetarias, que cabe remarcar ya operaban antes de la pandemia).

Por otro lado, se vieron pocas medidas motivadas por la asunción de una responsabilidad comunitaria para compensar los daños ocasionados por la pandemia. Estas se pueden resumir en las siguientes:

1. Las reformas legislativas se reducen al artículo 330-A de la Ley Federal del Trabajo, que aborda el tema del teletrabajo, y a la emisión de guías, criterios, protocolos y medidas administrativas.
2. Los programas sociales a nivel estatal se enfocaron en impulsar medidas de apoyo a través de programas sociales, condicionados a su disponibilidad presupuestal, lo que ocasionó una disparidad entre los programas otorgados, dependiendo de la capacidad económica de cada estado.
3. A nivel federal destacan algunas medidas consistentes en adelantar el pago de programas sociales ya existentes, y como novedad solamente se implementó el programa de crédito a la palabra para las empresas.
4. Las exenciones fiscales principalmente consistieron en la prórroga otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la presentación de las declaraciones de impuestos de los años 2020 y 2021.

En materia de salud se puede reportar el buen manejo de la pandemia, que inició con la firma del convenio de colaboración entre el gobierno de México y la Asociación Nacional de Hospitales Privados, lo que aunado a la contratación de personal médico y la inoculación poblacional (83 millones 729 mil 127 personas cuentan con esquema primario y/o dosis de refuerzo contra Covid-19),³⁰ así como la ampliación y reconversión de hospitales públicos en especializados en atención Covid, logró que no se llegara a casos extremos de desabasto o desatención de la población, como en otros países.

²⁹ Velázquez, Marisol, *Presupuesto 2021: Bienestar (programas sociales, salud, adultos mayores)*, *El Economista*, México, 2020, disponible en: <https://www.economista.com.mx/politica/Presupuesto-2021-Bienestar-programas-sociales-salud-adultos-mayores-20200908-0145.html>, consultado el 25 de octubre de 2021.

³⁰ Secretaría de Salud, *Secretaría de Salud reitera que es necesario continuar las medidas básicas de prevención*, Gobierno de México, 2022, disponible en: <https://www.gob.mx/salud/prensa/051-este-2-de-febrero-912-mil-585-vacunas-aplicadas-contra-covid-19-en-el-pais?idiom=es>, consultado el 4 de febrero de 2022.

III. LOS CAMBIOS EN PROGRAMAS Y POLÍTICAS SOCIALES

Los acontecimientos más importantes durante 2021 fueron los siguientes:

1. *Creación del programa de apoyo para el bienestar de las niñas y niños, hijos de madres trabajadoras*

El 28 de diciembre de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras, para el ejercicio fiscal 2021.³¹ Este programa creado por el gobierno mexicano tiene la intención de que las madres, padres solos o tutores que buscan empleo, trabajan o estudian, cuenten con facilidades para obtener el cuidado y atención infantil de sus hijos durante el desarrollo de sus actividades. Este programa entrega apoyos económicos en efectivo de forma directa para el cuidado y atención de las niñas y niños que se encuentren a su cargo. Se otorgan apoyos a un máximo de tres niñas o niños por hogar en el mismo periodo, salvo que se trate de nacimientos múltiples. Para ello, existen las modalidades A y B.

La modalidad A es para apoyar a las niñas y niños hijos de madres trabajadoras, cuyo monto económico entregado en 2021 fue de 1,600.00 pesos (78.58 dólares) bimestrales, por cada niña o niño y 3,600.00 pesos (176.81 dólares) bimestrales, por cada niña o niño, con discapacidad de entre un año y hasta un día antes de cumplir los seis años de edad. La modalidad B es para apoyar a las niñas, niños, adolescentes y jóvenes en orfandad materna.³² Los montos que garantiza esta modalidad se encuentran relacionadas con la edad, la cual se refleja en la siguiente tabla.

³¹ Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras, para el ejercicio fiscal 2021, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609027&fecha=28/12/2020, consultado el 17 de enero de 2022.

³² Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras, para el ejercicio fiscal 2021, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2021, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609027&fecha=28/12/2020, consultado el 14 de enero de 2022.

TABLA 1
BENEFICIOS ECONÓMICOS DEL PROGRAMA DE APOYO
PARA EL BIENESTAR DE LAS NIÑAS Y NIÑOS, HIJOS DE MADRES
TRABAJADORAS, PARA EL EJERCICIO FISCAL 2021

<i>Edad</i>	<i>Monto mensual en pesos mexicanos</i>
De recién nacido a 5 años	360.00
6-12 años	600.00
13-15 años	845.00
16-18 años	1,090.00
19-23 años	1,200.00

2. Creación del programa nacional de trabajo y empleo para las personas con discapacidad

El 25 de junio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se crea el Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2021-2024. Este programa tiene como finalidad fortalecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad e impulsar acciones que favorezcan la empleabilidad en condiciones de trabajo digno de las personas con discapacidad,³³ por lo que no es un programa que otorgue prestaciones de naturaleza económica.

El programa está adscrito a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), que es la autoridad encargada de dar el seguimiento e implementación de estrategias a favor de dicho grupo poblacional, como intermediación laboral, identificación de perfiles integrales y orientación ocupacional, capacitación para el trabajo, impulsar la igualdad sustantiva para reducir las brechas salariales, prestaciones e incentivos, entre otras. Dentro de las acciones del programa se encuentra la de generar registros estadísticos de información de los centros de trabajo para fomentar la inclusión laboral. Cabe mencionar que este es un programa de observancia obligatoria para las dependencias y entidades de la administración pública federal.

³³ Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2021-2024, México, *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Gobernación, 2021, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5622244&fecha=25/06/2021, consultado el 14 de enero de 2022.

3. *Actualización de montos de programas sociales*

Como parte del plan de trabajo del actual gobierno se encuentra el aumento en los montos de los beneficios económicos de los programas sociales, de forma que en 2021 sobresalen los siguientes:

TABLA 2
AUMENTO DE TRANSFERENCIAS MONETARIAS
DE PROGRAMAS SOCIALES EN MÉXICO 2021

<i>Nombre del programa</i>	<i>Población beneficiaria</i>	<i>Transferencia 2020</i>	<i>Aumento para 2021</i>
Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente	Niñas, niños y jóvenes de hasta 29 años que tienen discapacidad permanente, así como a personas de 30 y hasta un día antes de cumplir los 65 años, que habite en municipios y localidades con población mayoritariamente indígena o afroamericana o con alto o muy alto grado de marginación.	1,343.00 pesos (65.96 dólares) bimestrales	2,700 pesos (132.61 dólares) bimestrales.
Programa Jóvenes Construyendo el Futuro	Personas de entre 18 y 29 años, que no estudian y no trabajan.	3,748 pesos (184.08 dólares) mensuales	4,310 pesos (211.68 dólares) mensuales

<i>Nombre del programa</i>	<i>Población beneficiaria</i>	<i>Transferencia 2020</i>	<i>Aumento para 2021</i>
Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores	Personas adultas mayores de 65 años residentes en México	1,310.00 pesos (64.34 dólares) mensuales	1,550.00 pesos (76.12 dólares) mensuales

Elaboración personal a partir de las reglas operacionales de cada uno de los programas publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5624455&fecha=21/07/2021, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5608583&fecha=23/12/2020, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5608583&fecha=23/12/2020, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5623150&fecha=07/07/2021.

4. *Aumento de pensiones no contributivas por vejez*

El programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores ha sido uno de los programas populares del actual gobierno, que consiste en otorgar una pensión no contributiva de manera bimestral a todas las personas mayores de 65 años residentes en México, así como un pago único por concepto de marcha cuando el beneficiario fallezca, este último será entregado al representante del beneficiario. El único requisito para ser beneficiario del programa es contar con la edad señalada. Para el año 2021 hubo un incremento a la cuantía entregada en comparación con el año anterior, la cual consiste en la cantidad de 1,550.00 pesos (76.12 dólares) mensuales y un solo pago de 1,550.00 pesos (76.12 dólares) por pago de marcha al momento del fallecimiento del beneficiario.³⁴

IV. PRINCIPALES RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido criterios importantes en materia de seguridad social, los cuales se ven reflejados en las siguientes jurisprudencias y tesis aisladas:

³⁴ Reglas de Operación del Programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, para el ejercicio fiscal 2021, *Diario Oficial de la Federación*, México, Secretaría de Gobernación, 2020, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5623150&fecha=07/07/2021, consultado el 13 de enero de 2022.

1. *Delimitación en los criterios sobre los montos de las pensiones por vejez por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

A. *Delimitación de la cuantía del monto máximo de las pensiones por vejez para los trabajadores al servicio del Estado*

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) —al contrario de lo que establece el Reglamento para el Otorgamiento de Pensiones de los Trabajadores Sujetos al Régimen del Artículo Décimo Transitorio del ISSSTE (cuyo artículo séptimo señala que el monto máximo de la pensión no podrá exceder diez veces el salario mínimo)—³⁵ determina en la controversia de tesis 2a./J.30/2021 (10^a)³⁶ que el monto máximo de la pensión jubilatoria debe cuantificarse con base en el valor de la unidad de medida y actualización (UMA), y no en el salario mínimo.

Al respecto, se debe aclarar que el 27 de enero de 2016, a través de un decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, se creó el valor de la UMA: Unidad de medida y actualización, para reemplazar al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de obligaciones y supuestos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal y sus disposiciones jurídicas.

La controversia surge porque ya se utilizan las UMAS para la base de cotización para las cuotas y aportaciones de seguridad social a cargo de las y los trabajadores y patrones y para la determinación del monto de las pensiones; sin embargo, la Ley del ISSSTE (de aplicación estricta) establece literalmente que el salario mínimo servirá para cuantificar el monto máximo de una pensión.

Por ello, la Corte señala que la naturaleza constitucional del salario mínimo es laboral; no obstante ello, para ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia no se ajusta a factores externos, como la inflación; y prohíbe

³⁵ Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen del artículo décimo transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

³⁶ Tesis: 2a./J.30/2021 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época 2023299, Segunda Sala. “Pensión jubilatoria. El monto máximo previsto en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado abrogada y en el régimen del artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE vigente, debe cuantificarse con base en el valor de la unidad de medida y actualización (UMA) y no en el salario mínimo”, disponible en: <https://sijf.scn.gob.mx/SJF/Sem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2023299&Clase=DetalleSemanarioBusquedaBL>, consultado el 11 de enero de 2022.

continuar empleándolo como referencia para el pago de obligaciones (de naturaleza civil, mercantil, fiscal y administrativa), y en su lugar utilizar el valor de la unidad de medida y actualización, incluyendo las cuotas y aportaciones de seguridad social.

Finalmente, la pensión jubilatoria es un derecho de seguridad social derivado de la existencia de un vínculo laboral, previo cumplimiento de los requisitos constitucionales; pero el aspecto relativo a su cuantificación corresponde a la materia administrativa, y no a la laboral, por lo que el monto máximo de la pensión jubilatoria de ahora en adelante debe cuantificarse a razón de diez veces el valor de la unidad de medida y actualización, y no del salario base de cotización, que puede ser mucho más alto.

B. Cálculo de los incrementos de las pensiones por vejez de los trabajadores del sistema Banrural

La SCJN³⁷ reconoce los derechos que rigen las relaciones laborales de los trabajadores del Banco Nacional y de los bancos regionales del sistema Banrural,³⁸ resuelve la contradicción existente y señala que en seguimiento al artículo 61 de las Condiciones Generales de Trabajo, las pensiones vitalicias de retiro se incrementarán en igual proporción al aumento que se registre, cuando conforme a los cálculos mensuales realizados por el Banco de México se compruebe que el índice del costo de la vida ha aumentado un 10% como mínimo, y para su cálculo sólo deben considerar los porcentajes de inflación positivos, y no será procedente restar los índices de deflación.

La controversia deriva de la resolución que dicta la Cuarta Sala del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, en la cual la autoridad cuantifica la

³⁷ Tesis: PC.I.L. J/1 L (11a). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, undécima época. Pleno de circuitos. “Pensiones jubilatorias de los trabajadores del sistema banrural. Para el cálculo de sus incrementos en términos del artículo 61 de las condiciones generales de trabajo, los decrementos o porcentajes deflacionarios (índices negativos), no deben incluirse para comprobar que el índice del costo de la vida ha aumentado en un 10% (diez por ciento) como mínimo”, disponible en: <https://sj2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023334>, consultado el 17 de enero del 2022

³⁸ Artículo 61 de las Condiciones Generales de Trabajo, “Cuando se compruebe que el índice del costo de la vida ha aumentado en un 10% como mínimo, conforme a los cálculos estadísticos que elabore el Banco de México, las pensiones vitalicias de retiro se incrementarán en igual proporción al aumento registrado, mientras su monto no rebase el sueldo tabular de los trabajadores en activo que desempeñen los puestos que cubrían los pensionados al momento de obtener su jubilación”.

nivelación del monto de pensión de un trabajador ahora jubilado, y al hacerlo, además de sumar los porcentajes positivos generados en el aumento del costo de la vida (inflación), también restó los porcentajes negativos en aquellos meses en los que en lugar de aumento se presentó un decremento, lo cual es contrario a lo que dispone la norma aplicable.

Esta resolución de la Corte, si bien es de aplicación estricta de la norma, nuevamente favorece a los trabajadores aun por encima del equilibrio financiero que debe existir en cada sistema de seguridad social.

2. *Derecho a la salud de personas pertenecientes a grupos vulnerables*

La SCJN tuteló el derecho a la salud de personas pertenecientes a grupos vulnerables mediante la jurisprudencia VII.2o.T. J/68 L (10a.) del 19 de febrero de 2021.³⁹

El origen de la controversia se presentó cuando una persona trabajadora que desempeñaba funciones como enfermera y tenía bajo su cuidado —y en periodo de lactancia— a su menor hija de ocho meses solicitó el amparo de la ley para que le aplicaran las medidas preventivas para mitigar y controlar los riesgos de la enfermedad causada por el virus SARS-CoV2, por lo que seguir laborando con normalidad no sólo exponía a la trabajadora, sino a quienes dependían de ella.

La Corte entra en el estudio del caso mencionado y señala que si bien los efectos de la pandemia no se encuentran estipulados en el artículo 126 de la Ley de Amparo (que establece los casos en que se concederá la suspensión del acto), este numeral no puede ser entendido de forma limitativa, sino que debe relacionarse con los artículos 4o. (derecho a la salud) y 22 (prohibición de penas o actos que pongan en peligro la salud e integridad física de las personas) de la Constitución Política,⁴⁰ previniendo posibles deterioros o daños en la salud que causen daños irreparables en las personas.

³⁹ Tesis VII.2o.T. J/68 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito.

“Suspensión de plano en el juicio de amparo. Procede concederla a los empleados del sector salud que formen parte de un grupo vulnerable durante el fenómeno de salud pública derivado del virus sars-cov2 (Covid-19)”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022736>, consultado el 17 de enero de 2022.

⁴⁰ *Diario Oficial de la Federación*, “Suspensión de plano en el juicio de amparo. Procede concederla a los empleados del sector salud que formen parte de un grupo vulnerable durante el fenómeno de salud pública derivado del virus sars-cov2 (covid-19)”, *Gaceta del Semanario Judicial*

3. Reducción de los periodos de cotización para obtener una pensión por viudez, con base en el Convenio 102 de la OIT

Las leyes de seguridad social especifican los requisitos para acceder a las prestaciones que se otorgan como derechos de seguridad social. En ese sentido, algunas leyes estatales, en este caso la Ley del Instituto de Seguridad Social del Estado de Tabasco y la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, solicitan periodos de cotización mayores (quince y veinte años, respectivamente) a los que señala el artículo 65 del Convenio 102 de la OIT ratificado por México desde el 12 de octubre de 1961, para obtener el derecho a una pensión por viudez.

Este tema ha sido materia de deliberación de la SCJN en varias ocasiones, y en específico en 2021 se presentaron dos resoluciones:

- La primera fue la Tesis PC.I.A. J/165 A (10a.), publicada el 30 de abril de 2021.⁴¹ La controversia que le dio origen inició en 2016, al interponer un amparo la cónyuge supérstite de un militar fallecido en actos fuera de servicio, a quien le fue negada la pensión vitalicia por no haber cumplido el requisito de veinte años de servicio. Ella argumentó la aplicación en su favor del contenido del artículo 63 del Convenio 102, relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social,⁴² que prevé un mínimo de

de la Federación, México, 2021, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022736>, consultado el 13 de enero de 2022.

⁴¹ Tesis PC.I.A. J/165 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época. Pleno de circuitos. “Miembros de las fuerzas armadas mexicanas (personas finadas). Les es aplicable el artículo 63 del Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la norma mínima de la seguridad social, atendiendo al principio pro persona”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023044>, consultado el 17 de enero del 2022

⁴² “Artículo 63.

1. La prestación mencionada en el artículo 62 deberá garantizarse en la contingencia cubierta, por lo menos:

(a) a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en quince años de cotización o de empleo o en diez años de residencia; o

(b) cuando en principio las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido un período de tres años de cotización, a condición de que se haya pagado en nombre de este sostén de familia, en el transcurso del período activo de su vida, el promedio anual prescrito de cotizaciones.

quince años de cotización para que se tenga derecho a una pensión, considerando que su esposo acumuló un total de dieciséis años, un mes y siete días de servicio, y que en garantía del principio *pro homine* se debe aplicar en su favor la norma internacional que le otorga una mayor protección, y no la norma nacional, que solicita veinte años.

- La segunda fue la Tesis X.2o.T.2 L (10a.), publicada el 19 de noviembre de 2021,⁴³ mediante la cual el hecho controvertido nuevamente lo origina el requisito que establece el Instituto de Seguridad Social del Estado de Tabasco para obtener el derecho a la pensión por viudez de quince años o más de cotizaciones, sin establecer pensiones reducidas, como lo determina el instrumento convencional.

2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

(a) a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización o de empleo; o

(b) cuando en principio las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido un período de tres años de cotización, a condición de que se haya pagado en nombre de ese sostén de familia, en el transcurso del período activo de su vida, la mitad del promedio anual prescrito de cotizaciones a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al que se indica en el cuadro anexo a esa parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas cuyo sostén de familia haya cumplido, de conformidad con las reglas prescritas cinco años de cotización, empleo o residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional en el porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación de porcentaje reducido sea inferior a cinco años de cotización o de empleo, pero inferior a quince años de cotización o de empleo. Deberá concederse una prestación reducida de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

5. Para que una viuda sin hijos, a la que presuma incapaz de subvenir a sus propias necesidades, tenga derecho a una prestación de sobreviviente, podrá prescribirse una duración mínima del matrimonio”.

⁴³ Tesis X.2o.T.2L (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, noviembre de 2021, tomo IV, p. 3398, Pensión por viudez reducida. Conforme al convenio 102 de la OIT, procede otorgarla cuando no se cumplió con el periodo mínimo de cotización (inconveniencia del artículo 65 de la Ley del Instituto de Seguridad Social del Estado de Tabasco, Abrogada). Se puede consultar en: <https://sj2.sjn.gob.mx/detalle/tesis/2023824>, fecha de consulta: 12 de enero del 2022.

Por lo tanto, la Corte resolvió en ambos casos que cuando se reclame el pago de una pensión por viudez sin contar con el lapso mínimo de cotización exigido en la legislación local, debe atenderse a la norma internacional; y, de proceder, otorgar la pensión reducida, tomando como base el porcentaje mínimo estipulado en la citada ley, para delimitar la proporción que debe pagarse de acuerdo con los años cotizados y el último salario devengado.

V. REFORMAS NORMATIVAS

En 2021 existieron algunas reformas legislativas importantes en materia de seguridad social, que merecen su análisis. Las reformas se catalogan de la siguiente manera:

1. *Reforma de las pensiones por vejez*

El 1o. de enero de 2021 entró en vigor el Decreto de reforma a las leyes del Seguro Social y de los Sistemas de Ahorro para el Retiro en materia de pensiones (salvo lo relativo a la cuota patronal prevista en la Ley del Seguro Social aplicable de manera gradual, a partir del 1 de enero de 2023).

Su principal aportación consiste en el aumento de las aportaciones patronales, que pasan de 5.15% a un máximo de 13.87% del salario del trabajador, y la reducción de 1,250 a 750 semanas de cotización, requeridas para gozar de las prestaciones de los seguros de cesantía en edad avanzada y vejez.

Esto es, las semanas de cotización requeridas para obtener los beneficios señalados, así como su cálculo a la fecha serán 750, y se incrementarán anualmente 25 semanas hasta 2031 para llegar a 1,000.

Cabe aclarar que para obtener una pensión mínima garantizada se deben cumplir los requisitos preestablecidos, como tener sesenta años, las semanas cotizadas mínimas y que los recursos en su Afore no le alcancen para contratar una renta vitalicia o un retiro programado.

Al 15 de diciembre de 2021 la Consar informó que más de 27,396 trabajadores se han pensionado bajo el nuevo esquema pensionario gracias a la reducción de las semanas cotizadas.⁴⁴

⁴⁴ Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, *El Sistema de Ahorro para el Retiro al cierre de 2021*, México, 2022, en: <https://www.gob.mx/consar/articulos/el-sistema-de-ahorro-para-el-retiro-al-cierre-de-2021-292459?idiom=es>, consultado el 18 de enero de 2022.

2. Nuevas disposiciones en materia de subcontratación

El 23 de abril de 2021 se publicó el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones jurídicas en distintas leyes federales del país en materia de subcontratación, tendientes a proteger entre otros el derecho humano a la seguridad social.⁴⁵

Con esta reforma, queda prohibida la subcontratación de personal, salvo que se trate de personas físicas o morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas, y que además deberán contar con registro ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Para obtener el registro, deberán acreditar estar al corriente de sus obligaciones fiscales y de seguridad social.⁴⁶

En continuidad, el 24 de mayo de 2021 se publicaron⁴⁷ las disposiciones para el registro de las empresas de subcontratación especializada en el Registro de Prestadoras de Servicios Especializados u Obras Especializadas (Repse) de la STPS, y concedió un plazo de tres meses para regularizarse y transferir a sus trabajadores.

Esto ha dado como consecuencia que, según el último reporte hecho por el IMSS, 389/2021,⁴⁸ se ha registrado una migración de dos millones 745 mil trabajadores, los cuales pasaron de los esquemas de subcontratación al patrón “real”, con un incremento salarial promedio del 12%.⁴⁹ Con ello, las

⁴⁵ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral, *Diario Oficial de la Federación*, Gobierno de México, 2021, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616745&fecha=23/04/2021, consultado el 12 de enero de 2022.

⁴⁶ Artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo.

⁴⁷ *Diario Oficial de la Federación*, “Acuerdo por el que se dan a conocer las disposiciones de carácter general para el registro de personas físicas o morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas a que se refiere el artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo”, Gobierno de México, 2021, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5619148&fecha=24/05/2021, consultado el 12 de enero de 2022.

⁴⁸ Instituto Mexicano del Seguro Social, *Migran 2.7 millones de trabajadores del outsourcing a empresas reales: IMSS*, México, 2021, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/389>, fecha de consulta: 13 de enero de 2022.

⁴⁹ *Idem*.

relaciones obrero-patronales se adecuan al modelo de empleo formal, lo que implica obtener los beneficios que la seguridad social proporciona y acceso a un adecuado reparto de utilidades.

Es importante mencionar que la Ley Federal del Trabajo estipula que el propio contratante debe cerciorarse de que su contratista cumpla con todas sus obligaciones en materia de seguridad social y fiscal, para no ser sujeto de “responsabilidad solidaria”, y con ello la STPS le haga efectivos los mismos requerimientos que a la contratista. Esta medida promueve el cumplimiento de las empresas dentro del marco de la ley y salvaguarda los derechos de los trabajadores.

3. *Reforma de teletrabajo*

El 11 de enero de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de teletrabajo.⁵⁰ Esta reforma tiene como objetivo regular el trabajo desarrollado bajo la modalidad de teletrabajo o *home office*, que está dirigido para las personas trabajadoras que desarrollen más del 40% de sus actividades en casa o en un domicilio distinto a la fuente de trabajo. La reforma contempla los derechos y obligaciones que tienen los trabajadores y patrones que implementen esta modalidad, resaltando aquellas medidas que permitan generar una conciliación de la vida laboral, el respeto de la jornada laboral del trabajador a través del derecho a la desconexión digital, un trato digno a través de una remuneración igualitaria, capacitación y la inscripción al régimen obligatorio de la seguridad social.⁵¹

4. *Seguridad social para trabajadores independientes*

El 13 de enero de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo ACDO.AS2.HCT.260820/216.P.DIR, que contiene las reglas de ca-

⁵⁰ “Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo”, *Diario Oficial de la Federación*, Gobierno de México, 2021, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021, consultado el 18 de enero de 2022.

⁵¹ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Entra en vigor reforma que regula el teletrabajo en México*, Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/entra-en-vigor-reforma-que-regula-el-teletrabajo-en-mexico?idiom=es>, consultado el 18 de enero de 2022.

rácter general de la prueba piloto del esquema simplificado para la incorporación voluntaria al régimen obligatorio del seguro social de personas trabajadoras independientes.

Éste considera como partícipes de esta prueba a los trabajadores de las actividades contenidos en el artículo 196 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización, que son principalmente agricultura, industrias extractivas y de transformación, textil, entre otros.

Con ello, se intenta establecer facilidades administrativas para poder incorporar a las personas trabajadoras independientes al seguro social, para garantizar su derecho a la salud y a la seguridad social bajo el régimen de incorporación voluntaria al régimen obligatorio del seguro social.

5. *Aumento de la licencia de paternidad*

El 29 de septiembre de 2021 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* dos acuerdos generales. El primero de ellos es el Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que reforma y deroga diversas disposiciones de este instrumento relacionado con el otorgamiento de las licencias de paternidad; el segundo, el Acuerdo mediante el cual se aprueba la modificación del permiso de paternidad previsto tanto en los Lineamientos en materia de Recursos Humanos, Servicio Profesional y Personal de Libre Designación del INAI, como en el Manual de Percepciones de los Servidores Públicos del INAI.

Ambos acuerdos versan sobre el aumento del número de días otorgados por licencia de paternidad a los trabajadores de dichos institutos. En el primer caso, referente a los servidores públicos del CJF, se les aumenta de cinco a noventa días naturales con goce de sueldo el derecho por concepto de licencia de paternidad.⁵² En el segundo caso, los trabajadores del INAI pasan de tener una licencia de cinco días a una de quince días hábiles.⁵³

⁵² “Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma y deroga diversas disposiciones en relación con las licencias de paternidad”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2021, en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5631193&fecha=29/09/2021, consultado el 13 de enero de 2022.

⁵³ “Acuerdo mediante el cual se aprueba la modificación del permiso de paternidad, previsto tanto en los Lineamientos en materia de Recursos Humanos, Servicio Profesional y Personal de Libre Designación del INAI como en el Manual de Percepciones de los Servidores Públicos del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de

En ese mismo sentido, el 30 de septiembre de 2021 se publicó, en el mismo medio de difusión, el Acuerdo General de Administración X/2021, suscrito por el presidente de la SCJN, referente a que las personas que ostentan la calidad de servidoras públicas en la SCJN tendrán derecho al otorgamiento de licencias de paternidad y adopción por un periodo de noventa días al igual que los trabajadores del CJF.

VI. DISPOSICIONES ESPECIALES DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS)

1. *Seguridad social para trabajadores de las plataformas digitales*

El 30 de septiembre de 2021, el IMSS firmó convenios con los diversos representantes⁵⁴ de las plataformas digitales dedicadas a servicio de transporte de pasajeros y distribución de alimentos en México (Beat, Didi, Rappi y Uber), permitiendo la incorporación voluntaria al régimen obligatorio del seguro social a los trabajadores independientes que prestan sus servicios en esas plataformas.⁵⁵

Los convenios permiten a los trabajadores de las plataformas digitales, contar con los seguros de enfermedad y maternidad, riesgos de trabajo, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada, vejez y guarderías y prestaciones sociales; además, éstos son extensibles a sus cónyuges, ascendientes y descendientes.

Datos Personales”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2021, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5631203&fecha=29/09/2021, consultado el 13 de enero de 2022.

⁵⁴ Enrique Mendoza López, gerente general de Beat México; Juan Andrés Panamá, director general de DiDi México; María-Pía Lindley, directora general de DiDi Food México; Alejandro Solís, director general de Rappi México; Kathleen McInerney, directora global de Asuntos Corporativos de Rappi; Gretta González, directora general de Uber México; Ana Arroyo, directora general de Uber Eats México; e Isabel Davara, secretaria de la Asociación de Internet MX, IMSS, IMSS firma convenios con plataformas de servicios digitales para promover la incorporación voluntaria de personas trabajadoras independientes, Sitio Web “Acercando el IMSS al Ciudadano”, México, 2021, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/432>, consultado el 13 de enero de 2022.

⁵⁵ IMSS firma convenios con plataformas de servicios digitales para promover la incorporación voluntaria de personas trabajadoras independientes, IMSS, Sitio Web “Acercando el IMSS al Ciudadano”, México, 2021, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/432>, consultado el 13 de enero de 2022.

Cabe aclarar que la firma de estos convenios no regulariza la situación laboral de los trabajadores, pues desconocen que exista una relación de trabajo, lo que ha ocasionado su descuento.

2. Reconocimiento del contagio por SARS-COV-2 en actividades laborales como riesgo de trabajo

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social, mediante un comunicado del 28 de enero de 2021,⁵⁶ reconoció que el contagio por el virus SARS-CoV2 puede constituir una enfermedad de trabajo, con sustento en el artículo 513 de la Ley Federal del Trabajo, específicamente en la fracción 136, relativa a virosis (hepatitis, enterovirus, rabia, psitacosis, neumonías a virus, mononucleosis infecciosa, poliomiéлитis y otras).

En el mismo sentido, el IMSS⁵⁷ determinó a la Covid-19 como enfermedad de trabajo, y otorga el seguro de riesgo de trabajo, bajo el siguiente esquema:

- a) Se paga el 100% del salario base de cotización con el que está registrado el trabajador ante el IMSS.
- b) Si se tienen secuelas, se puede tener derecho a una indemnización o pensión.
- c) Al terminar el tratamiento se tiene derecho a ser reinstalado; en caso de que no pueda desempeñar sus actividades habituales, la Ley Federal del Trabajo protege al trabajador para que sea reinstalado en tareas que sí pueda desempeñar.
- d) Si se requiere de prótesis y/o órtesis, serán cubiertas por el seguro de riesgos de trabajo, y
- e) En caso de defunción, los beneficiarios o familiares tendrán derecho a las prestaciones económicas establecidas en la Ley del Seguro Social para los riesgos de trabajo.

⁵⁶ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *La Secretaría del Trabajo y Previsión Social reconoce que el contagio por SARS-Cov-2 puede constituir una enfermedad de trabajo*, Gobierno de México, 2021, disponible en: https://www.gob.mx/stps/prensa/comunicado-0005_2021#:~:text=El%20Coronavirus%20SARS%2DCov%2D2,infeciosa%2C%20poliomiéлитis%20y%20otras, consultado el 17 de enero de 2022.

⁵⁷ Acuerdo ACDO.AS2.HCT.240620/173.PDPES, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de julio de 2020.

VII. SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL

En este apartado se reportan los dos acontecimientos siguientes:

1. *Ratificación del Convenio 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras domésticas*

El 12 de diciembre de 2019, el Senado de la República ratificó el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵⁸ sobre Trabajo Decente para las Trabajadoras Domésticas. En ese sentido, el 3 de julio de 2020 el gobierno mexicano depositó la ratificación de este convenio ante el director general de la Oficina Internacional del Trabajo. Sin embargo, no fue hasta el 3 de junio de 2021 cuando entró en vigor el instrumento previamente ratificado, con la finalidad de promover, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas trabajadoras del hogar en el país que históricamente se les ha negado el reconocimiento de los derechos laborales, así como de un trabajo decente.

La entrada en vigor del convenio permite establecer disposiciones de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, para asegurar que cuenten con la protección de la seguridad social aplicándose de manera progresiva.⁵⁹

Esta ratificación garantiza que las personas trabajadoras del hogar puedan hacer valer sus derechos reconocidos en el marco nacional con el respaldo del instrumento internacional.

2. *Marco de colaboración entre México y Estados Unidos de América en materia de seguridad, salud pública y comunidades seguras*

El 8 de octubre de 2021 los gobiernos de México y Estados Unidos firmaron un marco de colaboración en materia de seguridad, salud pública y comunidades seguras, que tiene como objetivo buscar generar comunidades seguras, que cuenten con mejores servicios de salud en beneficio de los ciu-

⁵⁸ “Senado ratifica Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, Senado de la República”, México, 2021, disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/47233-senado-ratifica-convenio-189-de-la-organizacion-internacional-del-trabajo.html>, consultado el 13 de enero de 2022.

⁵⁹ *Idem.*

dadanos de ambos países.⁶⁰ Se resalta que este acuerdo sustituye a la Iniciativa Mérida, firmada por ambos gobiernos en 2008, que dejó de estar vigente desde julio de 2021.

Dentro de este marco se establece que es necesario atender las causas sociales de la violencia y la criminalidad, aspecto que puede ser atendido con responsabilidad compartida para generar condiciones de salud y seguridad eficaces en ambas naciones. Cabe mencionar que al cierre del año no se habían establecido las directrices concretas por las cuales se desarrollará el marco de colaboración esperando que en los primeros meses de 2022 se establezcan mecanismos concretos a implementar.

3. *Firma de memorando entre la Secretaría de Salud y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades*

El 21 de junio de 2021, el gobierno de México, a través del secretario de Salud, Jorge Alcocer Varela, en conjunto con la directora del Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, Andrea Amman, concertaron la firma de un memorando, el cual tiene como propósito fortalecer lazos de comunicación entre la comunidad europea y la nación mexicana, para detectar posibles amenazas sanitarias que pudieran afectar a ambos frentes.⁶¹

El objetivo de este memorándum no sólo se limita a intercambiar información en caso de emergencias de salud pública, sino también incluye la participación de profesionales de la salud en congresos, conferencias, simposios, reuniones y talleres científicos organizados por los firmantes; además, intercambio de personal y material educativo y didáctico.

VIII. CONCLUSIONES

No obstante que a principios de 2021 se seguía con complicaciones económicas y laborales, y por consecuencia en materia de seguridad social, a

⁶⁰ Entendimiento Bicentenario sobre Seguridad, Salud Pública y Comunidades Seguras entre México y los Estados Unidos, Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/documentos/boja-informativa-entendimiento-bicentenario>, consultado el 14 de enero de 2022.

⁶¹ Comunicado conjunto: Salud-Relaciones Exteriores “Firman memorando Secretaría de Salud y Centro Europeo para la prevención y el Control de las Enfermedades”, Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/firman-memorando-secretaria-de-salud-y-centro-europeo-para-la-prevencion-y-el-control-de-las-enfermedades-275196?idiom=es>, consultado el 23 de noviembre de 2021.

causa de la pandemia por el virus SARS-CoV2 que enfrenta todo el mundo, en nuestro país se continuó trabajando en las mejoras de ciertos derechos y beneficios para la población mexicana.

Desafortunadamente, la recuperación económica del país se ve lejana; sin embargo, se ha podido avanzar en algunos aspectos; por ejemplo, como lo es en el aumento en la licencia de paternidad y en la regulación del teletrabajo, situaciones que amplían la cobertura prestacional y reconocen a los trabajadores que laboran desde casa.

En materia internacional, se reconoce un avance significativo ya presentado desde años atrás en la protección de las y los trabajadores domésticos, brindándoles la protección tanto laboral como de seguridad social, ofreciéndoles condiciones de trabajo decente. Asimismo, se firmaron y ratificaron instrumentos internacionales que auxilian al país en materia de seguridad social, salud pública y educación. Por lo que en resumen se considera que el país avanzó en materia de seguridad social.

IX. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BBVA Research, *Anuario de Migración y Remesas México 2021*, México, 2021, disponible en: <https://www.bbva.com/publicaciones/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2021/>.

BELTRÁN TORRES, Jenny Andrea *et al.*, “La incapacidad temporal como beneficio de la seguridad social: una revisión de literatura”, *Ocupación Humana*, vol. 21, núm. 1, México, 2021, disponible en: <https://latinjournal.org/index.php/rob/article/view/1032/841>.

CALVILLO BARRAGÁN, Stephanie, *Portabilidad de derechos pensionarios. Desafíos y propuestas para la seguridad social en México*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

CAZARES GARCÍA, Gustavo, *Derecho de la seguridad social: historia, doctrina y jurisprudencia*, 6a. ed., México, Porrúa, 2021.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS SALARIOS MÍNIMOS, *Tabla de Salarios Mínimos Generales y Profesionales por Áreas Geográficas*, México, Conasami, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/documentos/tabla-de-salarios-minimos-generales-y-profesionales-por-areas-geograficas>.

COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO, *El Sistema de Ahorro para el Retiro al cierre de 2021*, México, Consar, 2022, disponible en: <https://www.gob.mx/consar/articulos/el-sistema-de-ahorro-para-el-retiro-al-cierre-de-2021-292459?idiom=es>.

CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA, *Covid-19 México, Información General*, México, Conacyt, 2021, disponible en: <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Medición multidimensional de la pobreza en México*, México, Coneval, 2020, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Pobreza_multidimensional_2018_2020_CONEVAL.pdf.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, “El Coneval presenta información referente a la pobreza laboral al segundo trimestre de 2021”, México, Coneval, 2021, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_resultados_a_nivel_nacional.aspx.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, “Evolución de las líneas de pobreza por ingresos”, México, Coneval, 2020, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>.

“Desabasto mundial de chips «enriquece» a estas ciudades mexicanas”, *El Financiero*, México, 2021, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/2021/10/11/desabasto-de-chips-eleva-demanda-de-naves-industriales-en-el-pais-por-covid/>.

FORBES, “México, lugar 10 en el mundo por muertes de Covid-19: Salud”, *Forbes*, México, 2021, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/noticias-mexico-decimo-lugar-mundo-muertes-covid-19-salud/>.

GARCÍA LÓPEZ, Diego Saúl y ROBLES GARZA, Magda Yadira, “La interpretación de la cláusula de no discriminación en los derechos sociales del trabajo y la seguridad social en la Suprema Corte de Justicia mexicana”, *Logos Revista de Filosofía*, núm. 136, México, enero-junio 2021, disponible en: <file:///C:/Users/Externo/Downloads/2874-Texto%20del%20art%20C3%A1culo-17442-1-10-20210128.pdf>.

GOBIERNO DE MÉXICO, Comunicado conjunto: Salud-Relaciones Exteriores “Firman memorando Secretaría de Salud y Centro Europeo para la prevención y el Control de las Enfermedades”, Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/firman-memorando-secretaria-de-salud-y-centro-europeo-para-la-prevencion-y-el-control-de-las-enfermedades-275196?idiom=es>.

GOBIERNO DE MÉXICO, “Covid-19 en México”, Gobierno de México, México, 2022, disponible en: <https://datos.covid-19.conacyt.mx/#DOView>.

- GOBIERNO DE MÉXICO, “Entendimiento Bicentenario sobre Seguridad, Salud Pública y Comunidades Seguras entre México y los Estados Unidos”, Gobierno de México, México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/documentos/boja-informativa-entendimiento-bicentenario>.
- GOBIERNO DE MÉXICO, “Nueva normalidad. Reactivación de la economía mexicana de forma responsable y segura”, disponible en: <https://www.gob.mx/covid19medidaseconomicas/acciones-y-programas/nueva-normalidad-244196>.
- GUZMÁN BRINGAS, Gabriela Fernanda *et al.*, *Los sistemas de salud en las Américas ante la pandemia de Covid-19. Una perspectiva desde el acceso y la cobertura universal*, México, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2021.
- GUZMÁN FERNÁNDEZ, Candelaria *et al.*, “La afiliación a la seguridad social de los trabajadores y sus efectos en las finanzas de las empresas en México”, *Apuntes del Cenes UPTC*, vol. 40, núm. 72, México, julio 2021, disponible en: <https://revistas.uptc.edu.co/index.php/cenes/article/view/12246/10954>.
- HERNÁNDEZ, Gerardo, “Mercado laboral ha recuperado el 93% del empleo perdido por pandemia”, *El Economista*, México, 2021, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Mercado-laboral-ha-recuperado-el-98-del-empleo-perdido-por-la-pandemia-20210527-0119.html>.
- IMSS, IMSS firma convenios con plataformas de servicios digitales para promover la incorporación voluntaria de personas trabajadoras independientes, Sitio Web “Acercando el IMSS al Ciudadano”, México, 2021, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/432>
- IMSS, IMSS firma convenios con plataformas de servicios digitales para promover la incorporación voluntaria de personas trabajadoras independientes, Sitio Web “Acercando el IMSS al Ciudadano”, México, 2021, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/432>.
- IMSS, *Estadísticas e informes*, México, 2021, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/conoce-al-imss/informes-estadisticas>.
- IMSS, *Personas que perdieron su empleo durante emergencia sanitaria pueden tramitar Retiro Parcial por Desempleo: IMSS*, México, 2020, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202006/368>.
- IMSS, *Reforma al sistema de pensiones recupera enfoque social y logra primeros beneficios: IMSS*, núm. 170/2021, México, 2021, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202104/170#:~:text=Z0%C3%A9%20Robledo%20destac%C3%B3%20que%20estas,en%20las%20semanas%20de%20cotización%C3%B3n>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Comunicado de prensa núm. 498/2021, 25 de agosto de 2021, Producto Interno Bruto de México durante el segundo trimestre de 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/pib_pconst/pib_pconst2021_08.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Comunicado de prensa núm. 498/2021, 25 de agosto de 2021, Producto Interno Bruto de México durante el segundo trimestre de 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/pib_pconst/pib_pconst2021_08.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Comunicado de prensa núm. 457/2021, Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, Nueva edición, México, INEGI, 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_08.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Comunicado de prensa núm. 457/2021, Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, Nueva edición, México, INEGI, 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_08.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Comunicado de prensa núm. 457/2021, Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, Nueva edición, México, INEGI, 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/enoe_ie/enoe_ie2021_08.pdf.

LÓPEZ LOZANO, Eduardo, *Reforma a la subcontratación laboral e implicaciones: Análisis Integral*, México, Dofiscal Editores, 2021.

LÓPEZ PÉREZ, Emmanuel, “Derechos humanos: trabajo y seguridad social frente a las nuevas tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial en México”, *Revista IUS*, vol. 15, núm. 48, México, 2021, disponible en: <http://35-249.hostmonster.com/index.php/ius/article/view/688/788>.

MANCHINELLY MOTA, Edgar Daniel, *El acceso a la salud de la migración irregular en México*, México, Biblioteca CIESS, 2021, disponible en: https://ciss-bienestar.org/wp-content/uploads/2021/03/CASBSS-2021-El-acceso-a-la-salud-de-la-migracion-irregular-en-Mexico_.pdf.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela y DÁVILA SOTO, Josué Mesraím, “La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social desde las resolu-

- ciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso México”, *Estudios Constitucionales*, vol. 19, núm. 1, México, julio 2021, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002021000100205&script=sci_arttext&tlng=en.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, *Industry 4.0 Labour and Social Security*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, “Reformas necesarias a la seguridad social para una verdadera justicia laboral en México”, *Cielo Laboral*, México, 2021, disponible en: <http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/1687/Reformas%20necesarias%20a%20la%20seguridad%20social%20para%20una%20verdadera%20justicia%20laboral%20en%20M%0c3%0a9xico.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.
- MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín y MALDONADO RAMOS, Samantha, “Análisis del derecho humano a la vivienda en México: en aras de un nuevo paradigma”, *Misión Jurídica*, núm. 20, México, julio 2021, disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/1911/2781>.
- MONROY ENRÍQUEZ, Adela Noemí, “Indispensable y necesario juzgar con perspectiva de género en materia laboral y de la seguridad social”, *Cielo Laboral*, núm. 10, México, 2021, disponible en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2021/10/monroy_noticias_cielo_n10_2021.pdf.
- PÉREZ CHÁVEZ, José, *Taller de prácticas laborales y de seguridad social*, 17a. ed., México, Tax Editores, 2021.
- RIVERA FARFÁN, Carolina (coord.), *La oferta de trabajo es mía, la precariedad de usted. Trabajadores guatemaltecos en la región transfronteriza Guatemala-México*, México, El Colegio de la Frontera Norte-CIESAS, 2021.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 15a. ed., México, Porrúa, 2021.
- SECRETARÍA DE ECONOMÍA, “México mantiene la confianza de inversionistas: atrae 18,433.5 millones de dólares de IED en el primer semestre de 2021”, disponible en: <https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-mantiene-la-confianza-de-inversionistas-atrae-18-433-5-millones-de-dolares-de-ied-en-el-primer-semestre-de-2021?idiom=es>.
- SECRETARÍA DE GOBIERNO, “Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-

- CoV2 (Covid-19)", *Diario Oficial de la Federación*, 24 de marzo de 2021, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020.
- SECRETARÍA DE SALUD, *México inicia el año con 81.9 millones de personas vacunadas contra COVID-19*, Gobierno de México, 2022, disponible en: <https://www.gob.mx/salud/prensa/001-mexico-inicia-el-ano-con-81-9-millones-de-personas-vacunadas-contra-covid-19>.
- SECRETARÍA DE TURISMO, "Al cierre de 2021 se espera la llegada de 31 millones de turistas internacionales y el ingreso de más de 18.5 mil mdd", Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sector/prensa/al-cierre-de-2021-se-espera-la-llegada-de-31-millones-de-turistas-internacionales-y-el-ingreso-de-mas-de-18-5-mil-mdd>.
- SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, "Con el anuncio de las reformas a la subcontratación, más de 300 mil trabajadores ya han sido contratados", Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/con-el-anuncio-de-las-reformas-a-la-subcontratacion-mas-de-300-mil-trabajadores-ya-han-sido-contratado?idiom=es>.
- SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, "Entra en vigor reforma que regula el teletrabajo en México", Gobierno de México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/entra-en-vigor-reforma-que-regula-el-teletrabajo-en-mexico?idiom=es>, consultado el 18 de enero de 2022.
- SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, La Secretaría del Trabajo y Previsión Social reconoce que el contagio por SARS-Cov-2 puede constituir una enfermedad de trabajo, Gobierno de México, México, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/comunicado-00052021#:~:text=El%20Coronavirus%20SARS%20Cov%202,infeciosa%20C%20poliomielitis%20y%20otras>).
- SENADO DE LA REPÚBLICA, "Senado ratifica Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo", Senado de la República, 2021, disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/4723-senado-ratifica-convenio-189-de-la-organizacion-internacional-del-trabajo.html>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "El cálculo del tope máximo de pensiones jubilatorias de los trabajadores del estado, sujetos al artículo décimo transitorio de la ley del ISSSTE, debe determinarse con base a la UMA: Segunda Sala", disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6349>.

VELÁZQUEZ MARISOL, “Presupuesto 2021: bienestar (programas sociales, salud, adultos mayores)”, *El Economista*, México, 2020, disponible en: <https://www.economista.com.mx/politica/Presupuesto-2021-Bienestar-programas-sociales-salud-adultos-mayores-20200908-0145.html>.

VILLALOBOS LÓPEZ, José Antonio, *Marco teórico seguridad social y pensiones*, México, MPRA Paper, núm. 108065, junio 2021, disponible en: https://mpra.ub.unimuenchen.de/108065/1/MPRA_paper_108065.pdf.