

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 36, enero-junio de 2023



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Mónica González Contró

Secretario académico

Mauricio Padrón Innamorato

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

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: 6 de marzo de 2023

2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Hecho en México

ISSN 1870-4670

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- El trabajo decente desde las condiciones salariales de los docentes universitarios del sector público en Venezuela 3
Diony ALVARADO
Tania BENCOMO
- El rol del beneficio eventual en el contexto de los desastres en Brasil. . 33
Luiz Guilherme NATALIO DE MELLO
- Analizar la exclusión social para calibrar el desarrollo. Apuntes para el derecho social 53
Jordan Vladimir TELLO IBARRA
- Convergencia o divergencia de los instrumentos internacionales sobre coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea e Iberoamérica 75
Daniela ZAVANDO CERDA
Laura GÓMEZ URQUIJO
- Campesinos al derecho: movilización legal por la tierra y trabajo en Colombia 107
Sergio CORONADO
- Trabajo digno y decente, derrota social y suicidalidad en población colombiana 135
César Alveiro MONTOYA AGUDELO
Camilo Andrés GARZÓN CORREA
Erika Yohanna BEDOYA CARDONA



- La contratación de abogados en los bufetes peruanos: ¿una discriminación contractual? 155

Luz PACHECO ZERGA

- Sistema de salud mexicano: de la descentralización hacia la re-centralización. 193

María Magaly VARGAS-RUIZ

COMENTARIOS

- Comentario a la jurisprudencia 2a./J.19/2022 relativa a la obligación de agotar la conciliación prejudicial en las pensiones de cesantía en edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de aportaciones de seguridad social 225

María Ascensión MORALES RAMÍREZ

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo *et al.*, “El debate sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile y algunos problemas conexos”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 35, julio-diciembre de 2022, pp. 59-99. 245

Teresa Isabel JÁUREGUI BARAJAS

- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia; REYNOSO CASTILLO, Carlos y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *La justicia laboral, administración e impartición*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005 249

Kate Aurora GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN

ARTÍCULOS



EL TRABAJO DECENTE DESDE LAS CONDICIONES SALARIALES DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS DEL SECTOR PÚBLICO EN VENEZUELA*

DECENT WORK FROM THE SALARY CONDITIONS OF UNIVERSITY TEACHERS IN THE PUBLIC SECTOR IN VENEZUELA

RÉFLEXION SUR LA NOTION DE TRAVAIL DÉCENT À PARTIR DES CONDITIONS SALARIALES DES PROFESSEURS À L'UNIVERSITÉ PUBLIQUE AU VENEZUELA

Diony ALVARADO**

Tania BENCOMO***

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo principal analizar la figura del trabajo decente impulsada por la Organización Internacional del Trabajo, que implica tutela jurídica efectiva para el ejercicio de los derechos laborales, protección social y diálogo social, desde las condiciones salariales que poseen los docentes universitarios en Venezuela, que representan cifras que los colocan como los trabajadores peor remunerados del continente americano, por debajo del umbral de la pobreza extrema, conforme a los indicadores por ingreso registrados por la Organización de las Naciones Unidas y el Banco Mundial, condiciones que promueven el retiro y la emigración masiva de los profesores universitarios, o la

* Recibido el 6 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Abogado. Magíster en derecho del trabajo. Doctor en ciencias sociales, Mención Estudios del Trabajo. Docente de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Carabobo. Jefe de Cátedra de Negociación Colectiva. Investigador adscrito al LAINET de FACES. Correo electrónico: dionyalvarado@gmail.com. ORCID: 0000-0003-2046-4331

*** Abogada. Magíster en derecho del trabajo, especialista en docencia para la educación superior. Especialista en gerencia tributaria. Doctora en ciencias sociales, Mención Estudios del Trabajo. Docente FCJyP de la Universidad de Carabobo. Jefe de Cátedra de Derecho Tributario. Investigadora adscrita al CELIJS de la FCJyP. Correo electrónico: taniabencomo@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-0913-6185.



asunción de la labor docente universitaria como un trabajo voluntario o no remunerado cuyos gastos operativos deben ser subsidiados con los recursos del propio trabajador. Se utilizó el diseño de investigación documental con un nivel descriptivo; se concluye que las condiciones salariales y laborales en general del personal docente universitario del sector público están totalmente alejadas de las que se podrían considerar como decentes por la OIT, y que la lucha gremial por enfrentar dicha precariedad debe asumir la conciencia gremial colectiva nacional e internacional.

Palabras clave: precarización, profesores universitarios, Venezuela, pobreza extrema. universidades públicas, trabajo decente.

SUMMARY: The main objective of this documentary research work is to address the figure of decent work promoted by the International Labor Organization, which implies effective legal protection for the exercise of labor rights, social protection and social dialogue, from the salary conditions they have university teachers in Venezuela, which represent figures that place them as the lowest paid workers in the American continent, below the threshold of extreme poverty according to the income indicators kept by the United Nations Organization and the World Bank, conditions that promote the retirement and massive emigration of university professors, or the assumption of university teaching work as a voluntary or unpaid job, operating expenses must be subsidized with the worker's own resources. The descriptive-level documentary design was used, concluding that the general salary and working conditions of university teaching staff in the public sector are totally far from what could be considered decent by the ILO, and that the union struggle to face said precariousness it must assume the national and international collective union conscience.

Keywords: Precarization, University Professors, Venezuela, Extreme Poverty. Public Universities, Decent Work.

RESUME: Le présent essai a pour but d'aborder la notion de travail décent telle qu'elle a été promue par l'Organisation Internationale du Travail (OIT), notion qui sous-entend une tutelle juridique effective permettant de faire respecter le droit du travail ainsi qu'une protection et un dialogue sociaux. Mais ce thème est ici étudié à partir des conditions salariales des professeurs à l'université au Venezuela. Or, il apparaît rapidement que ce sont les salariés les plus mal rémunérés du continent américain avec des émoluments se situant sous le seuil de pauvreté extrême comme l'attestent les indicateurs fournis par l'Organisation des Nations

Unies et de la Banque Mondiale. Ces conditions de travail déplorables se traduisent par deux tendances : soit les professeurs démissionnent massivement pour tenter leur chance à l'étranger, soit leur profession est dorénavant considérée comme un emploi volontaire peu ou pas rémunéré dont les frais inhérents doivent être pris en charge par les universitaires eux-mêmes. Au final, le présent essai, basé sur une recherche documentaire (niveau descriptif), se conclut par l'affirmation suivante : les conditions salariales des professeurs d'universités publiques n'ont, en général, strictement aucun rapport avec celles que l'on peut considérer comme décentes si l'on se réfère à l'OIT et les revendications face à une telle précarité doivent trouver un écho aux niveaux collectif, national et international.

Mots-clés: precarisation, professeurs a l'universite, Venezuela, pauvreté extreme, universites publiques, travail decent.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Construyendo la definición de trabajo decente.* III. *Condiciones materiales para el trabajo decente en Venezuela.* IV. *El salario del docente universitario.* V. *Lo decente en el trabajo universitario.* VI. *A modo de conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones laborales comportan un componente humano que no se puede omitir; no es simplemente un intercambio de mercancías. En ese sentido, el trabajo decente constituye un mecanismo para el bienestar social, con el propósito de afianzar los derechos humanos, promoviendo un trabajo que se preste en condiciones de libertad, seguridad, equidad, dignidad humana, estabilidad y participación en defensa de derechos laborales. Es una meta primordial de la Organización Internacional del Trabajo, estimular entre sus miembros la generación de políticas sociales, económicas y laborales, que brinden oportunidades para obtener un trabajo, pero dentro de condiciones decentes, como respeto a la dignidad en la prestación de servicios, con una remuneración adecuada para la satisfacción de necesidades básicas, seguridad social y derecho a la participación sindical, negociación colectiva y diálogo social.

El trabajo asalariado en Venezuela ha resultado profundamente impactado por la aguda y estructural crisis económica que padece el país de manera crónica desde hace más de una década, en una constante y progresiva

profundización, aunado a las políticas laborales sostenidas en el tiempo, de aplanamiento de las escalas salariales, que han desmejorado las condiciones laborales en general, ya que, en los hechos, en un contexto económico adverso, es una igualación en la precariedad. En este sentido, resulta especialmente dramático el caso de los trabajadores del sector público, que incluye a los profesores de educación superior de las universidades autónomas al servicio del Estado. El objetivo principal del presente trabajo es describir de manera general las condiciones salariales en las cuales el docente universitario venezolano debe prestar sus servicios bajo dependencia, y constatar si tales condiciones corresponden a lo que se podría considerar un trabajo decente de acuerdo con los parámetros establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en torno a tal concepto.

El contenido está estructurado en cinco puntos esenciales. En el primero, sobre la construcción de una definición de trabajo decente, para abordar el fenómeno desde el parámetro conceptual. En segundo lugar, las condiciones materiales para el trabajo decente en Venezuela, centrado en el contexto socioeconómico donde se produce el fenómeno. En tercer lugar, el salario del docente universitario venezolano, donde se describen las condiciones de éste. En cuarto lugar, lo decente en el trabajo universitario, donde se plasma el papel social del docente, el papel del Estado, y las principales motivaciones que lo mantienen en la función pública pese a la precariedad extrema. Y, en quinto lugar, a modo de conclusiones, las consideraciones finales acerca del reclamo urgente de un trabajo en condiciones laborales decentes para los docentes universitarios venezolanos.

II. CONSTRUYENDO LA DEFINICIÓN DE TRABAJO DECENTE

La noción de trabajo decente como categoría laboral, implementada por la Organización Internacional del Trabajo, es un producto histórico de las contradicciones materiales del proceso de reestructuración productiva del modo de producción capitalista, que trajo el fin del llamado fordismo-taylorismo como forma imperante de producción y organización del trabajo, que impactó significativamente en el mercado de trabajo que se había construido en su entorno.¹ El modelo monolítico de línea de producción en masa que empu-

¹ Fernández S., Ma. Jesús, “Reestructuración productiva y desarrollo regional”, *Revista de Estudios Regionales*, Málaga, Universidades Públicas de Andalucía, núm. 58, septiembre-diciembre, 2000, pp. 45-77.

jaba las mercancías al mercado, que facilitaba largas relaciones laborales, resultaba ineficaz para satisfacer la demanda diversificada bajo nuevos patrones de consumo segmentado, estimulados por la intensificación competitiva y la saturación de los mercados fragmentados, haciendo que el tiempo se volviera un factor competitivo estratégico.²

En esta nueva fase del sistema surge un ciclo *kondratiev* de expansión, estancamiento y recesión capitalista, con un paradigma emergente con sus respectivos cambios de productos y sistemas asociados, bajo el proceso de transformación de las nuevas tecnologías vinculadas a la microelectrónica.³ Los resultados económicos obtenidos por China, India y otros países en desarrollo que aplican la estrategia de proveer fuerza de trabajo cualificada a bajo coste al capital internacional, a cambio de la creación de la infraestructura nacional necesaria para su explotación, se convirtieron en la prueba de la eficacia del modelo. Pero su implementación vino aparejada con una pérdida sostenida de la oferta de empleos estables, con una tendencia a la precarización en las condiciones laborales, bajo un marco de liberalización del mercado de trabajo mediante la flexibilización y desregulación de la normativa laboral.⁴ En ese sentido, las políticas públicas debían promover la inversión privada, procurando minimizar los costos laborales e impositivos a los empleadores, aspirando con ello a generar mayor cantidad de puestos de trabajo, sin importar la calidad y estabilidad de éstos.

Ante esa tendencia a la precarización laboral, consecuencia de la implantación de nuevos modelos productivos, surge la necesidad de reafirmar la importancia de un trabajo con estándares mínimos de respeto a la dignidad de los trabajadores, bajo una categoría axiológica referencial que representara esa exigencia básica. La misma implicaría entrar en el campo de lo impreciso, de las utopías importantes,⁵ ya que sería un marco referencial que le otorgaría sentido, propósito y razón al trabajo como medio de vida, identidad social y

² Veltz, P., “New Models of Production Organization and Trends in Spatial Development”, en Benko, G. y Dunford, M. (eds.), *Industrial Change and Regional Development*, Londres, Belhaven Press, 1991.

³ Freeman, C. Clark, J. y Soete, L., *Desempleo e innovación tecnológica. Un estudio de las ondas largas y el desarrollo económico*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

⁴ Garza, Enrique de la, “La construcción socioeconómica del mercado de trabajo y la reestructuración productiva en México”, en Garza Toledo, Enrique de la (coord.), *Trabajo, sujetos y organizaciones laborales*, CLACSO, 2000, p. 11.

⁵ Martínez, Julio y Pinilla, Francisco, “¿Trabajo decente o trabajo indecente?”, *Tendencias Sociales. Revista de Sociología*, España, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología UNED Asociación Madrileña de Sociología, núm. 5, 2020, pp. 80-101.

realización personal. Igualmente, serviría como parámetro elemental para trazar los objetivos de políticas públicas y legislativas que impacten en el hecho social trabajo,⁶ imbuyendo el deber ser en el propio ser del proceso social laboral. Por ello, se hace necesario que “el derecho del trabajo sea una rama del ordenamiento jurídico que garantice un doble equilibrio: entre la racionalidad económica y la racionalidad social, por un lado, y por otro, un equilibrio de los poderes empresariales y sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga”.⁷

En ese sentido, los derechos laborales constituyen derechos humanos de segunda generación, siendo la base de éstos la justicia.⁸ Pero justicia que no se puede entender como producto de la simple aplicación del derecho, sino como un valor inmanente al mismo, en el cual se reconoce una dignidad o inviolabilidad de cada individuo, que incluso el bienestar colectivo no puede ignorar. La dignidad resulta entonces el componente irreductible derivado de la mera condición humana, y cuyo respeto sería lo que otorgaría legitimidad a las autoridades dentro del sistema social. En concordancia con esa línea de pensamiento, diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros tratados multilaterales, han reconocido al trabajo como un derecho humano. Esa condición implica que no se trata de una categoría aislada, sino interdependiente y complementaria con los otros derechos universales.

La evolución del reconocimiento internacional de tales derechos básicos y universales se puede observar tras finalizar la Primera Guerra Mundial, con el discurso político de los Estados girando alrededor de la necesidad de alcanzar la paz mundial en un espacio institucional de diálogo entre las naciones. Sin embargo, los actores sindicales que ya venían de la experiencia organizativa de las internacionales cuestionaron que se pudiera alcanzar la paz sin la necesaria justicia social dentro de las naciones, que implicaba el debido respeto a los derechos humanos en el trabajo. Con ese propósito,

⁶ Bencomo, Tania, “El trabajo visto desde una perspectiva social y jurídica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, 2008.

⁷ Monereo, José, “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, enero-junio de 2019, vol. 9, núm. 1, p. 223.

⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995.

a través del Tratado de Versalles de 1919, se creó adjunto a la Sociedad de Naciones la Organización Internacional del Trabajo, con objeto de lograr, mediante el diálogo social tripartito entre sindicatos, patronos y gobiernos, la paz laboral necesaria. Dicha organización, casi al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en la Declaración de Filadelfia de 1944, ratifica el derecho de los trabajadores a la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna, con libertad de expresión y de asociación para la negociación colectiva, y la defensa de condiciones justas. En concordancia con esa finalidad, la OIT dictó la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, en la cual se identifican como derechos fundamentales la libertad sindical y la negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso; la abolición del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo; los convenios que los desarrollan son obligatorios para los miembros de la Organización, sin importar la suscripción y posterior ratificación del mismo por cada Estado. Bajo ese espíritu de universalidad de derechos básicos inalienables, la categoría de trabajo decente fue introducida en el seno de la OIT por Juan Somavia, antiguo director general del mencionado organismo, quien la definió por primera vez durante la Conferencia 87 de dicha organización, en junio de 1999.

Grosso modo, el trabajo decente se podría entender como aquel trabajo que se realiza bajo el amparo de leyes laborales y de la seguridad social. En idioma español estaría cercano a trabajo digno, no por la connotación clasista del tipo de trabajo, sino por la manera de ejecutarlo. En inglés, *decent work* literalmente no tiene el mismo significado que en español, ya que atiende al trabajo en sus fines lícitos o morales, y no a las condiciones justas en las cuales se ejecuta.⁹ Entonces, el trabajo en condiciones de precariedad, que implica la falta de seguridad en el empleo, la falta de seguridad en el salario, la falta de seguridad en las prestaciones sociales, la falta de seguridad en la sindicación, y la falta de diálogo social y negociación colectiva, es un trabajo indecente.

En consecuencia, se podría afirmar que trabajo decente sería aquel trabajo en cuyas condiciones se reconocen los derechos humanos laborales, debido a la dignidad inalienable del trabajador como persona, lo que implica una tutela jurídica efectiva para el ejercicio de tales derechos, con protección social ante las contingencias de la vida laboral, y capacidad de ejercer la libertad sindical tanto individual y colectiva, en diálogo social entre los actores laborales.

⁹ Martínez, Julio y Pinilla, Francisco, *op. cit.*, pp. 80-101.

III. CONDICIONES MATERIALES PARA EL TRABAJO DECENTE EN VENEZUELA

Con la crisis económica derivada de la emergencia sanitaria del coronavirus Covid-19, los mercados laborales mundiales, pero en especial los latinoamericanos, se han visto aún más precarizados en sus condiciones de trabajo, al elevarse la proporción de empleos informales a un 53.1%.¹⁰ En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la ONU, en su reporte de mayo de 2020, expresó:

Las medidas de cuarentena y distanciamiento físico, necesarias para frenar la propagación acelerada del coronavirus y salvar vidas, generan pérdidas de empleo (en 2020 habría 11,6 millones de desocupados más que en 2019) y reducen los ingresos laborales de las personas y de los hogares. La pérdida de ingresos afecta sobre todo a los amplios estratos de población que se encuentran en situación de pobreza y vulnerabilidad, así como a las personas que trabajan en actividades más expuestas a despidos y reducciones salariales y, en general, en condiciones de precariedad laboral.¹¹

En el caso venezolano, tal situación se suma a la crisis económica y humanitaria crónica que padece la nación desde un largo periodo, y se estima que en los últimos siete años la economía venezolana se ha contraído un 83%.¹² En ese contexto, el Instituto Nacional de Estadística dejó de publicar indicadores importantes para medir las condiciones socioeconómicas del país, como el costo de la canasta alimentaria normativa desde 2014, o las cifras de pobreza por línea de ingreso desde 2016, por lo que no existe información oficial del ente gubernamental al respecto. Sin embargo, supletoriamente entes no gubernamentales en ámbito académico o gremial se han dado a la tarea de presentar indicadores económicos y sociales de manera independiente, como es el caso del Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores —CENDA—, de la Federación Venezolana de Maestros —FVM—, que lo ha hecho históricamente desde 1984, o más recientemente en 2014, la

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo, *Memoria del director general Actividades de la OIT*, 1998-99, Disponible: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc88/rep-1ai.htm>.

¹¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, *El desafío social en tiempo de Covid-19*, 2020, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325_es.pdf.

¹² Observatorio Venezolano de Finanzas - *Informe del Índice de Actividad Económica y otros indicadores*, 2021, disponible en: <https://observatoriodefianzas.com/>.

Encuesta Nacional de Condiciones de Vida —Encovi—, coordinada por tres universidades del país: Universidad Católica Andrés Bello —UCAB—, Universidad Central de Venezuela —UCV—, y Universidad del Zulia —LUZ—, o el Observatorio Venezolano de Finanzas —OVF—, de la Consultora Anova, que también aporta datos en esa materia.

Un punto de referencia importante es el costo básico de la alimentación con respecto a los ingresos percibidos, a los efectos de medir el poder adquisitivo real del salario. En ese sentido, el costo de la Canasta Alimentaria de Trabajadores —CAT—, indicador que expresa los costos de los alimentos básicos para una familia de cinco miembros en un lapso de un mes, para mayo de 2021 se ubicó en Bs. 646.811.174,56 que a la tasa oficial de cambio del Banco Central de Venezuela sería equivalente a 219.24 dólares mensuales, siendo el salario mínimo mensual, que también equivale al monto mensual de las pensiones otorgadas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), la cantidad de Bs. 7.000,000, equivalente a 2.37 dólares mensuales a la tasa oficial.

En ese orden de ideas, es necesario destacar que el salario mínimo diario sería de 0.079 centavos de dólar al día, que comparado con el parámetro establecido por el Banco Mundial para determinar la pobreza extrema por nivel de ingreso se ubica en 1.90 dólares diarios; en consecuencia, nos encontramos por debajo de dicho parámetro. En el siguiente cuadro se puede observar la progresión de la pobreza extrema en Venezuela desde 2015; se desprende que dentro del monto porcentual de la pobreza general por periodo existe un porcentaje significativo de pobreza extrema; en otras palabras, por ejemplo, se estima que en el periodo 2019-2020 el nivel de pobreza general se ubicó en 96%, dentro de lo cual el 79.0% era de pobreza extrema para el referido periodo, lo que representa una situación de vulnerabilidad económica considerable y preocupante a todo evento.

PROGRESIÓN DE LA POBREZA EXTREMA EN VENEZUELA DESDE 2015

<i>Periodo</i>	<i>Pobreza general</i>	<i>Pobreza extrema</i>
2015-2016	73%	49,9%
2016-2017	82%	51,5%
2017-2018	87%	61,2%
2018-2019	94%	67,0%
2019-2020*	96%	79,0%

Construcción propia a partir de Encovi 2015-2020.

* (Inicio de sanciones económicas a la industria petrolera venezolana).

Cabe destacar que un aproximado de ocho millones de personas perciben un monto equivalente al salario mínimo, de los cuales cuatro millones son pensionados,¹³ de una población actual de poco más de 28 millones de habitantes, reducida con respecto a los 33 millones de habitantes que tenía Venezuela antes del éxodo masivo de cerca del 15% de la población.¹⁴ Es menester acotar que dicho salario mínimo sirve de punto referencial para el cálculo de las escalas salariales de tres millones de funcionarios del Estado, cuyas diferencias salariales están aplanadas sin saltos significativos.

De la población económicamente activa, el 26.6% de los trabajadores asalariados pertenecen a la administración pública, y un 25.9% al sector de las empresas privadas, y 49.7% lo constituyen trabajadores por cuenta propia o autónomos.¹⁵ En lo que respecta a lo remunerativo, el salario promedio mensual venezolano tiene una variación significativa dependiendo del sector público o privado que se observe, por lo que es pertinente su tratamiento por separado. En ese sentido, el Observatorio Venezolano de Finanzas —OVF— estimó que para enero de 2021 el salario promedio en el sector privado estaba por el orden de los setenta dólares mensuales, y el del sector público, alrededor de cuatro dólares mensuales.

SALARIO PROMEDIO POR SECTOR (PRIVADO-PÚBLICO) (ENERO, 2021)

<i>Sector</i>	<i>Salario promedio mensual</i>
Sector privado	70,1\$
Sector público	04,7\$

FUENTE: Índice de remuneración del trabajo.
Observatorio Venezolano de Finanzas, 2021.

El efecto del salario mínimo sobre los tabuladores es exponencial, ya que es el multiplicador para determinar las primas por antigüedad y profesionalización, por lo que un funcionario con doctorado y veinte años de antigüedad no cobraría más de 35 dólares al mes en el mejor de los casos.¹⁶

¹³ Deutsche Welle, *Salario mínimo en Venezuela: 0,92 dólares*, 1 de octubre de 2020, disponible en: disponible en: <https://www.dw.com/es/salario-m%C3%ADnimo-en-venezuela-092-d%C3%B3lares/a-55127544>.

¹⁴ Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, 2020, disponible en: disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/>.

¹⁵ Observatorio Venezolano de Finanzas, *op. cit.*

¹⁶ Mantegani, F., “La realidad del salario en Venezuela, un país donde el sueldo mínimo llega a US\$2,4 mensuales”, *El Monstrador*, Colombia, 27 de junio de 2021, disponible en: <https://>

Se detuvieron los acostumbrados aumentos salariales unilaterales por decreto, cada dos o tres meses, ya que el poder adquisitivo del aumento se disolvía rápidamente en medio de una hiperinflación crónica, que inició en 2017, la cual se ha sostenido y aumentado hasta el presente, siendo la peor hiperinflación registrada en la historia americana,¹⁷ con un acumulado entre 2013 y 2019 de 5.395.536.286%; siendo este fenómeno parte de las agudas condiciones económicas que tenía Venezuela previas a las sanciones sobre la industria petrolera impuestas por Estados Unidos en 2019.

Como medida de choque económico, en los últimos años se impuso un anclaje legal bancario del 100% para bajar la liquidez y la presión sobre el tipo de cambio, lo que haría presumir que la pulverización del salario también tiene que ver con una estrategia monetarista de choque antinflacionario, para reducir de manera abrupta la masa monetaria de dinero inorgánico, y ahogar el consumo de manera drástica, sin mencionar el efecto colateral de disminuir el déficit público con la reducción significativa de la nómina pública, forzando la renuncia masiva de los funcionarios ante un salario a efectos prácticos inexistente, sin que con ello se vaya en contra de la inamovilidad laboral vigente por muchos años, que prohíbe el despido.

El Ejecutivo Nacional, consciente que “las formas” establecidas en la LOTTT para proteger la estabilidad se desmontan en la práctica, lleva más de una década prorrogando Decretos de Inamovilidad Laboral, comprendiendo su duración un año calendario, para que éstos sirvan de muro de contención a la “inestabilidad real” de los trabajadores venezolanos.¹⁸

Esa precariedad extrema ha provocado al menos la renuncia de 500,000 empleados públicos.¹⁹ Este grupo incluye también a los docentes, profesores universitarios y personal sanitario que viene protestando, e incluso muchos

www.elmostrador.cl/noticias/mundo/2021/06/27/la-realidad-del-salario-en-venezuela-un-pais-donde-el-sueldo-minimo-llega-a-us24-mensuales/.

¹⁷ “Venezuela llega a histórica hiperinflación, la más dañina de Latinoamérica”, *El Comercio*, 11 de noviembre de 2018, disponible en: <https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/venezuela-llega-historica-hiperinflacion-danina-latinoamerica-noticia-576441-noticia/>.

¹⁸ Perelló, Nancy, “Trabajo decente y trabajo precario. Caso Venezuela”, *Revista Gaceta Laboral*, Universidad del Zulia, vol. 20, núm. 3, 2014, pp. 181–197, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33638674001.pdf>.

¹⁹ Observatorio Venezolano de Finanzas, *op. cit.*

han paralizado sus actividades totalmente.²⁰ Un estado de cosas que afectan gravemente la operatividad de las instituciones, como expresa la rectora de la Universidad del Zulia, Judith Aular, sobre la renuncia masiva de los trabajadores:

El 60% del personal que trabaja en la Dirección de Seguridad Integral renunciaron y se fueron del país, eso llevó a que nuestra situación, nuestra Dirección de Seguridad Integral se viera debilitada. En los actuales momentos es más difícil porque no tienen movilización, no tienen gasolina, no haya cómo hacer para llegar a los espacios de la universidad y los robos han sido incalculables.²¹

Esa radical desvalorización del poder adquisitivo del salario real, frente a una economía sumergida en la hiperinflación y escasez crónica de bienes y servicios básicos, como agua, gas, electricidad, gasolina, entre otros, como ya se ha mencionado, ha provocado retiros o abandonos de trabajo masivos, en la búsqueda de otros nichos económicos mejor remunerados, ya sea en la debilitada empresa privada o en la creciente actividad informal, o directamente proceder a emigrar a otros mercados laborales en el extranjero, engrosando las filas de la llamada “diáspora venezolana”, un éxodo de más de cinco millones cuatrocientos mil venezolanos en pocos años, que constituye aproximadamente el 15% de la población total del país, de los cuales en un porcentaje significativo están bajo la condición internacional de refugiados de una crisis humanitaria.²² Dicho fenómeno migratorio ha constituido un reto para los países receptores, a los que la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados ha pedido la máxima colaboración para afrontar la compleja situación, que ha provocado la pérdida colosal de un importante capital humano para Venezuela, de una población económicamente activa, con una fuerza de trabajo en muchos casos cualificada o profesional, que abandona el país aspirando alcanzar mejores oportunidades de empleo en un mercado laboral externo, que le ofrezca mejores posibilidades de subsistencia.

²⁰ Singer, Florantonia, “Tres dólares al mes por trabajar para el Estado venezolano”, *El País*, España, 1 de febrero de 2021, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-02-01/tres-dolares-al-mes-por-trabajar-para-el-estado-venezolano.html>.

²¹ Aula Abierta, Rectora Judith Aular, *Mantener la universidad abierta es un reto*, 5 de octubre de 2020, disponible en: <http://aulaabiertavenezuela.org/index.php/2020/10/05/rectora-judith-aular-mantener-la-universidad-abierta-es-un-reto/>.

²² ACNUR, *Situación en Venezuela*, 2021, disponible en: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>.

Pero el contexto adverso para el trabajo dependiente en condiciones mínimas de dignidad no sólo se limita a la crisis económica, sino que abarca la fragilidad de la tutela de los derechos laborales, políticas gubernamentales arbitrarias que agudizaron aún más la problemática, como el memorándum 2792 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo y la Seguridad Social, del 11 de octubre de 2019, que constituyó un comunicado interno ministerial de rango sublegal, que tuvo un efecto en los hechos dramático para el mundo laboral, ya que dejaba sin efecto las convenciones colectivas de trabajo y sus respectivos tabuladores salariales, dejando al arbitrio del patrono su cumplimiento.²³ En ese sentido, el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo decidió en marzo de 2018 la creación de una Comisión de Encuesta, que consiste en un ente colegiado muy poco usual en la organización internacional, ya que se ha utilizado sólo en trece ocasiones en más de cien años de historia de la OIT.²⁴ Dicho comité evaluó el cumplimiento de convenios fundamentales relacionados con la fijación del salario mínimo (C26), la libertad sindical (C87) y el diálogo social (144), produciendo un informe del 17 de septiembre de 2019, que establece relaciones de responsabilidad para el gobierno por el incumplimiento de lo pactado en los convenios y formula una serie de recomendaciones sobre las medidas necesarias para solucionar las vulneraciones.

El trabajo en el sector público se ha convertido en un trabajo voluntario, donde el trabajador paga por trabajar, fomentando en muchos casos la corrupción, porque el propio trabajador subsidia con recursos personales ajenos al salario su tiempo de servicio personal, ya que la remuneración no supera en muchos casos los dos salarios mínimos mensuales, que es equivalente a cuatro dólares al mes, lo que no permite cubrir ni siquiera los costos de transporte para trasladarse al puesto de trabajo. Y ante esa imposibilidad de sobrevivir mediante un salario, sobre todo en el sector público, los millones de venezolanos emigrados representan un alivio económico para miles de familias, gracias a las remesas que envían desde el exterior, constituyendo el medio de subsistencia directa del 30% de la población total de Venezuela, e indirecta de un 50% de la población que ofrece bienes y servicios a ese sector de consumidores en dólares, lo que crea una desigualdad social abismal entre

²³ Goizueta, Napoleón, *Visiones plurales de la libertad sindical en Venezuela*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Laboratorio de Investigación en Estudios del Trabajo, 2020.

²⁴ Lucena, Héctor, *Visiones plurales de la libertad sindical en Venezuela*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Laboratorio de Investigación en Estudios del Trabajo, 2020.

los que logran acceder a esos dólares, que son privilegiados, y los que reciben su ingreso en la moneda local devaluada, que es el bolívar.²⁵

IV. EL SALARIO DEL DOCENTE UNIVERSITARIO

En el trabajo bajo subordinación o dependencia subyace una relación de poder. Para Weber,²⁶ el poder es la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social aun en contra de la resistencia y de su probabilidad. Para Foucault,²⁷ el poder designa relaciones entre sujetos que, de algún modo, conforman una asociación o grupo; a través de una estructura de disciplinamiento, que otorgaría legitimidad a tal dominación. Para Marx,²⁸ las contradicciones entre capital y trabajo derivan de una relación de poder, para la explotación, representada por los sujetos que lo materializan dialécticamente: patronos y trabajadores. Dicha relación no se agota exclusivamente en la esfera privada, sino que trasciende a la propia función pública, y a cualquier espacio social donde se plantee una relación de dependencia entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, a cambio de una remuneración, sea privado o público.

La subordinación a un patrono, como elemento determinante de la relación de trabajo, contiene subyacente la propia relación de poder que la define.²⁹ Esas relaciones de poder, desde el enfoque marxista, contemplan que el trabajo asalariado representa una explotación de la fuerza de trabajo que es comprada como mercancía, para producir bienes y servicios más allá del tiempo socialmente necesario para materializarlos, con objeto de obtener de ese diferencial la plusvalía.³⁰ Esa apropiación de la plusvalía por parte de los patronos, que enajena al trabajador del producto de su trabajo, sería el causante del conflicto laboral. Sin embargo, no se agota en la esfera privada, ya que existe explotación en el sector público, pese a que el beneficiario sea la colectividad, atendiendo a una función pública. Y es que el común denominador en todas las relaciones de trabajo bajo dependencia es la existencia de una figura de po-

²⁵ León, Luis Vicente, *Remesas son un salvavidas*, 2019, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/orbe/remesas-son-un-salvavidas/>.

²⁶ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

²⁷ Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1992.

²⁸ Marx, Karl, "Trabajo asalariado y capital", en Marx, K. y Engels, Frederick, *Obras escogidas*, t. III, Moscú, Instituto de Marxismo-Leninismo, Progreso, 1973.

²⁹ Velasco, Enrique, *Introducción al derecho del trabajo*, Barcelona, Editorial Blume, 1976.

³⁰ Marx, Karl, *op. cit.*

der que ordena y subordina al trabajador,³¹ ya que todo trabajador dependiente vende su fuerza de trabajo bajo limitaciones a su libertad, que pone en riesgo su dignidad, y que lo hace sujeto de tutela, por la necesidad de sobrevivir económicamente, e integrarse a la estructura social mediante el trabajo.

Y es por esa necesidad vital, que la insuficiencia del salario se vuelve especialmente grave cuando no se cubren ni siquiera las necesidades elementales de reproducción de la fuerza de trabajo, como sería la alimentación. Una situación medular que se observa en Venezuela, sobre todo en el sector público, donde los salarios son dramáticamente bajos, incluyendo a los docentes de las universidades públicas, que no escapan de esa terrible realidad. En el siguiente cuadro podemos observar la trayectoria histórica del salario del docente universitario venezolano de máxima categoría y dedicación, que es la de titular con dedicación exclusiva desde 1974 hasta 2021:

PROGRESIÓN POR AÑOS DEL SUELDO MENSUAL DE UN PROFESOR
UNIVERSITARIO VENEZOLANO TITULAR A DEDICACIÓN EXCLUSIVA
(MÁXIMO ESCALAFÓN)

<i>Año</i>	<i>Sueldo reflejado en dólares</i>
1974	1.884,00
1982	3.472,00
1988	667,00
1998	1.144,00
2001	2.573,00
2012	1.126,00
2015	56,00
2019	8,75
2021	6,90

FUENTE: FAPUV 2021.

En este sentido, ubicándonos en 2021, tomando como referencia el sueldo mensual base de los profesores universitarios segregados por categorías, con la misma dedicación exclusiva, podemos observar lo siguiente:

³¹ Van der Laet, Bernardo, *La huelga y el paro en Costa Rica*, San José, Juricentro, 1979.

SUELDO MENSUAL DE PROFESORES UNIVERSITARIOS POR CATEGORÍAS
A DEDICACIÓN EXCLUSIVA (TIEMPO MÁXIMO DE DEDICACIÓN)
TASA DE CAMBIO OFICIAL DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA
AL 27 DE JULIO DE 2021: Bs. 3.885.813,04 POR DÓLAR

<i>Categorías</i>	<i>Sueldo en bolívares</i>	<i>Sueldo equivalente en dólares</i>
Instructor	16.472.151	4,23
Asistente	18.613.533	4,79
Agregado	21.027.283	5,41
Asociado	23.760.830	6,11
Titular	26.849.738	6,90

Construcción propia a partir de datos del B.C.V. y FAPUV.

En el cuadro anterior podemos visualizar los diferenciales salariales por categorías docentes, que tienden a ser aplanados, con muy poca diferencia entre los distintos niveles/escalafones. Un fenómeno generalizado en toda la administración pública, donde es política institucionalizada el achicar los diferenciales en los trabajadores.

También podemos observar, a efecto comparativo, el salario por categoría/escalafón docente de la República de Cuba, según datos correspondientes al 2019, que se pueden apreciar en el siguiente cuadro:

SALARIO POR CATEGORÍA / ESCALAFÓN DOCENTE
DE LA REPÚBLICA DE CUBA

<i>Categoría docente</i>	<i>Salario base mensual pesos CUP</i>	<i>Dólares</i>
Instructor	1,400	52,83
Asistente	1,500	56,60
Titular	1,600	60,37

Construcción propia a partir de Telesur 2019.

Del mencionado cuadro se puede apreciar que los salarios mensuales para los docentes en Cuba resultan nominalmente superiores a los venezolanos.

No podemos perder de vista, a efectos comparativos a nivel regional, el ingreso mensual máximo de beneficios laborales que puede alcanzar un docente universitario en algunos países latinoamericanos, todo lo cual se puede observar en el siguiente cuadro:

INGRESO MENSUAL MÁXIMO DE BENEFICIOS LABORALES DE DOCENTES
UNIVERSITARIOS DE LATINOAMÉRICA

<i>País</i>	<i>Salario máximo mensual</i>
Argentina	2.092
Brasil	4.082
Chile	7.127
Colombia	4.000
Costa Rica	2.094
Ecuador	4.700
El Salvador	2.500
Haití	1.408
México	2.127
Nicaragua	1.100
Panamá	6.000
Perú	1.958
Uruguay	4.021
Venezuela	8,13

Construcción propia a partir de datos aportados por el Informe de Coyuntura en América II, Sector Docente 2021, del Centro Internacional de Investigaciones “Otras Voces en Educación”, adscrito al Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Vistos los datos que se reflejan en los cuadros anteriores, se puede concluir que el sueldo base del docente universitario venezolano, aun en el grado mejor remunerado en razón del escalafón y tiempo de dedicación, resulta el más bajo del continente, pues representa apenas aproximadamente unos 0.23 centavos de dólar diarios, y está muy por debajo del ingreso que se usa como parámetro para medir la pobreza extrema del Banco Mundial, que la sitúa en 1,90 dólares diarios, por lo que resulta literalmente imposible lograr la subsistencia básica con un salario de docente universitario en Venezuela.

Según datos aportados por la Federación de Asociaciones de Profesores Universitarios de Venezuela —FAPUV—, un 30% del personal docente ha abandonado su puesto de trabajo universitario, y un 40% de la comunidad universitaria en general lo ha hecho.³² El resto de los trabajadores universita-

³² Federación de Asociaciones de Profesores Universitarios de Venezuela, *Hay 40% de deserción en la comunidad universitaria*, 2019, disponible en: <https://www.panorama.com.ve/ciudad/Fapuv-Hay-40-de-desercion-en-la-comunidad-universitaria-20190726-0016.html>.

rios recurren a subsidiar su trabajo aportando de su propio peculio los recursos necesarios para su continuidad, gracias a ingresos externos a la actividad universitaria, como, por ejemplo, remesas que son enviadas por familiares desde el extranjero, que es una situación que abarca un 30% de la población,³³ o el consumo de antiguos ahorros en moneda extranjera, o la venta de bienes patrimoniales personales o familiares. Igualmente, como expresa Gerardo Vásquez, vicepresidente de la Asociación de Profesores de la Universidad de Carabobo (APUC), entre los docentes prolifera incluso dedicarse a oficios poco cualificados, como costureros, peluqueros, barberos, conductores de transporte colectivo, taxistas, fontaneros, cocineros, comerciantes informales, entre otros, como estrategia de sobrevivencia.³⁴

V. LO DECENTE EN EL TRABAJO UNIVERSITARIO

El origen de la palabra “decente” proviene del latín *decens, -entis*, que significa “honesto, justo, debido”.³⁵ Cuando se habla de “trabajo decente”, se agrega al trabajo un adjetivo que le confiere una cualidad axiológica indudable, que está vinculada con la condición humana, es decir, con la dignidad inherente a cada hombre que trabaja, que trasciende la mirada exclusivamente económica o instrumental del fenómeno.

El derecho humano de cada persona al trabajo debe estar aparejado con el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo, la incorporación de éste a la protección social para su inclusión social, y su participación en el diálogo social, que configuran al trabajo decente. Pero ese respeto al derecho laboral no se agota con el mero cumplimiento de las normas positivas, porque la justicia no es el producto de su acatamiento, sino de la concreción de su sentido y propósito inmanente.

Se podría afirmar que la dignificación de la condición humana que comporta el trabajo decente pasa por contemplar elementos axiológicos vinculados a las necesidades vitales, como la equidad expresada en la justicia remunerativa, y la seguridad en la estabilidad en el medio laboral. A partir de este

³³ León, Luis Vicente, *Remesas son un salvavidas*, 2019, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/orbe/remesas-son-un-salvavidas/>.

³⁴ Federación de Asociaciones de Profesores Universitarios de Venezuela, *Manifiesto de FAPUV a la Nación*, 2021, disponible en: <https://infofapuv.com/2021/07/24/manifiesto-de-fapuv-a-la-nacion/>.

³⁵ Real Academia de la Lengua Española, 2021, disponible en: <https://www.rae.es/>.

enfoque, el trabajo decente se constituye en un macroconcepto abarcador que engloba distintos aspectos esenciales del trabajo, como mecanismo de satisfacción de necesidades, de socialización y realización personal. El trabajo decente es, por tanto, una expresión aglutinante de las distintas dimensiones de las necesidades humanas.³⁶

Maslow, en la escala de satisfacción de las necesidades, establece una priorización de los requerimientos humanos, que parten de la atención de lo más básico a nivel biológico, como alimentación, a los más elevado, como la realización personal. En este sentido, se presenta coherente con los distintos elementos integradores del trabajo decente, ya que la estabilidad en el empleo y la seguridad social son manifestaciones de la necesidad humana de la seguridad; la libertad de asociación sindical y el diálogo social son manifestaciones de la necesidad humana de la socialización, y la capacitación y la carrera profesional, la innovación creativa, las invenciones o mejoras en el trabajo, son expresiones de la necesidad humana de realización personal. Por ello, el trabajo decente constituye la confluencia no jerarquizada o excluyente de las distintas manifestaciones de las necesidades humanas, y, por tanto, incorpora el sentido de lo humano en sí mismo.

Pero esta visión integral de trabajo decente queda muy distante de la realidad, cuando ni siquiera existe un mínimo de justicia remunerativa que permita al menos la mera sobrevivencia en la base de la escala de necesidades biológicas. Como ya se ha observado, el salario para el docente universitario venezolano, incluso con la mayor categoría y carga horaria posible, no cubre ni siquiera el monto de una semana de alimentación para una sola persona, conforme al precio vigente de la canasta alimentaria en Venezuela.

El papel colectivo de los gremios, que históricamente ha sido un factor de corrección ante los abusos patronales, también se ha visto afectado por una falta de reconocimiento de su representatividad para la acción colectiva, debido a condicionamientos legales que vulneran el ejercicio de la libertad sindical, y que han sido objeto de denuncias ante la OIT, que envió en 2019 una Comisión de Encuesta a Venezuela, y que constató la existencia de tales violaciones. Este estado de cosas es contrario al sentido de la legislación del trabajo, ya que es “La finalidad fundamental del ordenamiento laboral de reducir las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral y empo-

³⁶ Alvarado, Diony, “Lo decente en el trabajo: ¿responsabilidad social, moral o política de la empresa?”, *Observatorio Laboral. Revista Venezolana*, Venezuela, Universidad de Carabobo, vol. 3, núm. 5, enero-junio de 2010, p. 130.

derar a los trabajadores a través del reconocimiento del papel sociopolítico de las organizaciones sindicales de identidad colectiva del trabajo”.³⁷

Es menester señalar que la política gubernamental de precarización sobre los salarios de los profesores universitarios son de vieja data, ya que no hubo ajuste salarial para el sector universitario desde 2004 hasta 2014, ocasionando que el salario de los profesores instructores descendiera hasta el salario mínimo.³⁸ Luego de la entrada en vigencia del Decreto, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, de 2012, el Ejecutivo nacional comenzó a fomentar convenciones colectivas por ramas de actividad en el sector público, donde la representación sindical mayoritaria era políticamente vinculada al Ejecutivo, aprovechando el impulso del decreto ley, que fue elaborado por ley habilitante que había sido otorgada al Ejecutivo por la Asamblea Nacional para atender emergencias por lluvias torrenciales, y cuyo contenido sólo se conoció el día de su publicación en la *Gaceta Oficial*.

En la IV Convención Colectiva del sector universitario de 2021 se mantiene la desmejora radical del sector docente, con salarios calculados en bolívares, que en cuestión de semanas se desvanecieron en una economía dolarizada e hiperinflacionaria, dejando prácticamente los medios de previsión social, como seguro funerario o de hospitalización, cirugía y maternidad, acreditados privadamente por los propios trabajadores, ya que el salario en su totalidad no alcanza para cubrir por cobro directo a la nómina universitaria, los costos de tales servicios.

Todo lo mencionado anteriormente trae como consecuencia el descontento de los educadores universitarios, ocasionando abandono en los puestos de trabajos ya que no se sienten cómodos con los beneficios que se les brinda, y sin su presencia las nuevas generaciones no podrían estar en la capacidad suficiente para desarrollarse, al no recibir la preparación adecuada, ocasionando así un deterioro no solo en la educación sino en la sociedad y ética profesional.³⁹

Un factor demográfico que impacta es el éxodo masivo de profesionales en edad productiva, que son sustituidos por un número importante de profe-

³⁷ Monereo, José, “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2019, p. 223.

³⁸ Linarez Veloz, Gainioska y Linarez Veloz, Gaidibeth, “Éxodo del docente universitario en Venezuela”, *Revista Científica*, vol. 4, núm. 14, noviembre-enero de 2020, p. 149.

³⁹ *Ibidem*, p. 148.

sores en edad para jubilarse o están jubilados y cumplen actividades docentes en pregrado a falta de profesores para impartir las asignaturas, muchos de ellos en situación de alto riesgo ante la epidemia del virus Covid-19, que ha cobrado la vida de varios profesores en pocas semanas.⁴⁰ La Organización no Gubernamental Convite, en su informe del 5 de julio de 2021, expresa que tres de cada cinco adultos mayores en Venezuela se acuestan con hambre.⁴¹ La pensión de vejez del seguro social es equivalente a dos dólares al mes, y la jubilación de un profesor de máximo escalafón de titular a dedicación exclusiva, menos de diez dólares mensuales, encontrándose casos de profesores sin apoyo familiar para recibir remesas del exterior, que, imposibilitados para tener ingresos, están en la indigencia y deben ser socorridos por defensa civil.⁴²

En términos generales, en el sector universitario, la Encuesta del Observatorio de Universidades sobre las condiciones de vida de la población universitaria —Enobu— 2021, señaló que el 33% de los profesores universitarios come menos de tres veces al día; 86% han tenido que reducir sus porciones de comida, y 56% se han visto obligados a vender o intercambiar bienes para adquirir comida. El 92% de los profesores de las universidades públicas no usan los servicios de previsión social, un 93% tienen dificultades para adquirir medicamentos, y un 70% tienen entre uno y tres años sin realizarse un examen médico de rutina. En este sentido, 68% de los profesores han pensado en dejar la universidad.⁴³

En Venezuela, “la profesión docente, degradada y mal remunerada, presenta grandes déficits en relación con las necesidades, la falta de reposición oportuna de los cargos y los pésimos salarios, lo que representa la causa de la escasez de docentes calificados”.⁴⁴ Y eso ocurre, pese a que, desde lo normativo, la misma carta magna, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 91 establece:

⁴⁰ “Al menos ocho profesores de la UC han fallecido por Covid-19 en tres semanas”, *El Carabobeño*, 22 de junio 2021, disponible en: <https://www.el-carabobeno.com/al-menos-ocho-profesores-de-la-uc-han-fallecido-por-covid-19-en-tres-semanas/>.

⁴¹ Convite Asociación Civil, “86% de adultos mayores en Venezuela está en situación de pobreza”, 2021, disponible en: <https://conviteac.org.ve/>.

⁴² Traffic Caracas, “Él es prof. Douglas Chacón, reconocido docente del Fe y Alegría de Aparay (Cúa) y prof. de la UPEL”, 4 de mayo de 2021, disponible en: <https://twitter.com/trafficaracas/status/1389651035539578886?lang=es>.

⁴³ Observatorio de Universidades, *Encuesta del Observatorio de Universidades sobre las condiciones de vida de la población universitaria*, 2021, disponible en: <https://ladesbu.org/2021/08/20/datos-mas-resaltantes-de-la-enobu-2021/>.

⁴⁴ Linarez Veloz, Gáinioska y Linarez Veloz, Gaidibeth, *op. cit.*

Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales... El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.

Dicha premisa constitucional se reproduce a nivel de la legislación sustantiva del trabajo, en el artículo 98 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, que expresa:

Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades materiales, sociales e intelectuales. El salario goza de la protección especial del Estado y constituye un crédito laboral de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses.

En cuanto a los parámetros para estipular el salario, el artículo 100 del referido decreto ley del trabajo expresa que “Para fijar el monto del salario se tendrá en cuenta: 1. La satisfacción de las necesidades materiales, sociales e intelectuales del trabajador, la trabajadora, sus familiares y dependientes, que les permitan una vida digna y decorosa”.

Estas disposiciones sobre el derecho a un salario justo son comunes en muchas legislaciones del mundo, y sirven como norte, horizonte o sendero por el cual encaminar las políticas del Estado, más que una norma positiva de ejecución directa e inmediata, ya que depende de muchas variables socioeconómicas involucradas para materializarse, como alcanzar la productividad necesaria para generar riqueza que se puede redistribuir, en un vigoroso mercado de trabajo donde las políticas públicas pueden incidir, pero no del todo determinar. Sin embargo, la constante es procurar que al menos el salario satisfaga las necesidades mínimas de alimentación que pueda reproducir la fuerza de trabajo que se explota por una simple ley de la conservación de la fuerza productiva. Incluso, en el régimen de la esclavitud era necesario alimentar al esclavo para poder seguir explotándolo, salvo que el propósito fuera deshacerse de él.

En el caso del trabajo asalariado, el hecho de que existan remuneraciones que no compensen ni siquiera la alimentación mínima requerida para reponer la fuerza de trabajo consumida, o el costo del transporte del trabajador al sitio donde debe prestar su servicio, implica que no existe contraprestación

razonablemente equivalente que justifique la obligación del trabajador en el contrato de trabajo, cuyo objeto es la prestación de un servicio personal bajo dependencia o subordinación a cambio de una remuneración, convirtiendo de facto la relación en un trabajo voluntario o sin fines de lucro, que vulnera las condiciones iniciales por las cuales se contrajo; y a los efectos prácticos es trabajo impuesto o involuntario.

Todo lo cual se puede entender como una condición de desmejora que se puede equiparar a un despido indirecto, ya que dicha figura jurídica considera que toda disminución de las condiciones de trabajo implica una voluntad del patrono de perjudicar al trabajador, por lo cual el trabajador tiene derecho a exigir el restablecimiento de las condiciones laborales originales, o retirarse voluntariamente del trabajo y recibir una indemnización equivalente a un despido injustificado, que es el monto igual a las prestaciones sociales. El problema que se suscita es que el patrono cumple en teoría con las condiciones mínimas que exige la ley en cuanto al salario, como pagar un monto igual o mayor al salario mínimo fijado por el Ejecutivo nacional; pero dicha referencia salarial es tan absurdamente baja, que resulta inútil como parámetro para determinar lo que debería representar el salario real, haciendo inviable el trabajo como fuente de sustento.

Se produce una condición sobrevenida, que transforma el trabajo académico en un “apostolado”, ya que este se realiza por motivos morales o de conciencia cívica, propios del “voluntariado”, donde el factor remuneración desaparece de la ecuación, y la vocación de servicio resulta en el único incentivo posible para el docente universitario venezolano. Bajo estas circunstancias adversas que se han mantenido vigentes por años, un número significativo de trabajadores de la docencia que no pueden subsidiar por otros medios externos sus servicios, se han visto obligados a renunciar para emigrar a otros mercados laborales mejor remunerados, en el caso de los docentes de educación media y diversificada, de 120 a 150 mil docentes en el periodo 2018 a 2019,⁴⁵ y en los docentes universitarios, un promedio de treinta profesores renunciando mensualmente en una sola universidad, como es el caso de la Universidad de Carabobo,⁴⁶ y según estimaciones de la Asociación de Pro-

⁴⁵ “Cerca de 150.000 docentes abandonaron aulas durante último periodo escolar 2018-2019”, *Analítica*, 30 de julio de 2019, disponible en: <https://www.analitica.com/actualidad/actualidad-nacional/cerca-de-150-000-docentes-abandonaron-aulas-durante-ultimo-periodo-escolar/>.

⁴⁶ “Informe Preliminar: Situación de los profesores universitarios en Venezuela”, *Aula Abierta*, 2019, disponible en: <http://aulaabiertavenezuela.org/wp-content/uploads/2017/08/Informe-profesores-29062018.pdf>.

fesores de la Universidad Central de Venezuela, aproximadamente el 50% de la población docente ha salido del país, producto de la crisis económica y política.⁴⁷ Asimismo, ante la notoria precariedad salarial extrema, hay casos puntuales y cuestionables, que optan por implicarse en hechos de corrupción como medios para subsistir y obtener ingresos por la vía ilícita, como, por ejemplo, cobrar clandestinamente a los estudiantes para aprobar asignaturas, por lo cual varios docentes han sido privados de libertad y acusados públicamente por la Fiscalía General de la República de criminales y delincuentes, a través de los diversos medios de comunicación.⁴⁸ No obstante, no ha sido la constante, pues estos hechos han sido muy pocos, ya que el grueso de la población docente activa se ha mantenido incólume a sus valores, principios éticos y morales pese a las adversas y difíciles situaciones económicas que hoy enfrentan, condenando estas situaciones, que sólo logran estigmatizar el rol del docente y exponerlos al escarnio público.

Afirmaba Prieto Figueroa que el Estado tenía una función docente ineludible, debido a que la educación es un fenómeno colectivo, y por tanto regido por normas fijadas por el grupo social. Entonces, la educación se expresa como una necesidad de la totalidad, donde el Estado debe determinar los medios necesarios para satisfacerlo. Se entiende, entonces, que la vocación de servicio es lo que materialmente mantiene a los profesores aun en la carrera, con la esperanza de la llegada de tiempos mejores, pero muy inciertos.

En este sentido, el recurso explotado para cumplir con dicha función social del Estado es la fuerza de trabajo y tiempo vital, aportados individualmente por cada docente, lo que, en los hechos, esto representa un subsidio de los propios trabajadores a la función educativa estatal, que por norma constituye un derecho de los ciudadanos bajo la responsabilidad obligatoria del Estado.

Es incomprensible que las condiciones laborales de los docentes lleguen a esos niveles radicales de pauperización, y que el Estado exija a las instituciones públicas autónomas que se siga prestando el servicio con “normalidad” a todo evento y sin importar las consecuencias, bajo esos parámetros extremos, que incluyen amenazas de destitución, judicialización e intervención en la autonomía, sienta un precedente peligroso y nefasto para los intereses del gremio docente universitario, no sólo a nivel nacional, sino regional o inter-

⁴⁷ Linarez Veloz, Gáinioska y Linarez Veloz, Gaidibeth, *op. cit.*

⁴⁸ “Táchira: Detenido profesor universitario que cobraba US\$ 350 a sus alumnos para aprobarles la materia”, *Correo del Orinoco*, 30 de agosto de 2021, disponible en: <http://www.correo-delorinoco.gob.ve/tachira-detenido-profesor-universitario-que-cobraba-us-350-a-sus-alumnos-para-aprobarles-la-materia/>.

nacional, ya que deja en evidencia que el Estado, actuando como patrono, a través de medios fácticos como la restricción arbitraria del presupuesto y judicialización de las protestas, puede hacer funcionar universidades en términos mínimos, sin que ocurra una paralización técnica total de actividades, explotando y abusando del sentido de vocación de servicio de los docentes que subsidian su propia actividad, dejando los mecanismos de lucha gremial sin un arma de presión esencial como es la paralización de actividades en un conflicto colectivo, que resulta en una herramienta inútil para defender y conquistar mejoras laborales en torno al trabajo decente, ante un patrono que adopta tales posiciones, y al que no le importa la calidad del servicio para quienes lo reciben, ni de los derechos humanos laborales de quienes lo prestan, sino que se siga prestando bajo cualquier condición.

El presupuesto asignado a la Universidad Central de Venezuela para 2021 es de 192,000 dólares, que contrasta —y valga la referencia— con la recompensa de 500,000 dólares ofrecida por el gobierno nacional por información que permita la captura del reconocido delincuente caraqueño alias “El Coky”. Este problema del déficit presupuestario es de vieja data, limitándose prácticamente al pago de nómina, sin poder sufragar gastos de mantenimiento, tal como lo afirma la rectora de la UCV, García Arocha.⁴⁹

Si el trabajo decente implica el respeto a los valores de dignidad de cada ser humano que labora en condiciones de libertad, seguridad, equidad, estabilidad y defensa de derechos laborales, en el caso de los trabajadores asalariados, pero especialmente de los docentes universitarios en Venezuela, resulta dramáticamente alejado de la realidad. La dignidad radica en el propio ejercicio de los trabajadores, que soportan bajo sus hombros el peso de la función docente del Estado, sin mayor gratificación que su vocación de servicio para la comunidad satisfecha, pero que no deja de ser una manera de explotación contraria a la justicia social, y, por supuesto, de trabajo decente.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de describir las condiciones laborales con las cuales los profesores universitarios del sector público ejercen su trabajo en Venezuela, resulta evidente que no poseen las condiciones mínimas en ninguna de las dimensiones que

⁴⁹ “Rectora de la UCV: todavía esperamos el 98% del presupuesto del 2021”, *El Carabobeño*, 17 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.el-carabobeno.com/rectora-de-la-ucv-todavia-esperamos-el-98-del-presupuesto-del-2021/> Consultado el 22 de junio de 2021.

comporta el concepto de trabajo decente, a pesar de que esta figura se podría considerar una referencia para procurar la lucha por la mejora constante hacia lo deseable más que a lo posible. Pero en este caso extremo de indignidad hacia los trabajadores resulta prácticamente inexistente ni siquiera como medida de lo utópico, ya que no solamente se trata de la ausencia de una contraprestación racionalmente suficiente como para considerarla un salario real, aun bajo el estándar de precariedad de los peores trabajos del mundo, sino que tampoco existen mecanismos de protección social que compensen la ausencia del salario, como tampoco el ejercicio pleno de la libertad sindical con reconocimiento de la representatividad gremial, para poder luchar colectivamente en pro de superar esas condiciones dantescas.

Es por esa situación de injusticia social, que se hace perentoria la solidaridad internacional, bajo una conciencia gremial que rebase las fronteras físicas, políticas e ideológicas, a los efectos de prevenir que este precedente nefasto de profesores universitarios laborando en universidades públicas bajo condiciones de pobreza extrema, se intente replicar bajo estrategias de precarización laboral en otras universidades del continente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

“Al menos ocho profesores de la UC han fallecido por Covid-19 en tres semanas”, *El Carabobeño*, 22 de julio de 2021, disponible en: <https://www.el-carabobeno.com/al-menos-ocho-profesores-de-la-uc-han-fallecido-por-covid-19-en-tres-semanas/>.

ALVARADO, Diony, “Lo decente en el trabajo: ¿responsabilidad social, moral o política de la empresa?”, *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, Universidad de Carabobo, Venezuela, vol. 3, núm. 5, enero-junio de 2010.

ACNUR, *Situación en Venezuela*, 2021, disponible en: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>.

BANCO MUNDIAL, *Indicadores de pobreza*, 2019, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/understanding-poverty>.

BENCOMO, Tania, “El trabajo visto desde una perspectiva social y jurídica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, 2008.

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ANÁLISIS PARA LOS TRABAJADORES, 2021, disponible en: <http://cenda.org.ve/>.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *El desafío social en tiempo de Covid-19, 2020*, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325_es.pdf.

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIONES OTRAS VOCES EN EDUCACIÓN, *Informe de Coyuntura en América II: Docentes. Inversión en Educación, salarios y condiciones de trabajo de los y las docentes en América*, 2021, disponible en: <https://www.otrasvoceseneducacion.org/wp-content/uploads/2021/07/CII-OVE-Informe-de-Coyuntura-.pdf>.

“Cerca de 150.000 docentes abandonaron aulas durante último periodo escolar 2018-2019”, *Analítica*, 30 de julio de 2019, disponible en: <https://www.analitica.com/actualidad/actualidad-nacional/cerca-de-150-000-docentes-abandonaron-aulas-durante-ultimo-periodo-escolar/>.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, núm. 5.453, 2000.

CONVITE Asociación Civil, “86% de adultos mayores en Venezuela está en situación de pobreza”, 2021, disponible en: <https://conviteac.org.ve/>.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, *Gaceta Oficial*, Caracas, núm. 39.908, 2012.

DEUTSCHE, Welle, “Salario mínimo en Venezuela: 0,92 dólares”, 1 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.dw.com/es/salario-m%C3%ADnimo-en-venezuela-092-d%C3%B3lares/a-55127544>.

“Él es prof. Douglas Chacón, reconocido docente del Fe y Alegría de Aparay (Cúa) y prof. de la UPEL”, *Traffic Caracas*, 4 de mayo de 2021, disponible en: <https://twitter.com/trafficcaracas/status/1389651035539578886?lang=es>.

Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, 2020, disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/>.

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PROFESORES UNIVERSITARIOS DE VENEZUELA, *Hay 40% de deserción en la comunidad universitaria*, 2019, disponible en: <https://www.panorama.com.ve/ciudad/Fapuv-Hay-40-de-desercion-en-la-comunidad-universitaria-20190726-0016.html>.

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PROFESORES UNIVERSITARIOS DE VENEZUELA, *Manifiesto de FAPUV a la Nación*, 2021, disponible en: <https://infofapuv.com/2021/07/24/manifiesto-de-fapuv-a-la-nacion/>.

FERNÁNDEZ, S., María de Jesús, “Reestructuración productiva y desarrollo regional”, *Revista de Estudios Regionales*, Universidades Públicas de Andalucía, núm. 58, septiembre-diciembre de 2000.

- FREEMAN, C. CLARK, J. y SOETE, L., *Desempleo e innovación tecnológica. Un estudio de las ondas largas y el desarrollo económico*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- GARZA, Enrique de la, “La construcción socioeconómica del mercado de trabajo y la reestructuración productiva en México”, en GARZA TOLEDO, Enrique de la (coord.), *Trabajo, sujetos y organizaciones laborales*, CLACSO, 2000.
- GOIZUETA, Napoleón, *Visiones plurales de la libertad sindical en Venezuela*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Laboratorio de Investigación en Estudios del Trabajo, 2020.
- “Informe Preliminar. Situación de los profesores universitarios en Venezuela”, *Aula Abierta*, 2019, disponible en: <http://aulaabiertavenezuela.org/wp-content/uploads/2017/08/Informe-profesores-29062018.pdf>.
- LINAREZ VELOZ, Gainioska y LINAREZ VELOZ, Gaidibeth, “Éxodo del docente universitario en Venezuela”, *Revista Scientific*, vol. 4, núm. 14, noviembre-enero de 2020.
- LUCENA, Héctor, *Visiones plurales de la libertad sindical en Venezuela*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Laboratorio de Investigación en Estudios del Trabajo, 2020.
- LEÓN, Luis Vicente, *Remesas son un salvavidas*, 2019, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/orbe/remesas-son-un-salvavidas/>.
- MANTEGANI, F., “La realidad del salario en Venezuela, un país donde el sueldo mínimo llega a US\$2,4 mensuales”, *El Mostrador*, Colombia, 27 de junio de 2021, disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/mundo/2021/06/27/la-realidad-del-salario-en-venezuela-un-pais-donde-el-sueldo-minimo-llega-a-us24-mensuales/>.
- MÁRQUEZ, V., *50% de profesores universitarios se ha ido del país por sus condiciones críticas*, Caracas, Contrapunto, 2019, disponible en: <https://contrapunto.com/nacional/victor-marquez-50-de-profesores-universitarios-se-ban-ido-del-pais-por-sus-condiciones-criticas/#>.
- MARTÍNEZ, Julio y PINILLA, Francisco “¿Trabajo decente o trabajo indecente? En tendencias sociales”, *Revista de Sociología*, España, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología UNED Asociación Madrileña de Sociología, núm. 5, 2020.
- MARX, Karl, “Trabajo asalariado y capital”, en MARX, K y ENGELS, Frederick, *Obras escogidas*, Moscú, Instituto de Marxismo-Leninismo, Progreso, 1973, t. III.

- MASLOW, Abraham, *Visiones del futuro*, Barcelona, Kairos, 2012.
- MONEREO, José, “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2019.
- OBSERVATORIO DE UNIVERSIDADES, *Encuesta del observatorio de universidades sobre las condiciones de vida de la población universitaria*, 2021, disponible en: <https://ladesbu.org/2021/08/20/datos-mas-resaltantes-de-la-enobu-2021/>.
- OBSERVATORIO VENEZOLANO DE FINANZAS, Informe del índice de actividad económica y otros indicadores, 2021, disponible en: <https://observatoriodefianzas.com/>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Memoria del director general actividades de la OIT, 1998-99*, 2021, disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc88/rep-1ai.htm>.
- PERELLÓ, Nancy, “Trabajo decente y trabajo precario. Caso Venezuela”, *Revista Gaceta Laboral*, Universidad del Zulia, vol. 20, núm. 3, 2014, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/336/33638674001.pdf>.
- PRIETO, F., Luis B., *El Estado docente*, Caracas, Fundación Luis Beltrán Prieto Figueroa. Fundación Biblioteca Ayacucho, Colección Claves de América, núm. 30, 2006.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 2021, disponible en: <https://www.rae.es/>.
- “Rectora de la UCV: todavía esperamos el 98% del presupuesto del 2021”, *El Carabobeño*, 17 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.el-carabobeno.com/rectora-de-la-ucv-todavia-esperamos-el-98-del-presupuesto-del-2021/>.
- “Rectora Judith Aular, Mantener la universidad abierta es un reto”, *5 Aula Abierta*, de octubre de 2020, disponible en: <http://aulaabiertavenezuela.org/index.php/2020/10/05/rectora-judith-aular-mantener-la-universidad-abierta-es-un-reto/>.
- SINGER, Florantonia, “Tres dólares al mes por trabajar para el estado venezolano”, *El País*, España, 1 de febrero de 2021, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-02-01/tres-dolares-al-mes-por-trabajar-para-el-estado-venezolano.html>.
- “Táchira: detenido profesor universitario que cobraba US\$ 350 a sus alumnos para aprobarles la materia”, *Correo del Orinoco*, 5 de agosto de 2021, disponible en: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/tachira-detenido-profesor-universitario-que-cobraba-us-350-a-sus-alumnos-para-aprobarles-la-materia/>.

- “Venezuela llega a histórica hiperinflación, la más dañina de Latinoamérica”, *El Comercio*, 11 de noviembre de 2018, disponible en: <https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/venezuela-llega-historica-hiperinflacion-danina-latinoamerica-noticia-576441-noticia/>.
- VELASCO, Enrique, *Introducción al derecho del trabajo*, Barcelona, Blume, 1976.
- VAN DER LAAT, Bernardo, *La huelga y el paro en Costa Rica*, San José, Juricentro, 1979.
- VELTZ, P., “New Models of Production Organization and Trends in Spatial Development”, en BENKO, G. y DUNFORD, M. (eds.), *Industrial Change and Regional Development*, Londres, Belhaven Press, 1991.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- “5.000 maestros cubanos regresan al aula por aumento salarial”, *Telesur*, 2019, disponible en: <https://www.telesurtv.net/news/cuba-aumento-salarial-maestros-20190718-0008.html>.

EL ROL DEL BENEFICIO EVENTUAL EN EL CONTEXTO DE LOS DESASTRES EN BRASIL*

THE ROLE OF THE 'BENEFÍCIO EVENTUAL'
IN THE CONTEXT OF DISASTERS IN BRAZIL

LE RÔLE DU BÉNÉFICE ÉVENTUEL DANS
LE CONTEXTE DES DÉSASTRES AU BRÉSIL

Luiz Guilherme NATALIO DE MELLO**

RESUMEN: Los desastres tienen el poder de causar profundos impactos socioeconómicos en la sociedad y aumentar el riesgo social. El beneficio eventual es una medida de protección social para prevenir y promover el enfrentamiento de situaciones ajenas a la vida cotidiana, como un desastre. En este sentido, ¿cuál es el papel del beneficio eventual en un contexto de desastre? Este artículo tiene como principal objetivo verificar el papel del beneficio eventual en situaciones de desastre en Brasil. Además, está estructurado en tres objetivos específicos: a) discutir cómo se vinculan los principios de seguridad jurídica y de la prohibición del retroceso social a la provisión del beneficio eventual; b) describir cómo se estructura el beneficio eventual en el sistema legal brasileño; c) analizar cómo es la provisión del beneficio eventual en una situación de desastre. Para responder a esta pregunta, la investigación utiliza el método de investigación documental de artículos y libros científicos en el ámbito del derecho constitucional y la seguridad social. Los resultados indican que el beneficio eventual no se resume en un monto económico, sino en un conjunto de ayudas destinadas a cubrir las necesidades existentes de una población en un escenario de desastre.

* Recibido el 2 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Abogado. Posgrado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Correo electrónico: luizngmello@gmail.com. LinkedIn: <https://br.linkedin.com/in/luiz-guilherme-natalio-de-mello-7431b1104>.



Palabras claves: desastres, vulnerabilidad social, derecho de la seguridad social, asistencia social, Brasil.

ABSTRACT: Disasters can lead to social and economic losses and a sharp increase in social risks. The ‘benefício eventual’ is a social protection measure whose aim is to prevent vulnerability and to respond to social risks in unpredictable situations, such as disasters. In this sense, what is the role of the ‘benefício eventual’ in the context of disasters? The main objective of this study is to verify the role of ‘benefício eventual’ in disaster situations in Brazil. To provide a more detailed approach on the research process, this investigation has three specific objectives: a) discuss the convergences between the principles of legal security and the prohibition of retrogression related to the provision of the ‘benefício eventual’; b) describe the legislation of the ‘benefício eventual’; c) analyze how the ‘benefício eventual’ is provided during a disaster. This research uses the documentary analysis of constitutional and social security legislation, academic papers, and books. The results indicate that the ‘benefício eventual’ is not merely an amount of money, but a set of policies to fulfill population’s needs after a disaster.

Keywords: disasters, social vulnerability, social security law, social assistance, Brazil.

RÉSUMÉ: L’impact socioéconomique des catastrophes et autres désastres est énorme sur la société et aggrave les risques sociaux. Afin d’en atténuer les effets, a été conçu ce que l’on désigne sous les termes de bénéfice éventuel, défini comme une mesure de protection sociale visant à préparer et à former la population si elle est confrontée à des situations sans aucun rapport avec la vie quotidienne, comme les désastres. Dans ce contexte, quel rôle le bénéfice éventuel occupe-t-il lorsque l’on a affaire à un désastre? Cette étude a pour principal objectif celui de vérifier le rôle joué par le bénéfice éventuel lorsque des catastrophes ont eu lieu au Brésil. Divisée en trois parties, on y aborde plus spécifiquement les thèmes suivants: a) une interrogation sur les liens associant les principes de sécurité juridique et le rejet de toute régression sociale qui sont sous-entendus par ce que l’on nomme les bénéfices éventuels ; b) une description de la structure desdits bénéfices dans le système légal au Brésil; c) une analyse sur l’apport du bénéfice éventuel lors de désastres. Pour parvenir à ce but, ce travail a eu recours à la méthode de recherche documentaire à partir d’articles et d’ouvrages scientifiques, plus précisément ceux dont la réflexion utilise des outils propres au droit constitutionnel et à la sécurité sociale. Les résultats montrent que le bénéfice éventuel ne se résume pas

simplement à une aide économique mais se caractérise aussi par un ensemble de mesures visant à faire face aux besoins réels de la population victime d'un désastre.

Mots-clés: désastres, vulnérabilité sociale, droit à la sécurité sociale, assistance sociale, Brésil.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La concesión de beneficios eventuales: una lectura de principios.* III. *El beneficio eventual en el sistema legal brasileño.* IV. *La concesión del beneficio eventual en contextos de desastre.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía citada.*

I. INTRODUCCIÓN

Una definición de desastre en la legislación brasileña se encuentra en el Decreto 10.593/2020, que expresa que dicho fenómeno constituye el “resultado de un evento adverso resultante de la acción natural o antropogénica en un escenario vulnerable que ocasiona daños humanos, materiales o ambientales y pérdidas económicas y sociales”.¹ El concepto, en su mayor parte, repite la definición de este evento dada por el Decreto 7.257/2010; este último difiere sólo al utilizar la expresión “ecosistema vulnerable” en lugar de “escenario vulnerable”.²

En 1976, los profesores Phil O’Keefe, Ken Westgate y Ben Wisner publicaron un artículo en la revista *Nature* titulado “Taking the Naturalness out of Natural Disasters”. Utilizando datos de pérdidas globales por desastres, los profesores explicaron que estos eventos tienden a ser generalmente el resultado de factores socioeconómicos, y no sólo naturales. En este contexto, las investigaciones muestran que no hay desastre cuando ninguna población está expuesta a tal evento. En otras palabras, los desastres dependen de la relación entre un fenómeno físico y una población humana vulnerable. Existe una proporcionalidad entre el número de personas expuestas y la frecuencia de los desastres.³ En consecuencia, una estrategia eficaz de reducción del riesgo de desastres debe abordar políticas para retirar el proceso de marginación en

¹ Decreto 10.593, 2020.

² Decreto 7.257, 2010.

³ O’Keefe, Phil, *et al.*, “Taking the Naturalness out of natural disasters”, *Nature*, 2021, available at: <https://www.nature.com/articles/260566a0>.

una sociedad.⁴ Sobre esta complejidad social inherente a los desastres, Mami Mizutori, representante especial del secretario general de Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres, afirma (en una posición que refleja el entendimiento de este organismo internacional) que los desastres naturales no existen.⁵ Un desastre es el resultado de una amenaza natural o provocada por el hombre que afecta a una comunidad humana, que no está organizada para soportar su impacto y la población es vulnerable por cuestiones de pobreza, exclusión social y otras razones.⁶ En otras palabras, una amenaza natural se convierte en desastre cuando se combina con la exposición y la vulnerabilidad, factores que causan muertes, lesiones y pérdidas económicas.⁷ Por tanto, la amplia discusión en torno al concepto de desastre indica que este fenómeno no se disocia de la situación socioeconómica de una comunidad.

Los desastres tienen la capacidad de cambiar la dinámica de una sociedad de forma repentina, abriendo espacio a posibles precedentes de restricciones y retrocesos de derechos. El propio *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030* guía a los Estados miembros, a través de los actores de la gobernanza del riesgo (a nivel nacional y local), a invertir en la resiliencia social de las personas como una forma de reducir el riesgo de desastres.⁸ Por lo tanto, es inequívoco que un plan de gestión de riesgo de desastres debe incluir el acceso a la asistencia social a las víctimas de un desastre, abarcando acciones que van desde la provisión de alimentos y de recursos para mitigar los efectos de estos eventos sobre los medios de vida de las familias y los ciudadanos hasta la rehabilitación de los servicios públicos. La importancia del mínimo existencial y la aplicación de la legislación basada en los principios de seguridad jurídica y la prohibición del retroceso social se vuelve aún más necesaria en un contexto de desastres. En este ámbito, la Ley 8.742/1993 (*Lei de Assistência Social* - LOAS) prevé el beneficio eventual (regulado por el Decreto 6.307/2007), que es ofrecido por el Distrito Federal y los municipios, con el objetivo de hacer frente a situaciones que ponen los medios de vida de los ciudadanos y las familias en sustancial riesgo social, incluyéndose los desastres.

⁴ *Idem*.

⁵ Mizutori, Mami, “Time to Say Goodbye to ‘Natural’ Disaster”, *PreventionWeb*, 2020, available at: <https://www.preventionweb.net/experts/oped/view/72768>.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ United Nations Office for Disaster Risk Reduction, “Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030”, p. 11, available at: https://www.unisdr.org/files/43291_sendaiframeworkfordrren.pdf.

Ante esto, la investigación tiene como principal objetivo verificar el papel del beneficio eventual en situaciones de desastre en Brasil. Por tanto, la estructura de este estudio incluye tres objetivos específicos (separados en sus respectivos capítulos en este orden): a) discutir cómo se vinculan, en un contexto de desastres, los principios de seguridad jurídica y de la prohibición del retroceso social a la provisión del beneficio eventual; b) describir cómo se estructura el beneficio eventual en el sistema legal brasileño; c) analizar cómo es la provisión del beneficio eventual en una situación de desastre. Para lograr estos objetivos, la presente investigación adopta un enfoque cualitativo y utiliza el método de investigación documental. El desarrollo de este estudio prioriza la interdisciplinariedad, por lo que se analizan las investigaciones académicas y libros jurídicos en el ámbito del derecho constitucional y la seguridad social, así como la legislación asistencial y los textos normativos relacionados con la gestión del riesgo de desastres. La elección de la investigación documental surge de la necesidad de conjeturar el beneficio eventual en la legislación, verificando sus confluencias con los textos normativos de los desastres. Ésta es la razón por la que la primera y segunda partes están destinadas a abordar la relación entre los principios de prohibición del retroceso social y de seguridad jurídica con el beneficio eventual, así como la inserción de este auxilio en la legislación brasileña. Eso permite explicar las funciones de este beneficio en el contexto de desastres, el tema del último capítulo.

II. LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS EVENTUALES: UNA LECTURA DE PRINCIPIOS

La Ley 8.742/1993 deja clara la importancia de los “mínimos sociales”, que tienen como finalidad “garantizar las necesidades básicas” para las personas (artículo 1) con el fulcro de “atender contingencias de derechos sociales” y promover “la universalización de los derechos sociales” (artículo 2o., párrafo único).⁹ Para fundamentar mejor este concepto, conviene remitirse a la doctrina de Ingo Wolfgang Sarlet, en el sentido de que el mínimo existencial no puede consistir en un objetivo fijo o una determinada cantidad de dinero. El jurista afirma que el mínimo existencial está conectado con los factores personales de cada individuo, y también con otros de orden social, económico y cultural.¹⁰

⁹ Ley 8.742, 1993, artículo 2o., párrafo único.

¹⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 11a. ed., Brasil, Livraria do Advogado, 2012, p. 322.

Así, el mínimo existencial no es sinónimo de mínimo vital (ya sea como garantía de supervivencia o como mínimo sociocultural), sino como una cláusula abierta, cuyo modo de aplicación debe verificarse en el caso concreto.¹¹

En cuanto a los principios de seguridad jurídica y de la prohibición del retroceso social, Sarlet denota un vínculo íntimo entre estos dos, considerando que este último garantiza un estándar mínimo de continuidad en el ordenamiento jurídico.¹² Para el jurista, la seguridad jurídica prescinde de la protección ante acciones del poder público que eliminen o repriman logros en materia de protección social, de manera que atenten contra la dignidad de la persona humana.¹³ Por tanto, Sarlet hace referencia a las enseñanzas de Juárez Freitas cuando afirma la concepción del “Estado necesario” como una orientación de la hermenéutica de la prohibición del retroceso social en el horizonte de los derechos sociales fundamentales, especialmente en las discusiones entre modelos de Estado social intervencionista y Estado regulatorio y minimalista.¹⁴ Más precisamente sobre seguridad jurídica, Luis Roberto Barroso destaca que el principio de seguridad jurídica tiene tres niveles: a) institucional; b) objetivo,¹⁵ y c) subjetivo. De todas ellas, cabe mencionar la primera y la última dimensión. El plan institucional consagra la necesidad de instituciones estatales con poder y garantías para implementar el Estado de derecho.¹⁶ Las instituciones deben actuar con coherencia y lealtad, respetando la confianza que las personas depositan en la administración pública (el plano subjetivo).¹⁷ De las enseñanzas de Barroso se puede decir que la administración pública, incluso en escenarios de desastre, no puede dañar las expectativas de los ciudadanos. Adicionalmente, debe mantener una acción dirigida a asegurar la integridad de las instituciones.

Si bien no se refiere a desastres, sino a la crisis económica (escenario que también puede conducir a un revés social), es válido observar el entendimiento del Tribunal Constitucional portugués en materia presupuestaria en la sen-

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibidem*, p. 466.

¹³ *Ibidem*, p. 467.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ El plan objetivo de seguridad jurídica se justifica por la idea de prelación de las normas jurídicas dirigidas a las situaciones fácticas a las que están vinculadas, inhibiendo su retroactividad. Barroso, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Brasil, Saraiva, 2009, p. 323.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

tencia 396/2011. El caso aborda la constitucionalidad de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 55-A/2010 (Ley de Presupuestos del Estado para 2011), cuyas disposiciones redujeron la remuneración de los trabajadores de diferentes categorías del sector público debido a los efectos económicos y financieros que afectaron al país.¹⁸ En la decisión, el Tribunal Constitucional coincidió con la reducción de la remuneración, por entender que es una medida que protege el interés público. El desequilibrio presupuestario trajo una presión expresiva sobre la deuda soberana portuguesa que, junto con otros problemas, impactó la macroeconomía de Portugal. Así, la reducción retributiva integraría un conjunto de acciones que el país europeo adoptó junto con organismos internacionales, con el objetivo de reequilibrar las cuentas públicas.¹⁹ Sin embargo, la Corte Constitucional enfatizó que estas medidas no están dirigidas al retroceso social, sino a garantizar que el país sea capaz de cumplir con las responsabilidades y compromisos asumidos para el control del presupuesto público.²⁰ Ciertamente, la referencia a la decisión del Tribunal Constitucional portugués no pretende relativizar el principio de prohibición del retroceso social. Sólo destaca el hecho de que el debate sobre desastres (así como sobre crisis económicas) conduce a otros asuntos igualmente esenciales para la gestión de riesgos, como la resiliencia fiscal de países cuyos presupuestos pueden verse profundamente afectados por alguno de estos eventos. En países socialmente desiguales como Brasil (cuyas disparidades pueden agravarse en una situación de desastre), es fundamental contar con una base legislativa en materia de protección social para evitar retrocesos.

Afortunadamente, los académicos brasileños en el campo del derecho constitucional señalan que la Constitución de Brasil tiene un carácter social. Como explica Fábio Konder Comparato, la noción de constitución económica (*Wirtschaftsverfassung*) fue desarrollada por juristas alemanes pocos años después de la Primera Guerra Mundial, coincidiendo con la promulgación de la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Estos textos constitucionales contemplaban derechos destinados a proteger a los pobres en términos económicos.²¹ Bajo la influencia de la Constitución de Weimar, la Constitución de Brasil de 1988 reguló el orden social y económico

¹⁸ Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão núm. 396/2011 emitido en el proceso núm. 72/11, outubro de 2011.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ Comparato, Fábio Konder, "The Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, núm. 4, 1990, p. 753.

tal como el texto constitucional promulgado en 1934.²² En estas Constituciones, las líneas entre el orden social y el económico se difuminaron, de modo que ambos incorporan derechos sociales.²³

Como corolario, la Constitución de Brasil de 1988 individualizó los derechos sociales, trayendo un capítulo destinado a ellos (capítulo II del título II). Así, el artículo 6o. de la Constitución de Brasil enumera varios derechos sociales, tales como salud, seguridad, asistencia a los indigentes y otros.²⁴ De este modo, se erige la seguridad social en Brasil, que alberga la asistencia social (que incluye el beneficio eventual). Y como destaca José Afonso da Silva,²⁵ los derechos relacionados con la asistencia social se sustentan, entre otros, en los principios de cobertura y servicio universal, igualdad o equivalencia de beneficios, unidad organizativa y carácter democrático.²⁶ Además, los beneficios que se derivan de ella están a disposición de quienes lo necesiten, independientemente de las cotizaciones, como se explica a continuación.²⁷

III. EL BENEFICIO EVENTUAL EN EL SISTEMA LEGAL BRASILEÑO

La Política Nacional de Asistencia Social (PNAS) creó el Sistema Único de Asistencia Social (SUAS), cuyo modelo de gestión descentralizada permite un mejor análisis de los datos de vulnerabilidad y riesgos sociales en el país,²⁸ así como la implementación de políticas públicas. Si bien los artículos relacionados con la seguridad social están incluidos en la Constitución de Brasil, sólo en 1993 se aprobó la Ley 8.742/1993 (denominada Lei Orgânica de Assis-

²² Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 25a. ed., Brasil, Malheiros, 2005, p. 285.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem*, p. 836.

²⁶ Antes de la Constitución federal, varios sectores de la sociedad abogaban por la equidad, la amplia cobertura y la participación democrática en la seguridad social, sobre todo porque muchas personas encontraron que el crecimiento económico no era el elemento definitivo para llevar el desarrollo a los estratos más desfavorecidos socialmente. Delgado, Guilherme y otros, "Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania", *Políticas sociais: acompanhamento e análise*, vol. 1, núm. 17, 2009, p. 23.

²⁷ Silva, José Afonso da, *op. cit.*, p. 836.

²⁸ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, "Política Nacional de Assistência Social PNAS/ 2004", 2009, disponible en: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf.

tência Social o ‘LOAS’), que determina la organización de la asistencia social y otros temas relacionados. Asimismo, esta legislación buscaba regular los artículos 203 y 204 de la Constitución de Brasil (sobre la definición y acciones gubernamentales en materia de asistencia social). Esto se debe a que, a pesar del artículo 203 (y sus ítems), que especifica los grupos de personas que podrían beneficiarse de la asistencia social, otros detalles, como la organización, gestión y tipos de beneficios sólo se regularon con la promulgación de la Ley 8.742/1993. El artículo 22 de esta legislación también legisla el tema del beneficio eventual,²⁹ al describir que dicho beneficio se otorga a los ciudadanos en contextos de vulnerabilidad temporal y calamidad pública,³⁰ por lo que el artículo 22, § 1o.³¹ establece que el otorgamiento y valor de los beneficios será definido por los estados, el Distrito Federal y los municipios. A su vez, la Resolución 212, del 19 de octubre de 2006, del Conselho Nacional de Assistência Social, define que el beneficio eventual integra una de las modalidades de protección social básica, teniendo un carácter complementario y temporal y siendo una herramienta del SUAS (destinada a los ciudadanos y las familias frente a contingencias sociales que ponen en riesgo el sustento y la supervivencia de las personas).³²

Entender el otorgamiento de este beneficio prescinde de la lectura de sus principios, los cuales están previstos en el artículo 2o. del Decreto 6.307/2007.³³ Cabe destacar dos de ellos: a) la prohibición de subordinación

²⁹ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, “Orientação aos Municípios sobre Regulamentação da Política Municipal de Assistência Social”, 2015, disponible en: https://www.social.gov.br/files/cartilha_orientacao_aosMunicipios.pdf.

³⁰ *Idem*.

³¹ Cabe recordar que la Ley 12.435/2011 modificó la Ley 8.742/1993, estableciendo que la concesión y el valor del beneficio eventual serían definidos por los estados, el Distrito Federal y los municipios. Ley 12.435, 2011, artículo 22, párrafo 1o.

³² Resolución 212, 2006.

³³ Dado que el beneficio eventual forma parte de la asistencia social, su prestación se rige por los principios de esta última. Los principios de la asistencia social brasileña están presentes en el artículo 4o. de la Ley 8.742/1993, e incluyen: la supremacía de la satisfacción de las necesidades sociales sobre los requisitos de rentabilidad económica (*ítem I*); universalización de los derechos sociales (*ítem II*); el respeto a la dignidad de los ciudadanos, su autonomía y su derecho a prestaciones y servicios de calidad, así como a la vida familiar y comunitaria, evitando cualquier prueba vejatoria de necesidad (*ítem III*); igualdad de derechos en el acceso a la atención, sin discriminación de ningún tipo, garantizando la equivalencia con la población urbana y rural (*ítem IV*) y amplia difusión de los beneficios, servicios, programas, proyectos y recursos asistenciales que ofrece el gobierno y los criterios para su concesión (*ítem V*). Decreto 6.307, 2007.

a aportes previos y cualquier contrapartida; b) la garantía de calidad y pronta respuesta a las personas y espacios de expresión y defensa de sus derechos. El primer principio destacado sustenta la noción de que el beneficio eventual está destinado a personas en situaciones de vulnerabilidad. En consecuencia, su disponibilidad no debe estar vinculada a ninguna condición previa o compensación económica³⁴ (cotización a la seguridad social, por ejemplo). En paralelo, el segundo principio indica que el gobierno debe brindar respuestas inmediatas, a través del beneficio eventual, a las familias y ciudadanos que están experimentando privaciones y necesidades por hechos no rutinarios (siempre habilitando a los ciudadanos canales de comunicación para reclamar su derecho al beneficio eventual, si no lo recibe).³⁵

Si bien el beneficio está previsto en la Ley 8.742/1993, su regulación se produjo con la promulgación del Decreto 6.307/2007. En esta disposición se detalla el significado jurídico de la vulnerabilidad temporal, que corresponde a los casos en que las personas elegibles para recibir el beneficio eventual se encuentran en riesgo de sufrir una pérdida grave o cuando efectivamente han sufrido un daño que las priva de la propiedad, la seguridad material, el daño social por razones de desastre y calamidad pública.³⁶ El artículo 8o. de este Decreto garantiza que se podrá conceder el beneficio eventual para la atención de víctimas de calamidades públicas³⁷ con el fin de asegurar la supervivencia de las personas y la reconstrucción de su autonomía.³⁸ Como resultado, se ve que las víctimas de desastres pueden reclamar el beneficio eventual porque: a) se encuentran en una situación de vulnerabilidad temporal; b) son víctimas de calamidades públicas.

³⁴ Ministério do Desenvolvimento Social, “Benefícios Eventuais no SUAS: orientações técnicas”, 2018, disponible en: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/consulta_publica/Benef%C3%ADcios%20Eventuais%20no%20SUAS.pdf

³⁵ *Ibidem*, p. 12.

³⁶ El Decreto 6.307/2007 trae otras disposiciones legales sobre cuándo se configura la vulnerabilidad temporal, incluyendo situaciones de abandono o imposibilidad de garantizar refugio a hijos e hijas. De hecho, la legislación permite una interpretación amplia de las hipótesis en las que se puede encontrar la vulnerabilidad temporal, ya que el artículo 7o., inciso V, determina que pueden surgir riesgos, pérdidas y daños en cualquier situación social que comprometa la supervivencia de una persona y familia. Decreto 6.307, 2007.

³⁷ El párrafo único de este mismo artículo del Decreto 6.307/2007 especifica que la calamidad pública consiste en el reconocimiento de las autoridades públicas “de una situación anormal, derivada de bajas o altas temperaturas, tormentas, inundaciones, inversión térmica, deslizamientos de tierra, incendios, epidemias, que causan graves daños a la comunidad afectada, incluida la seguridad o la vida de sus miembros”. Decreto 6.307, 2007.

³⁸ Decreto 6.307, 2007.

Tanto la Ley 8.742/1993 como el Decreto 6.307/2007 no explican qué se entiende por “autonomía”. En este punto, cabe enfatizar las enseñanzas de Luis Roberto Barroso, quien, al escribir sobre autonomía, traduce esta expresión bajo el concepto de autodeterminación. Asimismo, escribe que la autonomía sería moral y personal.³⁹ Este último consiste en el libre ejercicio de la voluntad de cada persona, de acuerdo con sus valores, intereses y deseos.⁴⁰ En pocas palabras, la autonomía está vinculada a la idea de que una persona puede decidir y tomar decisiones personales a lo largo de la vida, libre de intervenciones externas. En el ámbito jurídico, la autonomía está vinculada a las libertades fundamentales y al derecho a la participación política. Como corolario, el jurista afirma que con el surgimiento del Estado de bienestar el derecho al mínimo existencial, estrechamente relacionado con la autonomía, ganó igual importancia en comparación con las dos libertades mencionadas.⁴¹

IV. LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO EVENTUAL EN CONTEXTOS DE DESASTRE

La Ley 12.608/2012 instituye la Política Nacional de Protección y Defensa Civil (PNPDEC), que aborda los objetivos (artículo 5o.), las competencias de la Unión (artículo 6o.), los estados (artículo 7o.), los municipios (artículo 8o.) y otros temas relacionados con la reducción del riesgo de desastres. En cuanto a los objetivos, al analizar aspectos de vulnerabilidad y asistencia a víctimas de desastres, la legislación establece que los estados y municipios (con la asistencia de la Unión) deben mapear (a través de estudios de identificación y evaluación de amenazas, susceptibilidades y vulnerabilidades a desastres) y frenar la vivienda en regiones ambientalmente vulnerables y con riesgo de desastres, mediante la reubicación de población.⁴² La Ley 12.608/2012 también

³⁹ Barroso, Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, 2a. ed., Brasil, Editora Fórum, 2014, p. 81.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 82.

⁴² Como se discutirá más adelante, con respecto a la LOAS, esta legislación también prescribe a la Unión (artículo 12, inciso III) y a los estados (artículo 13, inciso III), así como al Distrito Federal (artículo 14, inciso IV) y municipios (artículo 15, inciso IV), la prestación de acciones de asistencia en situaciones de desastre cuando dichos fenómenos se identifiquen como emergencias. Este rol es competencia principal del Distrito Federal y los municipios, siendo el resto de las entidades federativas las encargadas de actuar conjuntamente con los primeros. Ley 8.742, 1993.

legisla como objetivos del PNPDEC la prestación de socorro y asistencia a las poblaciones afectadas.⁴³

En cuanto a la transferencia de recursos a las víctimas, el Decreto 7.257/2010, capítulo III, aborda este tema desde una perspectiva macro, ya que establece la transferencia de recursos de la “Unión a los órganos del Estado, Distrito Federal y Municipios”.⁴⁴ La Medida Provisional 494/2010,⁴⁵ que se convirtió en la Ley 12.340/2010, se ocupó de facilitar herramientas de transferencia de recursos (de la Unión a las entidades federativas) para diversas acciones de socorro y reconstrucción en lugares afectados por desastres. También trajo cambios al antiguo Fondo Especial para Calamidades Públicas.⁴⁶

A pesar de que estos textos legislativos abordan planes de prevención,⁴⁷ mitigación, respuesta y recuperación ante desastres y medidas de socorro a las víctimas,⁴⁸ se hacen pocas consideraciones sobre las funciones asistenciales que deben desempeñar las entidades federativas hacia las familias y los ciudadanos.

En otras palabras, a pesar de que existen leyes enfocadas en brindar beneficios de asistencia a las víctimas de desastres, ninguna de estas disposiciones legales se mencionan en el PNPDEC. Por lo tanto, para comprender el

⁴³ Ley 12.608, 2012.

⁴⁴ Decreto 7.257, 2010.

⁴⁵ Em Interministerial núm. 7 /MI/MP/MF, 2010.

⁴⁶ El Fondo Especial para Calamidades Públicas (Funcap), constituido por Decreto-Ley 950/1969, pasó a denominarse Fondo Nacional para Calamidades Públicas, Protección y Defensa Civil, mediante Ley 12.983/2014, con el propósito de financiar acciones de prevención de áreas de riesgo y prevención de áreas afectadas por desastres. En Interministerial núm. 7 / MI / MP / MF 2010.

⁴⁷ A pesar de los beneficios eventuales otorgados tras la ocurrencia de una calamidad pública, no se puede negar su carácter preventivo, especialmente en lo que respecta a la precaución de riesgos sociales (y violación de derechos) en un escenario de desastre. Una disposición legal que respalda esta afirmación, aunque sea de manera indirecta, se encuentra en la Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social. El artículo 12 especifica que la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios tienen la responsabilidad común de establecer prioridades y metas para la prevención de vulnerabilidades y riesgos sociales. Ministério do Desenvolvimento Social, “Benefícios Eventuais no SUAS: orientações técnicas”, 2018, disponible en: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/consulta_publica/Benef%C3%AADcios%20Eventuais%20no%20SUAS.pdf.

⁴⁸ Entre estas acciones de asistencia a las víctimas, el artículo 2, inciso VI, del Decreto 10.593/2020 incluye medidas de emergencia destinadas a restablecer las condiciones de seguridad y habitabilidad y los servicios esenciales para la población de la zona afectada por el desastre.

otorgamiento del beneficio eventual en situaciones de desastre (y los vínculos entre los textos normativos de desastre y los de asistencia social) es importante examinar la legislación, las resoluciones y los documentos técnicos en el campo de la seguridad social.

La planificación para el otorgamiento del beneficio eventual no puede realizarse sólo después de la verificación de un determinado riesgo de desastre. La administración pública debe prestar atención a los estudios, mapeos, diagnósticos, planes, informes y censos para obtener datos sobre las condiciones de vida de la población (y verificar, por ejemplo, quién es vulnerable a la ocurrencia de un desastre). Los estudios de la realidad social y los diagnósticos socioterritoriales, todos basados en datos de la vigilancia de la asistencia social,⁴⁹ son fundamentales para orientar la oferta del beneficio eventual, ya que permiten a las entidades federativas, identificar a los ciudadanos que tienen derecho a recibir esta prestación complementaria.⁵⁰ En este sentido, la introducción de la Resolución CNAS 33, del 12 de diciembre de 2012 (Norma Operacional Básica de Asistencia Social - NOB-SUAS/2012) del Conselho Nacional de Asistencia Social, menciona, entre otros temas, la institución de un mapeo de vulnerabilidades asistenciales, que trae datos (recolectados por la Unión, los estados, los municipios y el Distrito Federal), con el propósito de orientar a las entidades federativas acerca de las prioridades de la población de servicios de asistencia social.⁵¹

Paralelamente al uso de estos datos, la gestión del beneficio eventual circunscribe: a) la planificación municipal y distrital (proceso de toma de decisiones para la gestión del beneficio eventual); b) el plan de asistencia social municipal/distrital (con el eje de organizar, regular y orientar la consolidación del SUAS a nivel municipal); c) el diagnóstico socioterritorial; d) las bases de

⁴⁹ El artículo 87 de NOB-SUAS/2012 aclara que uno de los propósitos de la vigilancia asistencial es atender a familias y ciudadanos en situaciones de vulneración de derechos. Así, la vigilancia asistencial tiene como objetivo el manejo de información sobre riesgos, vulnerabilidades y protección social de la población (artículo 89, inciso I, de NOB-SUAS / 2012). La Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios deben elaborar y actualizar de manera rutinaria diagnósticos socioterritoriales con información sobre las vulnerabilidades y riesgos que impactan a una determinada población en su territorio y la consecuente demanda de servicios asistenciales de protección social básica, especial y beneficios sociales. Resolución CNAS núm. 33, 2012.

⁵⁰ Ministério do Desenvolvimento Social, “Benefícios eventuais no SUAS: orientações técnicas”, 2018, disponible en: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/consulta_publica/Benef%C3%AADcios%20Eventuais%20no%20SUAS.pdf.

⁵¹ Resolución CNAS 33, 2012.

datos de ofertas de beneficio eventual, y e) el registro único (una herramienta del gobierno brasileño que concentra información sobre grupos familiares y sus condiciones socioeconómicas).⁵² Además de monitorear las vulnerabilidades asistenciales de cada región, el NOB-SUAS/2012, en su artículo 4o., inciso V, establece que el SUAS debe asegurar el apoyo y asistencia a las poblaciones afectadas por riesgos coyunturales en forma de bienes materiales y montos económicos.⁵³ El análisis de vulnerabilidades poblacionales corresponde a un rol primordial por parte de las entidades federativas encargadas de conceder el beneficio eventual. Esto se debe a que las situaciones de vulnerabilidad pueden agravarse con la ocurrencia de una calamidad o materializarse en algunas poblaciones después de un desastre. Por tanto, la oferta del beneficio eventual depende de este extenso análisis de datos sociales y ambientales.⁵⁴

La provisión del beneficio eventual puede cambiar en función de la realidad socioeconómica de las poblaciones afectadas (necesidad y demanda) y de los servicios que ya se ofrecen en el municipio afectado por un desastre. Por ejemplo, en situaciones de calamidad, un municipio puede otorgar, como una prestación de beneficio eventual, el pago de la renta, conceder herramientas esenciales para la subsistencia de la población desplazada, asistencia para la natalidad y para la recompra de bienes residenciales dañados en desastres, los gastos de pago con el funeral y entierro del fallecido, así como otras formas de apoyo que son fundamentales para garantizar la seguridad social de los ciudadanos y las familias.⁵⁵ En esta línea, la Resolución 212, del 19 de octubre de 2006 del Conselho Nacional de Assistência Social, garantiza que los beneficios por nacimiento (para apoyo a la madre en caso de fallecimiento del recién nacido o de la familia con la muerte de aquél y otras hipótesis a discreción del municipio) y funerario, se puede otorgar mediante una cantidad de dinero o en bienes de consumo.⁵⁶

Para garantizar los medios de vida de los ciudadanos y las familias en contextos de desastre, la provisión del beneficio eventual no se realiza de forma aislada. Por tanto, es fundamental recordar que el beneficio eventual, como servicio que forma parte del SUAS, su concesión debe cumplir con el prin-

⁵² Ministério do Desenvolvimento Social, *op. cit.*, p. 30.

⁵³ Resolución CNAS 33, 2012.

⁵⁴ Ministério da Cidadania, “Orientações Técnicas sobre Benefícios Eventuais no SUAS”, 2018, disponible en: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/SNAS_Cartilha_Par%C3%A2metros_Atua%C3%A7%C3%A3o_SUAS.pdf.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁶ Resolución 212, 2006.

cipio de integración a la red de servicios de asistencia social,⁵⁷ previsto en el Decreto 6.307/2007, artículo 2o., ítem I. Así, una de estas integraciones se da entre el beneficio eventual y servicios asistenciales relacionados con la Política Nacional de Assistência Social. La Resolución 109, del 11 de noviembre de 2011, del Conselho Nacional de Assistência Social, caracterizó cada servicio de asistencia social, incluyendo el Serviço de Proteção em Situações de Desastres e Emergências Públicas, que tiene como finalidad articular el alojamiento de poblaciones desplazadas, asociar redes de políticas públicas para combatir los riesgos sociales, facilitar el acceso al beneficio eventual a las familias y ciudadanos afectados por situaciones de emergencia y calamidades públicas, entre otros.⁵⁸

El Protocolo Nacional Conjunto para Proteção Integral a Crianças e Adolescentes, Pessoas Idosas e Pessoas com Deficiência em Situações de Risco e Desastre (creado por la Ordenanza Interministerial 2, del 6 de diciembre de 2012) revela una iniciativa interdisciplinaria del gobierno brasileño para enfrentar la vulnerabilidad social en contextos de desastres. Para la efectividad de este Protocolo, se cuenta con la acción de varios ministerios, tales como de la Salud, Ciudades, Secretaría Nacional de Asistencia Social⁵⁹ y otros, teniendo como uno de los objetivos la protección de la niñez, adolescencia, tercera edad y personas con discapacidad en casos de desastres.⁶⁰

V. CONCLUSIONES

A partir de una lectura social de los desastres, se sabe que dichos eventos afectan a las personas de manera desigual, ya que acentúan las vulnerabilidades de determinadas poblaciones. Asimismo, es indiscutible que los desastres traen a

⁵⁷ Resolución *cit.*, 2009.

⁵⁸ El Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências tiene como prioridad garantizar tres sistemas de seguridad social a las poblaciones afectadas, a saber: la seguridad de supervivencia ante riesgos circunstanciales; la seguridad de acogimiento, y la seguridad de la vida familiar, comunitaria y social. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, “Clasificación Nacional de Servicios de Asistencia Social”, 2009, disponible em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf.

⁵⁹ En el año de publicación de esta Ordenanza Interministerial, la Secretaria Nacional de Assistência Social formaba parte del Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

⁶⁰ Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, “Protocolo Nacional Conjunto para proteção integral a crianças e adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência em situação de riscos e desastres”, 2013, disponible em: http://www.portaisgoverno.pe.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=f20e67f6-d0c6-4736-af4-28863dd22dce&groupId=81019.

las entidades federativas (refiriéndose aquí a la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios) costos expresivos de recuperación y reconstrucción en infraestructura y actividades económicas en general.

El contexto de vulnerabilidad que conduce al otorgamiento del beneficio eventual revela la necesidad de que esta medida de protección social sea de fácil acceso (algo posible con la ausencia del requisito de aportes previos para recibir dicho beneficio, así como en la igualdad de condiciones de acceso y rapidez en la provisión) con el objetivo de extender los derechos sociales a todos, asegurando las necesidades humanas básicas. Ciertamente, esta investigación no asume que el otorgamiento del beneficio eventual no esté condicionado a ningún criterio de razonabilidad o incluso a su prestación no atendiendo a las posibilidades fácticas (o recursos públicos disponibles) por parte de las entidades federativas. Se recuerda la decisión 396/2011 del Tribunal Constitucional portugués que trató de la adopción de medidas para reequilibrar las finanzas públicas. Por tanto, en un escenario de desastre, con una amplia variedad de costos a cubrir por las entidades federativas, ¿qué garantiza al ciudadano recibir el beneficio eventual? Esta respuesta se basa en el núcleo de los principios de prohibición del retroceso social y de seguridad jurídica, cuyo vínculo entre ellos representa una salvaguarda para la continuidad de las protecciones sociales por parte de las entidades federativas, incluso en situaciones de desastre. Sólo sobre esta base es posible discutir la provisión del beneficio eventual para asegurar el mínimo social de las personas afectadas.

Después de analizar los principios del beneficio eventual y al considerar el carácter social de los desastres, hay que volver a la pregunta principal de esta investigación: ¿cuál es el rol del beneficio eventual en un contexto de desastres? Además de garantizar el mínimo social, el beneficio eventual se caracteriza por ser una amplia medida social dirigida a atender a ciudadanos(as) y familias en situación de vulnerabilidad ante la ocurrencia de un desastre. Es un beneficio social (de carácter complementario a otros servicios públicos) que permite a la persona beneficiaria tener una exposición reducida a los riesgos sociales en un contexto de desastre, mediante la viabilidad de los medios de subsistencia. Esta disposición debe estar sujeta a los datos de la vigilancia de la asistencia social y el mapeo de las vulnerabilidades de la asistencia social, todos puestos a disposición por las entidades federales (especialmente para el Distrito Federal y los municipios). La información permite a la administración pública identificar, por ejemplo, el número de madres en riesgo social y quienes pueden tener derecho al beneficio eventual (en forma de asistencia por maternidad). Por lo tanto, es plausible decir que el beneficio eventual

juega un papel muy importante en brindar un apoyo rápido a las personas en situación de vulnerabilidad para que continúen ejerciendo su ciudadanía y puedan reconstruir las condiciones de vida autónomas.

Las investigaciones futuras pueden evaluar cómo el beneficio eventual se integra con otros servicios públicos ofrecidos por el Distrito Federal y los municipios (entidades federales que generalmente tienen más responsabilidades en el campo de la asistencia social) para las poblaciones expuestas a riesgos sociales. A partir del análisis de datos en casos de desastres en Brasil, se puede examinar si el beneficio eventual fue fundamental o no para apoyar a las personas hasta recuperar su autonomía, con el fin de evaluar posibles mejoras en la legislación en la materia.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Brasil, Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, 2a. ed., Brasil, Fórum, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder, “The Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, núm. 4, 1990.
- DELGADO, Guilherme y otros, “Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania”, *Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise*, vol. 1, núm. 17, 2009.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, “Política Nacional de Assistência Social PNAS/ 2004”, 2009, disponible em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, “Clasificación Nacional de Servicios de Asistencia Social”, 2009, disponible em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, “Orientação aos Municípios sobre Regulamentação da Política Municipal de Assistência Social”, 2015, disponible em: https://www.social.go.gov.br/files/cartilha_orientacao_aosMunicipios.pdf.

- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, “Benefícios Eventuais no SUAS: orientações técnicas”, 2018, disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/consulta_publica/Benef%C3%ADcios%20Eventuais%20no%20SUAS.pdf.
- MIZUTORI, Mami, “Time to Say Goodbye to ‘Natural’ Disaster”, *PreventionWeb*, 2020, available at: <https://www.preventionweb.net/experts/oped/view/72768>.
- O’KEEFE, Phil *et al.*, “Taking the Naturalness out of Natural Disasters”, *Nature*, 2021, available at: <https://www.nature.com/articles/260566a0>.
- “Orientações Técnicas sobre Benefícios Eventuais no SUAS”, Ministério da Cidadania, 2018, disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/SNAS_Cartilha_Par%C3%A2metros_Atua%C3%A7%C3%A3o_SUAS.pdf.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 11a. ed., Brasil, Livraria do Advogado, 2012.
- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, “Protocolo Nacional Conjunto para proteção integral a crianças e adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência em situação de riscos e desastres”, 2013, disponível em: http://www.portaisgoverno.pe.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=f20e67f6-d0c6-4736-afc4-28863dd22cc&groupId=81019, consultado el 26 de junio de 2021.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 25a. ed., Brasil, Malheiros Editores, 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, Acórdão No. 396/2011 emitido en el proceso núm. 72/11, outubro de 2011.
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION, “*Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*”, available at: https://www.unisdr.org/files/43291_sendaiframeworkfordrren.pdf, consultado el 20 de enero de 2021.

Normas e instrumentos citados

- BRASIL, Decreto núm. 6.307 (14/12/2007), Prevé los eventuales beneficios a que se refiere el artículo 22 de la Ley núm. 8.742 de 7 de diciembre de 1993.
- BRASIL, Decreto núm. 7.257 (04/08/2010), Que prevé la transferencia de recursos para acciones de socorro, asistencia a las víctimas, restauración de

servicios esenciales y reconstrucción en áreas afectadas por desastres y sobre la rendición de cuentas e inspección de los recursos transferidos.

BRASIL, Decreto núm. 10.593 (24/12/2020), Prevé la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Defensa y Protección Civil y el Consejo Nacional de Defensa y Protección Civil y el Plan Nacional de Defensa y Protección Civil y el Sistema Nacional de Información de Desastres.

BRASIL, EM Interministerial núm. 7 /MI/MP/MF, 1 de julio de 2010.

BRASIL, Ley núm. 8.742 (07/12/1993), Prevé la organización de Asistencia Social y otras medidas.

BRASIL, Ley núm. 12.435 (06/07/2011), modifica la Ley núm. 8742, de 7 de diciembre de 1993, que prevé la organización de la Asistencia Social.

BRASIL, Ley núm. 12.608 (10/04/2012), Establece la Política Nacional de Defensa y Protección Civil - PNPDEC; prevé el Sistema Nacional de Defensa y Protección Civil - SINPDEC y el Consejo Nacional de Defensa y Protección Civil - CONPDEC.

BRASIL, Resolución núm. 212 (19/10/2006), Propone criterios rectores para regular la prestación de eventuales beneficios en el ámbito de la política pública asistencial.

BRASIL, Resolución CIT núm. 7 (10/09/2009), Protocolo de Gestión Integrada de Servicios, Beneficios y Transferencias de Ingresos del Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

BRASIL, Resolución CNAS núm. 33 (12/12/2012), Aprueba la Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social - NOB / SUAS.

ANALIZAR LA EXCLUSIÓN SOCIAL PARA CALIBRAR EL DESARROLLO. APUNTES PARA EL DERECHO SOCIAL*

ANALYZE SOCIAL EXCLUSION TO MEASURE
THE DEVELOPMENT. NOTES FOR SOCIAL LAW.

ANALYSER L'EXCLUSION SOCIALE POUR MESURER
LE DÉVELOPPEMENT. QUELQUES CONTRIBUTIONS
AU DROIT SOCIAL.

Jordan Vladimir TELLO IBARRA**

RESUMEN: Una de las premisas del derecho social es construir andamiajes para el acceso y ejercicio de derechos fundamentales para mejorar la vida: salud, empleo, educación, vivienda, seguridad social, etcétera. Esos derechos han sido imbricados con el concepto de “desarrollo”, el cual ha formado parte de los discursos y paradigmas económicos de las últimas décadas y como eje de las políticas públicas en materia de combate a la pobreza. El presente artículo es una reflexión conceptual de exclusión social, como una posibilidad teórica que permite repensar los alcances del desarrollo. Así, se concluye que el derecho social es paralelo al desarrollo, pero requiere instalarse en el combate a los ámbitos y factores de exclusión social, que limitan el ejercicio de derechos fundamentales y el reconocimiento de la justicia social.

Palabras clave: exclusión social, desarrollo, derecho social, justicia social.

ABSTRACT: One of the premises of Social Law is to build frameworks for the access and exercise of fundamental rights to improve life: health, employment, education, housing, social security, etcétera. These rights have been interwoven with the concept of “Development”, which has

* Recibido el 23 de agosto de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Polítologo, doctorando en ciencias sociales en la Universidad Autónoma de Nayarit, correo electrónico: Vladimir.tello@uan.edu.mx.



been part of the discourses and economic paradigms of the last decades and as a axis of public policies in the fight against poverty. This article is a conceptual reflection of Social Exclusion, as a theoretical possibility that allows rethinking the scope of Development. Thus, it is concluded that Social Law is parallel to development but requires to be installed in the fight against the areas and factors of social exclusion, which limit the exercise of fundamental rights and recognition of social justice.

Keywords: Social exclusion, development, social law, social justice.

RÉSUMÉ: L'un des prémisses du Droit Social est de construire des cadres pour l'accès et l'exercice des droits fondamentaux à l'amélioration de la vie : santé, emploi, éducation, logement, sécurité sociale, etc. Ces droits ont été entrelacés avec le concept de «Développement», qui a fait partie des discours et des paradigmes économiques des dernières décennies et en tant qu'axe des politiques publiques dans la lutte contre la pauvreté. Cet article est une réflexion conceptuelle de l'Exclusion Sociale, comme une possibilité théorique qui permet de repenser la portée du Développement. Ainsi, il est conclu que le Droit Social est parallèle au développement, mais nécessite d'être installé dans la lutte contre les domaines et les facteurs d'exclusion sociale, qui limitent l'exercice des droits fondamentaux et la reconnaissance de la justice sociale.

Mots clés: Exclusion sociale, développement, droit social, justice sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La exclusión social, un enfoque más amplio que la pobreza.* III. *Implicaciones de la exclusión social para el estudio del desarrollo.* IV. *La exclusión como denegación del derecho social.* V. *Reflexiones finales.* VI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El discurso del desarrollo está anclado a términos económicos y monetarios, un concepto que parece buscar la comparación entre países y regiones, tomando como patrón de medida las economías dominantes. El desarrollo se ha transformado más que en un discurso aspiracional, se ha considerado un antónimo de la pobreza, siendo un adjetivo que califica a los países que destacan sobre los “subdesarrollados”, un eufemismo para referirse a la pobreza estructural.

Así, cuando se habla del desarrollo, parece que se trata de describir cuantitativamente una frontera que divide la riqueza de la pobreza, y cualitativamente el progreso de “la ignorancia”. Ese discurso del desarrollo fue tomado e impulsado por las potencias económicas, con una fuerte influencia por las corporaciones empresariales transnacionales. En conjunto han influido en la adopción de políticas económicas, atendiendo al paradigma del desarrollo; en ese sentido, en palabras de Casanov, surge la teoría corriente y ortodoxa del desarrollo económico, en el que los países actuales se diferenciarían por distintos niveles de desarrollo que se escalonan en una trayectoria económica que todos siguen o deben seguir, considerando sólo el aspecto cuantitativo del desarrollo (la “cantidad” de progreso económico) sin dar mayor atención a las diferencias cualitativas del desarrollo.¹

Siguiendo la ruta discursiva, en palabras de Uribe Mallarino,² “El desarrollo se podría definir como el desplazamiento ascendente de una sociedad a lo largo de un continuum en cuyos extremos estarían, por un lado, las sociedades más avanzadas y, por el otro, las más atrasadas”. Por ejemplo, el término despectivo “tercermundista” se construye desde una escala de prosperidad, donde ser de tercera clase es equivalente a países que no alcanzan los niveles económicos en comparación con los países de “primer nivel”.

En ese contexto, los Estados aspiran a “subir de nivel”, y para ello articulan y ejecutan políticas nacionales en distintas materias. Por ejemplo, desde sus políticas educativas se promueve la enseñanza de lenguas de los países del primer mundo, minimizando culturas y lenguas ancestrales, poniendo énfasis en la necesidad de incorporarse a la visión, cultura y lengua de las naciones avanzadas, para ser desarrollados.

En el paradigma del desarrollo, las economías de los países se miden y se comparan a partir de indicadores macroeconómicos³ estandarizando y pon-

¹ González Casanova, Pablo, “El desarrollo del capitalismo en los países coloniales y dependientes”, en González Casanova, Pablo, *Sociología de la explotación*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.

² Uribe Mallarino, Consuelo, “Desarrollo social y bienestar”, *Universitas Humanística*, XXXI (58), pp. 11-25, 2004, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=79105802>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2021.

³ Los cuales conducen a índices que miden y determinan el nivel de vida de las poblaciones. El Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados (CEFP, 2020) describe algunos de estos indicadores; por ejemplo, el producto interno bruto (PIB), Indicador Global de la Actividad Económica (IGAE), Requerimientos Financieros del Sector Público (RFSP), la sobre o subvaluación del peso respecto al dólar estadounidense, inflación, inversión extranjera, capacidad de competitividad (por mencionar sólo algunos).

derando los logros del desarrollo fuertemente asociado a cuestiones económicas, lo que ha propiciado la orientación de los países hacia el cumplimiento de dichos indicadores a todo costo, pese al deterioro del medio ambiente y explotación de recursos naturales al estilo del capitalismo salvaje, pero también invisibilizando la desigualdad social, la cual se oculta en un camuflaje de estadísticas generalizables y estandarizadas.

Por ejemplo, el PIB per cápita fue un indicador que mostraba la cantidad de dinero por cada habitante en determinado país; mientras más elevado fuera el indicador, evidentemente el país tenía mayor nivel de desarrollo; sin embargo, se mostró empíricamente al hacer el cruce con otros indicadores, como el índice de Gini, la desigualdad en la distribución de los recursos; así, aunque un país tuviera X cantidad per cápita, ese indicador era una cifra de cálculo promedio, invisibilizando los grupos socialmente excluidos, los cuales tienen barreras para el ejercicio y acceso a derechos fundamentales, como salud, educación, empleo, vivienda, y cuyo índice del PIB per cápita no se cristaliza en sus condiciones de vida.

Por ello, el desarrollo era, y sigue siendo en gran parte, un enfoque de arriba abajo, etnocéntrico y tecnocrático que trataba a la gente y a las culturas como conceptos abstractos, como cifras estadísticas que se podían mover de un lado a otro en las gráficas del “progreso”.⁴ Ante dichos desafíos, el concepto de desarrollo pierde evidentemente su carácter estrictamente cuantitativo para transformarse en un concepto más cualitativo y, por consiguiente, más complejo, multidimensional e intangible.⁵ El premio Nobel de Economía de 1998, Amartya Sen, ya pugnaba por abordar el desarrollo desde un enfoque de libertad, la libertad como principal medio y fin del desarrollo, que contrasta con las visiones que lo reducen a los indicadores de crecimiento del PIB, al aumento de las rentas personales, a la industrialización, al avance tecnológico o a la modernización social.⁶

⁴ Escobar, Arturo, *La invención del tercer mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*, trad. Diana Ochoa, Santafé de Bogotá, Editorial Norma, 1998.

⁵ Becerra Lois, Francisco Ángel y Pino Alonso, Jesús René, “Evolución del concepto de desarrollo e implicaciones en el ámbito territorial: experiencia desde Cuba”, *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. 17, 2005, pp. 85-119; disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=111/11101705>, consultado el 7 de diciembre de 2020.

⁶ Mujica Chirinos, Norbis y Rincón González, Sorayda, “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”, *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 15, núm. 50, 2010, pp. 294-320, disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=51315-99842010000200007&lng=es&tlng=es, consultado el 9 de septiembre de 2021.

En suma, se debe plantear un nuevo paradigma para comprender el desarrollo, en la medida en que se pueda reducir la exclusión social, garantizando el ejercicio de derechos económicos, políticos, sociales y culturales. En ese sentido, el presente artículo apuesta por la comprensión del concepto “exclusión social” como un enfoque para calibrar el desarrollo, y ampliar la mirada del derecho social.

II. LA EXCLUSIÓN SOCIAL, UN ENFOQUE MÁS AMPLIO QUE LA POBREZA

El concepto de exclusión social fue usado por primera vez por el político francés René Lenoir en sus comentarios sobre pobreza y desventaja en Francia en la década de 1970.⁷ La frase “exclusión social” se originó cuando los políticos socialistas comenzaron a discutir la adversidad que enfrentan “*les exclus*”, un grupo de ciudadanos que no fueron provistos por la red de seguridad social del Estado.⁸ Siendo contextos socioculturales diferentes, en América se debatía con base en el concepto de “marginalidad”. Tanto la exclusión social como la marginalidad llevaron implícito el problema de la pobreza.

La percepción de la pobreza a escala global no fue más que el resultado de operaciones estadísticas comparativas, la primera de las cuales se realizó apenas en 1940.⁹ En 1948, cuando el Banco Mundial definió como pobres aquellos países con ingreso per cápita inferior a cien dólares, casi en automático, dos tercios de la población mundial fueron transformados en sujetos pobres. Y si el problema era de ingreso insuficiente, la solución era, evidentemente, el crecimiento económico.¹⁰ El Banco Mundial ha establecido una cifra de ingreso para definir la pobreza; sin embargo, la pobreza es unidimensional al considerar el ámbito económico (gasto-ingreso), aun cuando el desarrollo tiene otras aristas.

Por ello, la exclusión social representa múltiples factores para ampliar el debate sobre el desarrollo, no sólo esferas económicas, por lo que Cabrera¹¹

⁷ Popay, Jennie, *Social Exclusion Knowledge Network*, 2006, disponible en: https://www.who.int/social_determinants/resources/seen_scoping.pdf?ua=1.

⁸ O'Donnell, Patrick, “Measuring Social Exclusion in Healthcare Settings: a Scoping Review”, *International Journal for Equity in Health*, 2018.

⁹ Escobar, Arturo, *op. cit.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Cabrera, Pedro, “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2002, pp. 83-120.

distingue el concepto de pobreza respecto al de exclusión social de la siguiente manera:

En general, se acepta que podemos reservar la palabra *pobreza* para referirnos preferentemente a las situaciones de carencia económica y material, mientras que al optar por el uso de la expresión *exclusión social*, estamos designando más bien un proceso de carácter estructural, que en el seno de las sociedades de abundancia termina por limitar sensiblemente el acceso de un considerable número de personas a una serie de bienes y oportunidades vitales fundamentales, hasta el punto de poner seriamente en entredicho su condición misma de ciudadanos.¹²

Por su parte, la economista Cristina Calle ha enfocado parte de sus investigaciones en estudios empíricos de corte cuantitativo, con énfasis en la diferenciación de la pobreza y exclusión social, partiendo de metodologías previas. Para ella, la diferencia se puede encontrar en la forma en cómo se han abordado:

La pobreza se ha medido por medio de la cuantificación del nivel de vida. Dicho nivel que ha tomado la connotación de la satisfacción de las necesidades, de la cantidad de recursos disponibles, o de los estándares de vida. La exclusión, por otro lado, se ha medido mediante una serie de dimensiones categóricas, que además del nivel de vida del individuo, también incluye condiciones sociales y políticas. Las características de estas dimensiones imposibilitan la agregación de la exclusión en un solo indicador.¹³

La exclusión social ha generado en los últimos años una nueva línea de investigación sociológica, en la doble vertiente de aproximaciones teóricas al concepto y de estudios sobre los grupos sociales en situación o riesgo de exclusión.¹⁴ En ese sentido, el desarrollo desde la visión de la exclusión social apuntaría a garantizar una serie de derechos sociales, económicos y políticos, por lo que el concepto de exclusión social, en contraste con el de pobreza, no

¹² *Idem.*

¹³ Calle-Espinosa, Cristina, “Diferenciación entre pobreza y exclusión para su correcta identificación en un ámbito urbano intermedio”, *Sociedad y Economía*, núm. 35, 2018, pp. 78-96, disponible en: <https://doi.org/10.25100/sye.v0i35.7296>.

¹⁴ Raya, Esther, “Exclusión social. Indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2007, pp. 155-172.

sólo considera los recursos individuales o de los hogares, sino también pone el foco en los recursos de las comunidades locales.¹⁵ Así, para Sojo (2006), la exclusión social se refiere a la falta de acceso a derechos:

Exclusión social se entiende como la condición social colectiva que experimentan sectores sociales concretos, producto de marcos normativos (leyes) y prácticas institucionales, tanto públicas como privadas, que impiden la realización de sus potencialidades humanas, el acceso a los derechos que los asisten y las oportunidades de prosperidad económica y material.¹⁶

Para Van Bergen y otros (2019), la exclusión social agrupa la incapacidad de las personas para participar plenamente en la sociedad en la que ellos y ellas viven. Dicha exclusión se caracteriza por una acumulación de desventajas en múltiples dimensiones:

- 1) Social: por ejemplo, sentido de pertenencia y apoyo social.
- 2) Económico, por ejemplo, privación material.
- 3) Político, por ejemplo, falta de acceso a vivienda y atención médica, y
- 4) Cultural, por ejemplo, aceptación de valores, normas y modos de vida.¹⁷

La importancia de la exclusión social en la incorporación de los estudios del desarrollo derivó la creación de organizaciones no gubernamentales y académicas; por ejemplo, la Red de Conocimiento de Exclusión Social (SEKN) se ha dedicado a examinar los procesos relacionales que conducen a la exclusión de grupos particulares de personas de participar plenamente en la vida comunitaria/social, destacando que en dichos procesos operan a nivel macro (acceso a educación asequible, legislación sobre igualdad de oportunidades de empleo, normas culturales y de género) y/o microniveles (ingresos, estatus ocupacional, redes sociales, en torno a la raza, al género, y a la religión).¹⁸

¹⁵ Leyton, Cristian y Muñoz, Gianinna, “Revisitando el concepto de exclusión social: su relevancia para las políticas contra la pobreza en América Latina”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2016, pp. 39-68.

¹⁶ Sojo, Carlos, “Exclusión social: más allá de la pobreza”, en Sojo, C. Sojo, *Pobreza, exclusión social y desarrollo. Visiones y aplicaciones en América Latina*, Costa Rica, Flacso, 2006, pp. 11-23.

¹⁷ Van Bergen, Addi *et al.*, “Evaluating the Cross-Cultural Validity of the Dutch Version of the Social Exclusion Index for Health Surveys (SEI-HS): A Mixed Methods Study”, *Plos One*, 2019, disponible en: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0224687>.

¹⁸ Organización Mundial de la Salud, *Los determinantes sociales de la salud*, 31 de marzo de 2020, disponible en: https://www.who.int/social_determinants/themes/socialexclusion/en/.

En ese sentido, autores como Tsakoglou y Papadopoulos (2001) señalan que la “exclusión social” implica la “incapacidad de un individuo para participar en los funcionamientos políticos, económicos y sociales básicos de la sociedad en la que vive”; dicho señalamiento coincide con Jiménez (2008), quien expresa que

La exclusión social está muy relacionada con los procesos que más se vinculan con la ciudadanía social, es decir, con aquellos derechos y libertades básicas de las personas que tienen que ver con su bienestar (trabajo, salud, educación, formación, vivienda, calidad de vida). El sector excluido se encuentra al margen de una serie de derechos laborales, educativos, culturales, etcétera.¹⁹

Para Pérez y Mora (2006), la exclusión social es un fenómeno histórico-estructural relacionado con el proceso acumulativo vigente; y segundo, se postula que esta relación viene mediada por las desigualdades sociales generadas por tal proceso, siendo la exclusión su manifestación más extrema. Para dichos autores, todo tipo de exclusión social tiene que ser interpretada en clave de exclusión laboral. Chakravarty y D'Ambrosio (2006) mencionan que, a nivel individual, la exclusión social se considera en términos de privación de la persona interesada con respecto a los diferentes funcionamientos en la sociedad. A nivel agregado, tratamos la exclusión social en función de las exclusiones individuales.

El concepto de exclusión social ha sido adaptado por organismos internacionales; por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido la exclusión social como “procesos dinámicos y multidimensionales impulsados por relaciones desiguales de poder que interactúan en cuatro dimensiones principales: económica, política, social y cultural, y en diferentes niveles, incluidos los niveles individual, familiar, grupal, comunitario, nacional y global”.²⁰

Existe un amplio margen para el análisis de la exclusión social, desde enfoques cualitativos y cuantitativos hasta instrumentos prediseñados que pueden adecuarse a la realidad latinoamericana; es importante situarnos en la realidad latinoamericana, pues tal como señala García (2015):

¹⁹ Jiménez, Magdalena, “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos* (Valdivia), vol. 34, núm. 1, 2008, pp. 173-186, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-07052008000100010>.

²⁰ Organización Mundial de la Salud, *op cit*.

Dentro de las grandes limitantes a la hora de poder medir la exclusión social en América Latina nos encontramos por un lado con la comprensión errónea del concepto, y por otro, con no contar con una metodología pertinente al contexto latinoamericano que sirva como referente para poder medir dicho fenómeno. Los estudios sobre exclusión social en América Latina se tienden a confundir con los estudios sobre pobreza pareciendo que, en muchos de ellos simplemente se solapan ambos conceptos utilizándolos indistintamente.²¹

Para el caso mexicano, la tesis doctoral de Gabriela García²² analiza el concepto de exclusión social; en ella se identifican las dimensiones que conforman el concepto de exclusión social de acuerdo con la literatura latinoamericana; se propone una definición operacional de exclusión social y una metodología que incorpore la identificación y la medición de la exclusión social en México; para ella, la exclusión social se define como

una condición de precariedad que enfrenta una persona a través del tiempo. Esta condición de precariedad es ocasionada por la exclusión experimentada en las actividades económicas y sociales que permiten la participación de una persona en la vida en sociedad. Tales actividades pueden ser de importancia constitutiva o instrumental o una combinación de ambas.²³

Por todo lo anterior, la exclusión social representa más que pobreza, es un proceso en el cual se presenta una precarización laboral o ausencia de ésta, y lo que se deriva de ello, la tendencia a la ruptura de relaciones sociales-familiares, y el resquebrajamiento del sentido vital (tabla 1). La pobreza no es un asunto exclusivamente económico; por ello, coincidimos con MacEwan (2010) cuando señala que “la reducción de la pobreza depende tanto de aumentar los ingresos como de reducir la desigualdad”. Por ello, la reducción de la exclusión social no puede dejar de recurrir al crecimiento económico, al mismo tiempo que es necesario concretar las políticas de población y la distribución progresiva de la renta y la equidad social.

²¹ García-Justicia, Javier, “Propuesta de análisis de la exclusión social para el contexto latinoamericano”, en González García, E., A., y García Muñoz García, *Mundos emergentes: cambios, conflictos*, Toledo, 2015.

²² García, Gabriela e Ibarra, Jorge, *La exclusión social: una propuesta conceptual y metodológica aplicada al contexto socioeconómico de México* (tesis doctoral), Monterrey, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2013.

²³ *Idem*.

TABLA 1
 LA EXCLUSIÓN SOCIAL COMO PROCESO

<i>Zona de exclusión</i>	<i>Zona de vulnerabilidad</i>	<i>Zona de integración</i>
Exclusión laboral	Trabajo precario	Trabajo estable
Aislamiento social	Relaciones inestables	Relaciones sólidas
Insignificancia social	Convicciones frágiles	Sentido vital

FUENTE: Tomado de Juárez, Miguel, Víctor Renes Ayala y otros (1995).

Robert Castel²⁴ coincide con los autores anteriores, pues para él la exclusión social es un fenómeno que no constituye un estado de cosas, sino un proceso, mediante tres grados de cohesión social: la integración, la vulnerabilidad y la exclusión.

Los efectos del aislamiento y el sentimiento de insignificancia social, las relaciones inestables y convicciones frágiles repercuten en la afectación psicológica,^{25,26} producto principalmente de la ruptura de relaciones sociofamiliares. Al respecto, Roca y Rojas (2002) apuntan que

La exclusión social tiene un impacto no sólo en el nivel de vida o la calidad de vida de las personas que pertenecen a una sociedad que los margina sino un efecto psicológico sobre las mismas. Estas personas sienten que no

²⁴ Padrón Innamorato, Mauricio y Román Reyes, Patricia, “Exclusión social y exclusión en salud. Apuntes teórico-conceptuales y metodológicos para su estudio social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 43, núm. 128, 2010, pp. 815-843, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000200008&lng=es&tlng=es, consultado el 10 de septiembre de 2021.

²⁵ Juárez, Miguel Víctor Renes Ayala *et al.*, “Población, estructura y desigualdad social. En V Informe sociológico sobre la situación social en España”, *Síntesis*, Documentación social, núm. 101, 1995, pp. 67-132.

²⁶ Padrón Innamorato, Mauricio y Román Reyes, Patricia, *op. cit.*

pertenecen a la sociedad y que incluso es ella misma la que no les permite ingresar y/o no le interesa incluirlos “Agencia”. Es por este motivo que se dice que la exclusión social va más allá del término “pobreza”.²⁷

Al ser multidimensional, el concepto de exclusión social es útil al agrupar una serie de ámbitos y factores que dan cuenta de la desventaja en el acceso y ejercicio de derechos sociales, económicos, políticos y culturales. Jiménez (2008) clasifica 48 factores de exclusión social en nueve ámbitos. Los ámbitos son: laboral, económico, cultural, formativo, sociosanitario, espacial y habitativo, personal, social y relacional, y ciudadanía y participación (tabla 2).

TABLA 2
 ÁMBITOS Y FACTORES DE EXCLUSIÓN SOCIAL

<i>Ámbitos</i>	<i>Factores de exclusión</i>	<i>Ámbitos</i>	<i>Factores de exclusión</i>
Laboral	Desempleo	Espacial y habitativo	Carencia de vivienda particular
	Subempleo		Dificultad para acceder a la vivienda
	Precariedad laboral		Vivienda con infraestructura deficiente
	Falta de experiencia laboral		Malas condiciones de habitabilidad (hacinamiento...)
	Sin cualificación laboral		Vivienda en barrios marginales o zonas urbanas y/o rurales deprimidas
Económico	Ingresos insuficientes	Personal	Entorno residencial decaído
	Carencia y/o dependencia de seguridad social y prestaciones sociales		Variables críticas de edad y sexo (jóvenes y mujeres)
	Ingresos irregulares (economía sumergida)		Discapacidad
	Carencia de ingresos		Alcoholismo, drogadicción
	Endeudamiento		Antecedentes penales
Cultural	Consumismo		Enfermedades
	Pertenencia a minorías étnicas		Violencias, malos tratos
	Extranjería e inmigración		Débil estructura de motivaciones y actitudes negativas
	Pertenencia a grupos de rechazo (cultural y político)		Pesimismo, fatalismo
	Elementos de estigma		Exilio político, refugiados

²⁷ Roca Rey, Iris y Belissa Rojas, “Pobreza y exclusión social: una aproximación al caso peruano”, *Bulletin de l’Institut français d’études andines*, núm. 31, vol. 3, 2002, pp. 699-724, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12631310>, consultado el 9 de septiembre de 2021.

<i>Ámbitos</i>	<i>Factores de exclusión</i>	<i>Ámbitos</i>	<i>Factores de exclusión</i>
Formativo	Barrera idiomática	Social y relacional	Carencia y/o deterioro de vínculos familiares (conflictos, violencia intrafamiliar)
	Analfabetismo o baja instrucción		Debilidad de redes familiares (familias monoparentales)
	Analfabetismo tecnológico		Escasez, debilidad y/o carencia de redes sociales de apoyo
	Sin escolarización		Aislamiento
	Fracaso escolar		No acceso a la ciudadanía
	Abandono del sistema educativo sin titulación básica		Acceso restringido a la ciudadanía
Socio sanitario	No acceso al sistema y a los recursos sociosanitarios básicos	Ciudadanía y participación	Privación de derechos por proceso penal
	Adicciones y enfermedades relacionadas		No participación política y social
	Enfermedades infecciosas		
	Trastorno mental, discapacidades y otras enfermedades crónicas que provocan dependencia		

FUENTE: Elaboración propia, a partir de Jiménez (2008), Tezanos (2001) y Subirats (2004).

Por todo lo anterior, se puede establecer el concepto de exclusión social como una acumulación de factores que constituyen desventajas y barreras para el acceso y ejercicio de derechos humanos en los ámbitos personales, laborales, sociales, políticos y culturales, y que se manifiestan repercutiendo principalmente en la inestabilidad económica, en el debilitamiento de las relaciones familiares y sociales, y en aspectos individuales de salud mental y emocional, que retraen el sentido de vida para la persona excluida.

Como concepto, la exclusión social representa un amplio desafío para las políticas públicas, pues abarca las áreas de interés social y gubernamental para mejorar las condiciones de vida de las poblaciones; por ello, cuando se habla de desarrollo, es necesario posicionarnos desde una postura crítica para impulsar acciones que reduzcan los ámbitos y factores de exclusión, y con ello transitar hacia sociedades integradas. Desde la mirada del derecho social, las provisiones constitucionales de derechos sociales comprenden vías policéntricas que abarcan tanto la exigibilidad judicial como la viabilidad presupues-

taria, la ampliación legislativa, y su operatividad mediante políticas públicas,²⁸ políticas públicas que puedan combatir la exclusión social.

III. IMPLICACIONES DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL PARA EL ESTUDIO DEL DESARROLLO

Como señalan Mayoral, Bujardón y Flores (2006), “Tradicionalmente el concepto de desarrollo social ha tenido una connotación eminentemente económica y en consecuencia los planes de acción y las políticas nacionales han sido centrados casi exclusivamente en el crecimiento económico negando la dimensión humana”. Los primeros informes sobre desarrollo mundial elaborados por el Banco Mundial habitualmente se centraban alrededor del crecimiento económico, la libertad de mercado y el Estado mínimo.²⁹

Son diversos los enfoques para el estudio del desarrollo. Históricamente, la doctrina Truman³⁰ representó gran protagonismo, pues, en palabras de Escobar (1998), “dicha doctrina proyectó su visión del mundo menos favorecido y con ello crear las condiciones necesarias para reproducir en todo el mundo los rasgos característicos de las sociedades avanzadas de la época”; es decir: altos niveles de industrialización y urbanización, tecnificación de la agricultura, rápido crecimiento de la producción material y los niveles de vida, y adopción generalizada de la educación y los valores culturales modernos. Dicha frase representó la instauración del discurso del desarrollo y las consecuencias sobre los modos de vida en diversas regiones del mundo.³¹ En otras palabras, desde la etapa final de la guerra, Washington había impulsado a fondo el diseño de un “único mundo” bajo su liderazgo,³² imponiendo desde su realidad

²⁸ Paz González, Isaac y María Macías Sandoval, “La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 29, núm. 1, 2019, pp. 25-62, disponible en: [doi:http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487899e.2019.29.13899](http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487899e.2019.29.13899).

²⁹ Mujica Chirinos, Norbis y Sorayda Rincón González, “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”, *Revista Venezolana de Gerencia*, núm. 15, vol. 50, 2010, pp. 294-320. disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842010000200007&lng=es&tlng=es, consultado el 9 de septiembre de 2021.

³⁰ Derivada del discurso de Harry Truman, presidente de Estados Unidos (el 20 de enero de 1949).

³¹ Escobar, Arturo, *op cit*.

³² Rapoport, Mario y Claudio Spiguel, “La Argentina y el Plan Marshall: promesas y realidades”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 52, núm. 1, 2009, pp. 5-28, disponible en: <http://doi.org/10.1590/S0034-73292009000100001>, consultado el 10 de septiembre de 2021.

el deber ser de otros países para alcanzar el desarrollo, con fuerte influencia del capitalismo depredador.

Así, el sueño y aspiración del desarrollo no fue proyectado únicamente por Estados Unidos, sino como un resultado de la coyuntura histórica específica de finales de la Segunda Guerra Mundial, aunque paradójicamente, las estrategias del desarrollo produjeron miseria y subdesarrollo masivos, explotación y opresión. Como apunta Arturo Escobar, “la crisis de la deuda, la hambruna (saheliana), la creciente pobreza, desnutrición y violencia son apenas los síntomas más patéticos del fracaso de cincuenta años de desarrollo”.³³

En ese sentido, para hablar de desarrollo es conveniente ampliar la visión unidimensional a una multidimensional; es decir, no sólo considerar los ámbitos económicos, sino propiciar las condiciones para el acceso a derechos políticos, sociales, culturales. Aquí se plantean algunas interrogantes: ¿podemos hablar de desarrollo cuando se tiene un nivel de vida en términos de acceso a recursos monetarios, pero se está al margen de la participación política?, ¿podemos hablar de desarrollo en comunidades donde no existe la participación social y redes de socialización solidarias?, ¿hay desarrollo cuando se olvida del cuidado del medio ambiente y el respeto a los saberes de las culturas ancestrales?

El desarrollo se puede calibrar en la medida en que se combata la exclusión social, pues la exclusión es multidimensional, no atiende a cuestiones personales sino estructurales, entiende que la pobreza es un estado que se finca en los recursos, pero que la exclusión social obedece a un proceso, que la pobreza afecta a individuos, pero la exclusión a colectivos sociales, en general, que el paradigma del desarrollo a partir del combate a la pobreza viene de la coyuntura de las sociedades industriales, pero que hoy, el momento histórico postindustrial demanda atender y prestar atención en la exclusión social.

DIFERENCIAS ENTRE LOS TÉRMINOS DE POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL

<i>Categorías de diferenciación</i>	<i>Pobreza</i>	<i>Exclusión social</i>
Dimensiones	Unidimensional (económica)	Multidimensional (laboral, educativos, sociales, económicos...)
Carácter	Personal	Estructural

³³ Escobar, Arturo, *op. cit.*

Situación	Estado	Proceso
Distancias sociales	Arriba-abajo	Dentro-fuera
Tendencias sociales asociadas	Desigualdad social	Dualización y fragmentación social
Noción	Estática	Dinámica
Momento histórico	Sociedades industriales / tradicionales	Sociedades postindustriales / postmodernas
Afectados	Individuos	Colectivos sociales

FUENTE: Elaboración de García (2013) a partir de Tezanos (1999).

Hasta 2010, el índice de desarrollo humano se aplicó como un índice a través del cual se agregan tres dimensiones fundamentales: salud, educación y nivel de vida, y como una alternativa al PIB como indicador directo del desarrollo:

- Esperanza de vida, a partir de indicadores de salud pública (esperanza de vida, morbi-mortalidad, cobertura y acceso a servicios de salud).
- Nivel educativo, a través de la tasa de alfabetismo y la tasa combinada de matriculación en el sistema escolar.
- Nivel de vida (asociado a los ingresos), enfocado en el poder adquisitivo, a través del indicador de ingreso per cápita medido en dólares PPA (paridad del poder adquisitivo), criterio bastante similar al utilizado por el método línea de pobreza.³⁴

IV. LA EXCLUSIÓN COMO DENEGACIÓN DEL DERECHO SOCIAL

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) (del 16 de diciembre de 1966), ha establecido las directrices a los países para garantizar condiciones dignas de trabajo, de asociación sindical, vivienda, educación, fortalecimiento de las relaciones familiares, alimentación saludable y acceso a servicios de salud, por mencionar algunos.

³⁴ Ponce Zubillaga, María Gabriela, “Pobreza y bienestar: una mirada desde el desarrollo”, *Cuadernos del Cendes*, vol. 30, núm. 83, 2013, pp. 1-21, disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082013000200002&lng=es&tlng=es, consultado el 10 de septiembre de 2021.

El derecho social marca las pautas para abatir los grados de exclusión social en la medida en que las personas acceden y ejercen derechos fundamentales; por ello, la denegación del derecho social es la exclusión, que va de la mano de otras esferas relacionales, como la discriminación, el estigma y el rechazo. En palabras de Paz y Macías (2019):

Los derechos sociales han superado aquella etapa conceptual que los asociaba a programas y políticas públicas que el Poder Ejecutivo podía (o no) desarrollar. Es un hecho que su exigibilidad no sólo se materializa mediante mecanismos administrativos, sino que los remedios judiciales cobran relevancia en contextos de inequidad y exclusión social.³⁵

Repensar el desarrollo a partir de sus imbricaciones con el derecho social es garantizar, por ejemplo, cobertura de servicios de salud, pero paralelamente establecer las bases regulatorias para evitar factores de riesgo que detonen enfermedades. En otras palabras, es una contradicción que se inviertan altas cantidades de presupuesto para garantizar el derecho a la salud a partir de políticas públicas sanitarias, pero en nombre del desarrollo se permita a empresas de alimentos industrializados la comercialización de productos que dañan altamente la salud. Es una contradicción que se impulse fuertemente el derecho laboral, pero en nombre del desarrollo se den prerrogativas para asegurar la competitividad, permitiendo aspectos como el *outsourcing* y la precarización laboral.

Los ejemplos anteriores se pueden cavilar desde las cifras duras: el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) destacó que el volumen de personas sin servicios de salud en la República mexicana durante 2020 fue del 28.2%; en el plano laboral, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía informó que en el segundo trimestre de 2021 hay 2.4 millones de personas desempleadas en el país, y los que existen han sido catalogados como escasos y mal pagados. ¿Hay desarrollo cuando hay exclusión social y un derecho social intermitente?

V. REFLEXIONES FINALES

El desarrollo fue una respuesta a la problematización de la pobreza que tuvo lugar en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. El desarrollo ali-

³⁵ Paz González, Isaac y María Macías Sandoval, *op. cit.*

mentó una manera de concebir la vida social como problema, e hizo uso de las herramientas cuantitativas, indicadores y parámetros de medición para aspirar al desarrollo, aun minimizando aspectos importantes de las sociedades; por ejemplo, su cosmovisión, cultura, relaciones con la naturaleza, tradiciones y costumbres, incluso estilos de vida asociados al sueño, a la alimentación y a la socialización. ¿Quiénes somos para modificar la vida en aras de un discurso del desarrollo?

Lo más importante es que, en este momento histórico, la pobreza es insuficiente para direccionar las políticas del desarrollo, puesto que el ingreso económico es tan sólo una arista de las múltiples necesidades sociales apremiantes para garantizar el desarrollo de las comunidades. La exclusión social representa una condición de precariedad que enfrenta una persona a través del tiempo, y que se expande a colectivos humanos por su carácter estructural. Aunque una sociedad no experimente carencias económicas en estatus de la pobreza, sí está al margen de los derechos sociales y políticos que no le permitan participar activamente en la vida en sociedad; el desarrollo es parcial.

En otras palabras, la exclusión social en el seno de las sociedades de abundancia termina por limitar sensiblemente el acceso de un considerable número de personas a una serie de bienes y oportunidades vitales fundamentales.³⁶ Tanto para el derecho como para las ciencias sociales y los estudios sobre el desarrollo, es importante indagar sobre el estudio de la exclusión social, no sólo como una herramienta metodológica, sino como una posibilidad epistémica desde el paradigma sociocrítico, es decir, considerando a las comunidades como generadoras de conocimiento, autocríticas y capaces de transformar su realidad.

La “calibración” sirve para garantizar la incertidumbre que puede alcanzarse con el instrumento de medida, confirmar si ha existido alguna alteración en el instrumento de medida que pudiera poner en duda los resultados de medidas pasadas;³⁷ en un sentido metafórico, calibrar el desarrollo implica analizar la exclusión social, puesto que la pobreza es una medida que puede tener alteraciones comparativas, o puede ser un instrumento cuyos resultados de análisis pongan en duda los resultados de medidas pasadas, mediciones ya insuficientes para comprender los múltiples problemas que viven y adolecen las sociedades contemporáneas.

³⁶ Cabrera, Pedro, *op. cit.*

³⁷ Definición del Laboratorio de Calibración y Pruebas SIMCA, disponible en: <http://www.simca.com.mx/>.

En suma, desde una perspectiva del derecho social, los derechos sociales tienen como una de sus características principales tratarse de derechos de igualdad, entendidos en el sentido de igualdad material o sustancial, circunscribiéndose a la defensa de determinadas situaciones de discriminación normativa;³⁸ disminuir los estragos de la desigualdad y la exclusión social son las principales vías para el desarrollo, y la piedra angular de los objetivos del derecho social.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECERRA LOIS, Francisco Ángel y PINO ALONSO, Jesús René, “Evolución del concepto de desarrollo e implicaciones en el ámbito territorial: experiencia desde Cuba”, *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. 17, 2005, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=111/11101705>, consultado el 7 de diciembre de 2020.
- CABRERA, Pedro, “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2002.
- CALLE-ESPINOSA, Cristina, “Diferenciación entre pobreza y exclusión para su correcta identificación en un ámbito urbano intermedio”, *Sociedad y Economía*, núm. 35, 2018, <https://doi.org/10.25100/sye.v0i35.7296>.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS, Obtenido de Indicadores Económicos de Coyuntura. Resumen semanal del 25 al 29 de mayo de 2020, 3 de junio de 2020. <https://www.cefp.gob.mx/indicadores/gaceta/2020/iescefp0202020.pdf>
- CHAKRAVARTY, Satya y D’AMBROSIO, Conchita, “The Measurement of Social Exclusion”, *Review of Income and Wealth*, 2006.
- ESCOBAR, Arturo, *La invención del tercer mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*, trad. de Diana Ochoa, Santafé de Bogotá, Editorial Norma, 1998.
- GARCÍA, Gabriela e IBARRA, Jorge, *La exclusión social: una propuesta conceptual y metodológica aplicada al contexto socio-económico de México* (tesis doctoral), Monterrey, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2013.

³⁸ Salazar Pizarro, Sebastián, “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”, *Revista de Derecho* (Valdivia), núm. 26, núm. 1, 2013. pp. 69-93, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100004>.

- GARCÍA-JUSTICIA, Javier, “Propuesta de análisis de la exclusión social para el contexto latinoamericano”, en GONZÁLEZ GARCÍA, E. *et al.*, *Mundos emergentes: cambios, conflictos*, Toledo, 2015.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, “El desarrollo del capitalismo en los países coloniales y dependientes”, en GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *Sociología de la explotación*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.
- JIMÉNEZ, Magdalena, “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos*, Valdivia, vol. 34, núm. 1, 2008, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-07052008000100010>.
- JUÁREZ, Miguel *et al.*, “Población, estructura y desigualdad social. En V Informe sociológico sobre la situación social en España”, *Síntesis, Documentación Social*, núm. 101, 1995.
- LAMBERT, César, “Edmund Husserl: la idea de la fenomenología”, *Teología y vida*, 2006.
- LEYTON, Cristian y MUÑOZ, Gianinna, “Revisitando el concepto de exclusión social: su relevancia para las políticas contra la pobreza en América Latina”, *Reforma y Democracia, Revista del CLAD*, 2016.
- MACEWAN, Arthur, “El significado de la pobreza: cuestiones de distribución y poder”, *Investigación Económica*, vol. 69, núm. 272, 2010, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16672010000200002&lng=es&tlng=es, consultado el 10 de septiembre de 2021.
- MAYORAL OLAZÁBAL, Mercedes *et al.*, “Algunas consideraciones acerca del desarrollo social y desarrollo en salud. Una relación necesaria”, *Humanidades Médicas*, vol. 6, núm. 2, 2006, disponible en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-81202006000200009&lng=es&tlng=es, consultado el 9 de septiembre de 2021.
- MUJICA CHIRINOS, Norbis y RINCÓN GONZÁLEZ, Sorayda, “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”, *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 15, núm. 50, 2010, disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842010000200007&lng=es&tlng=es, consultado el 9 de septiembre de 2021.
- O’DONELL, Patrick, “Measuring Social Exclusion in Healthcare Settings: a Scoping Review”, *International Journal for Equity in Health*, 2018.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Los determinantes sociales de la salud*, 31 de marzo de 2020, disponible en: https://www.who.int/social_determinants/themes/social_exclusion/en/.
- PADRÓN INNAMORATO, Mauricio y ROMÁN REYES, Patricia, “Exclusión social y exclusión en salud: apuntes teórico-conceptuales y metodológicos para su estudio social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 43, núm. 128, 2010, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000200008&lng=es&tlng=es, consultado el 10 de septiembre de 2021.
- PAZ GONZÁLEZ, Isaac y MACÍAS SANDOVAL, María, “La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 1 núm. 29, 2019, disponible en: [doi:https://dx.doi.org/10.22201/ij.24487899e.2019.29.13899](https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2019.29.13899).
- PÉREZ, Juan y MORA, Minor, “Exclusión social, desigualdades y excedente laboral: Reflexiones analíticas sobre América Latina”, *Revista Mexicana de Sociología*, 2006.
- PONCE ZUBILLAGA, María Gabriela, “Pobreza y bienestar: una mirada desde el desarrollo”, *Cuadernos del Cendes*, vol. 30, núm. 83, 2013, disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082013000200002&lng=es&tlng=es, (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2021).
- POPAY, Jennie, *Social Exclusion Knowledge Network*, 2006, disponible en: https://www.who.int/social_determinants/resources/sek_n_scoping.pdf?ua=1.
- RAPOPORT, Mario y SPIGUEL, Claudio, “La Argentina y el Plan Marshall: promesas y realidades”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 52, núm. 1, 2009, disponible en: <https://doi.org/10.1590/S0034-73292009000100001>, (fecha de consulta 10 de septiembre de 2021).
- RAYA, Esther, “Exclusión social. Indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2007.
- ROCA REY, Iris y ROJAS, Belissa, “Pobreza y exclusión social: una aproximación al caso peruano”, *Bulletin de l’Institut français d’études andines*, vol. 31, núm. 3, 2002, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12631310>, (fecha de consulta: 9 de septiembre de 2021).
- SALAZAR PIZARRO, Sebastián, “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 26, núm. 1, 2013, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100004>.

- SOJO, Carlos, “Exclusión social: más allá de la pobreza”, en SOJO, C., *Pobreza, exclusión social y desarrollo. Visiones y aplicaciones en América Latina*, Costa Rica, Flacso, 2006.
- SUBIRATS, Joan *et al.*, *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2004, disponible en: <http://www.estudios.lacaixa.es>.
- TEZANOS, José Félix, *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer Foro sobre Tendencias Sociales*, Madrid, Editorial Sistema, 1999.
- TSAKLOGLOU, Panos y PAPADOPOULOS, Fotis, *IZA Institute of Labor Economics*, noviembre de 2001, disponible en: <https://www.iza.org/publications/dp/392/identifying-population-groups-at-high-risk-of-social-exclusion-evidence-from-the-echp>.
- URIBE MALLARINO, Consuelo, “Desarrollo social y bienestar”, *Universitas Humanística*, t. XXXI, vol. 58, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=79105802>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2021.
- VAN BERGEN, Addi *et al.*, “Evaluating the Cross-Cultural Validity of the Dutch Version of the Social Exclusion Index for Health Surveys (SEIHS): A Mixed Methods Study”, *Plos One*, 2019, disponible en: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0224687>.

CONVERGENCIA O DIVERGENCIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA E IBEROAMÉRICA*

CONVERGENCE OR DIVERGENCE OF THE INTERNATIONAL
INSTRUMENTS ON COORDINATION OF THE SYSTEMS
OF SOCIAL SECURITY IN THE EUROPEAN
AND IBERO-AMERICAN UNION

CONVERGENCE OU DIVERGENCE DES INSTRUMENTS
INTERNATIONAUX SUR LA COORDINATION DES SYSTÈMES
DE SÉCURITÉ SOCIALE DANS LES UNIONS EUROPÉENNE
ET IBÉRO-AMÉRICAINNE

Daniela ZAVANDO CERDA**
Laura GÓMEZ URQUIJO***

RESUMEN: El presente artículo se enmarca en el estudio de los instrumentos internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social vigentes en los continentes europeo y americano. Para este propósito, la investigación se basará en una metodología comparativa de los reglamentos de la Unión Europea —Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, y su Reglamento de Aplicación 987/2009—, contrastándolos con el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social y su respectivo Acuerdo de Aplicación. El objetivo del estudio consiste en

* Recibido el 31 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Daniela Zavando Cerda, investigadora (FPI) en el equipo de investigación “Desarrollo Social, Economía e Innovación para las Personas” de la Universidad de Deusto, España, correo-e: d.zavando@deusto.es.

*** Laura Gómez Urquijo, catedrática de economía de la UE, Universidad de Deusto, España, correo electrónico: laura.gomez@deusto.es.



profundizar en su conocimiento para dar a conocer los aspectos en que coinciden y los puntos en que se alejan, analizando sus semejanzas y diferencias. Para ello, se ha escogido una selección de criterios relevantes que se irán analizando en orden a la redacción de ambos cuerpos normativos. Finalmente, los resultados del estudio demostrarán la importancia de articular mecanismos integradores para garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, con independencia del país en que hayan ejercido sus labores.

Palabras claves: coordinación de los sistemas de seguridad social, seguridad social, reglamentos europeos, trabajadores migrantes, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ABSTRACT: This article is part of the study of the International Coordination Instruments of the Social Security systems in force in the European and American context. For this purpose, the research will be based on a comparative methodology of the European Union Regulations - Regulation 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the Coordination of Social Security Systems, and its Application Regulation 987/2009 - Contrasting them with the Ibero-American Agreement on Social Security and its respective Application Agreement. The objective of this study is to deepen their knowledge to reveal the aspects in which they coincide and the points in which they differ, analyzing their similarities and differences. For this, a selection of relevant criteria has been chosen that will be analyzed in order to draft both regulatory bodies. Finally, the results of this study will demonstrate the importance of articulating integrating mechanisms to guarantee respect for the rights of migrant workers and their families, regardless of the country in which they have worked.

Keywords: Coordination of social security systems, social security, european regulations, migrant workers, Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security.

RÉSUMÉ: Cet article s'inscrit dans le cadre de l'étude des Instruments Internationaux de Coordination des systèmes de Sécurité Sociale en vigueur dans le contexte européen et américain. A cet effet, la recherche s'appuiera sur une méthodologie comparative des Règlements de l'Union européenne — Règlement 883/2004 du Parlement européen et du Conseil sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et son Règlement d'application 987/2009 — Les opposer à l'Accord ibéro-américain de sécurité sociale et à son Accord d'application respectif. L'objectif

de cette étude est d'approfondir leurs connaissances pour révéler les aspects sur lesquels ils coïncident et les points sur lesquels ils diffèrent, en analysant leurs similitudes et leurs différences. Pour cela, une sélection de critères pertinents a été choisie qui sera analysée afin de rédiger les deux organismes de réglementation. Enfin, les résultats de cette étude démontreront l'importance d'articuler des mécanismes d'intégration pour garantir le respect des droits des travailleurs migrants et de leurs familles, quel que soit le pays dans lequel ils ont travaillé.

Mots clés: Coordination des systèmes de sécurité sociale, sécurité sociale, réglementation européenne, travailleurs migrants, Accord Multilatéral Ibero-américain de Sécurité Sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aspectos generales.* III. *Términos técnicos.* IV. *Campo de aplicación personal.* V. *Campo de aplicación material.* VI. *Principios de coordinación.* VII. *Prestaciones protegidas en particular.* VIII. *Mecanismos de cooperación administrativa.* IX. *Organismos administrativos.* X. *Conclusiones.* XI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de los avances tecnológicos, las nuevas políticas nacionales e internacionales, la liberalización de la economía, la universalización del comercio y la apertura de los mercados han producido que las relaciones económicas, jurídicas y sociales vayan reduciendo o eliminado sus fronteras. En este sentido, el fenómeno de la globalización, junto a los procesos de cooperación e integración que se suceden entre los distintos países, han originado una constante y creciente movilidad de trabajadores/as a nivel internacional. Ello conlleva a que los trabajadores/as pueden construir su historial laboral a través de cotizaciones de seguridad social realizadas en diferentes países. Por tal razón, es importante evitar que las personas, por el mero hecho de desplazarse a trabajar en un lugar distinto a su país de origen, corran el riesgo de perder o ver mermados sus derechos y/o expectativas de derechos en materia de seguridad social, puesto que en los países de acogida se encontrarán con sistemas más amplios o restrictivos, tanto en la afiliación como en la cobertura. En este sentido, es muy posible que esta situación los coloque en una situación de vulnerabilidad muy acusada respecto a sus derechos sociales y los de sus familias, además de los impedimentos que estas circunstancias

pueden ocasionar para que se consoliden derechos en cada sistema nacional de protección, lo cual puede conllevar a consecuencias negativas a futuro, que es preciso evitar.¹

Por ello, ante la falta de protección sociolaboral en la que puede encontrarse el trabajador al migrar,² unida al creciente aumento de los flujos migratorios que ocurren prácticamente en todos los países del mundo, se hace necesario garantizar los derechos a la seguridad social de todas aquellas personas migrantes y sus familias a través de la articulación de mecanismos jurídicos que regulen las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social de los diferentes Estados. Para dar respuesta a esta necesidad, se han desarrollado algunos instrumentos internacionales de coordinación implementados en los ámbitos de la Unión Europea (UE) e Iberoamérica, que merecen ser estudiados por su extensión, ambición y contribución a la solución del problema planteado.

El primero es el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, y su Reglamento de Aplicación 987/2009, que a través del principio de coordinación permiten salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los trabajadores migrantes en materia de seguridad social, garantizando la libre circulación y la igualdad de trato. Por su parte, en el seno de la comunidad iberoamericana se creó el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, que es el instrumento internacional más cercano y semejante a estos reglamentos europeos, y que actualmente goza de aplicación efectiva en quince países, dos de los cuales pertenecen a la UE. Por consiguiente, la pertenencia de España y Portugal a la comunidad iberoamericana refuerza la importancia de la coordinación en materia de seguridad social entre Iberoamérica y la UE, puesto que facilitará a los trabajadores migrantes el reconocimiento de los periodos cotizados en otros Estados de los continentes americano y europeo.

Debido a la confluencia de ambos instrumentos internacionales y a la realidad social descrita, se hace pertinente estudiar ambos cuerpos normativos y su aplicación práctica en los diferentes casos. El objetivo de la investigación es poder contribuir a sugerencias de mejora de la coordinación de dichos instrumentos para una mayor garantía de los derechos de los trabajadores migrantes. Desde el punto de vista metodológico, este estudio se aborda a

¹ López Díaz, Elvira y Martín Jiménez, Rocío, “Artículo 2o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p. 24.

² Camacho Solís, Julio, “Los derechos de los trabajadores migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 17, 2013, pp. 200-202.

través de un análisis comparativo de las principales similitudes y diferencias entre el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), en adelante “el Convenio”, con su Acuerdo de Aplicación (AACMISS), y el Reglamento 883/2004 y su Reglamento de Aplicación 987/2009, en adelante “los Reglamentos”. Para ello, se analizarán los siguientes criterios relevantes:

II. ASPECTOS GENERALES

En relación con los antecedentes históricos de ambos instrumentos internacionales, se aprecian diferencias en cuanto a la génesis y al proceso de elaboración. Por una parte, el CMISS es un texto que goza de originalidad en tanto es un texto nuevo que no tiene antecesores. En palabras de Adolfo Jiménez, se está en presencia de “una experiencia pionera porque, por vez primera, se plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo”. El CMISS es el primer instrumento internacional a nivel iberoamericano que protege los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias en el ámbito de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones. La redacción de este instrumento es la consecución de un logro para la comunidad iberoamericana, ya que además de contribuir a evitar la pérdida de derechos adquiridos o en curso de adquisición por el mero hecho de trabajar en otro país, infundirá sentido de pertenencia y el acercamiento a una noción de ciudadanía en la región iberoamérica nunca antes visto.³

Por otra parte, en la UE existe una sólida y vasta experiencia en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social, y existen varios antecedentes jurídicos históricos a diferencia de lo que acontece en Iberoamérica. Por ello, se puede mencionar que los actuales reglamentos obedecen a una intención basada en el perfeccionamiento de las normas de coordinación, con el objetivo de dar claridad y simplificar su regulación. Como afirma García Viña, el objetivo del Reglamento 883/2004 es la racionalización de los conceptos, las normas y los procedimientos de coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, y para ello contempla diversos cambios en relación con su antecesor (Reglamento 1408/71); así, es posible destacar,

³ Jiménez Fernández, Adolfo, “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *El futuro de la protección social*, España, Laborum, 2010, p. 375.

entre otros: a) la ampliación de los ámbitos de aplicación material y personal; b) la aplicación de las disposiciones a todos los nacionales de los Estados miembros, y no solamente a la población activa; c) la inclusión de la prestación de prejubilación; d) las modificaciones a las prestaciones de desempleo; e) el fortalecimiento del principio de la igualdad de trato y del principio de exportación de las prestaciones, y g) la introducción del principio de buena administración para implementar procedimientos más eficientes y agilizar el intercambio de información entre las distintas administraciones.⁴

Con relación a las fuentes del derecho, también se encuentran diferencias, toda vez que los reglamentos son actos unilaterales que corresponden a normas de derecho derivado emanados de las instituciones de la UE, que gozan de primacía normativa y eficacia directa.⁵ Sin embargo, el CMISS es un tratado internacional, que consiste en un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados o entre organizaciones internacionales, y que constituirá fuente del derecho de un Estado en la medida en que cumpla con un procedimiento de suscripción y sea ratificado. A su vez, para su aplicación efectiva será necesario que sea publicado oficialmente en cada Estado parte, con el objetivo de formar parte del ordenamiento jurídico interno de cada país. Por ende, esta norma jurídica de naturaleza internacional sólo será vinculante y obligatoria para los Estados que lo suscriben, a diferencia de lo que ocurre con los reglamentos.

Esta diferencia significativa, en cuanto al procedimiento de entrada en vigor de ambos instrumentos, se produce debido a la carencia de entidad jurídica de la comunidad iberoamericana en contraste con la UE, ya que el procedimiento de entrada en vigor del CMISS quedará sujeto a los procedimientos internos de cada uno de los Estados. En efecto, el CMISS entró en

⁴ García Viña, Jordi, “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, España, 2006, pp. 65 y 66.

⁵ En este sentido, señala Martínez que “Normalmente los reglamentos emanados de las instituciones de la UE —pero fortalecidos con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo— constituyen, por su naturaleza vinculante y eficacia (alcance general, obligatoriedad en todos sus elementos y aplicación directa en cada uno de los Estados miembros), el típico instrumento de unificación normativa o, lo que es igual, de imposición a los Estados de un derecho único. Además de que, al prevalecer el reglamento sobre los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro, (primacía normativa) su acatamiento es inmediato por todas las autoridades nacionales, sin que sea necesaria su incorporación previa a los sistemas jurídicos nacionales”. Martínez Martínez, Verónica, “La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, España, vol. LXV, núm. 2, 2017, pp. 197 y 198.

vigor el 1 de mayo de 2011, el primer día del tercer mes siguiente a la fecha del séptimo depósito del instrumento de ratificación que fue realizado por Bolivia. Se puede apreciar su estado de situación en la tabla 1.⁶

TABLA 1
ESTADO DE SITUACIÓN DEL CMISS

<i>CMISS</i>	<i>Firma</i>	<i>Ratificación</i>	<i>Aplicación efectiva</i>
Argentina	SI	SI	SI
Bolivia	SI	SI	SI
Brasil	SI	SI	SI
Chile	SI	SI	SI
Colombia	SI	SI	NO
Costa Rica	SI	NO	NO
Ecuador	SI	SI	SI
El Salvador	SI	SI	SI
España	SI	SI	SI
Paraguay	SI	SI	SI
Perú	SI	SI	SI
Portugal	SI	SI	SI
República Dominicana	SI	SI	SI
Uruguay	SI	SI	SI
Venezuela	SI	SI	NO

FUENTE: Elaboración propia.

En cuanto a la estructura de cada instrumento, se pueden apreciar algunas características en la tabla 2:

⁶ Véase el estado de situación del Convenio en cada país, disponible en: <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>, (fecha de consulta: 15 de marzo de 2021).

TABLA 2
ESTRUCTURA DEL CMISS Y EL REGLAMENTO 883/2004

	<i>CMISS</i>	<i>Reglamento 883/2004</i>
Idiomas	2	23
Artículos	35	91
Títulos	6	6
Anexo	5	11
Acuerdo de aplicación	SI	SI
Artículos	38	97
Títulos	5	5
Anexos	5	5

FUENTE: Elaboración propia.

En relación con la extensión de ambos instrumentos, se aprecia que la estructura de su redacción es similar en cuanto a la distribución de sus artículos y las temáticas abarcadas por sus títulos y los anexos; es más, muchos de sus preceptos convergen tanto en el fondo como en la forma. Considera Sánchez Rodas que la redacción del CMISS supera con creces a la del Reglamento 883/2004, en atención a que, a pesar de los esfuerzos de la UE por simplificar sus normas, este Reglamento sigue resultando farragoso y bizantino. *A contrario sensu* de lo que ocurre con el CMISS, que se caracteriza por su claridad y concisión, lo cual, según la autora facilita su aplicación por parte de los operadores jurídicos.⁷

En este aspecto, se entiende, y es de toda lógica que los redactores del CMISS tuvieran como referentes los reglamentos, toda vez que la técnica de la coordinación de legislaciones de seguridad social en el derecho comunitario consta de una extensa y fructífera trayectoria, que se remonta al Reglamento 3 de 1958 y, por consiguiente, su aplicación es de larga data en los veintisiete Estados miembros de la UE, así como en Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza, Estados en los cuales se aplica el derecho de la Unión.

⁷ Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 26, España, 2011, p. 206.

III. TÉRMINOS TÉCNICOS

Ambos instrumentos dedican el comienzo de sus textos a las definiciones de los términos técnicos que se emplearán en sus articulados, con el objetivo de fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de las palabras que se van a utilizar. En relación con el CMISS, las definiciones se encuentran al inicio del texto en el título I “Reglas generales y determinación de la legislación aplicable”, capítulo 1 “Disposiciones generales”, artículo 1o. “Definiciones”; en él se contempla un listado de catorce definiciones (a-n), más una disposición general. Es importante mencionar que las definiciones proporcionadas por el CMISS no son del todo esclarecedoras del significado de las palabras; es más, se puede inferir que son definiciones por remisión, lo cual conlleva a que cada Estado parte tenga la tarea de identificar, conforme a su legislación nacional, qué situación o situaciones pueden ser subsumidas en las categorías correspondientes. Ello implica que exista una disparidad de conceptos, y se echa de menos una redacción de definiciones más específicas y detalladas.

Claramente, éste es un listado menor al prescrito por el Reglamento 883/2004, que, al mismo tiempo, comienza su texto realizando definiciones en su título I “Disposiciones generales”, artículo 1o. “Definiciones”, en donde establece veintiséis numerales con definiciones (a-z). En este aspecto, se puede apreciar que la técnica utilizada para realizar los significados de estas definiciones difiere de la utilizada para el CMISS, dado que se está en presencia de definiciones bastante completas y suficientes, y que, por ende, dan mayores luces sobre el significado de las palabras, otorgando de esta manera una guía clara de interpretación al lector.

Si bien al contrastar ambos instrumentos las divergencias en cuanto a la cantidad de conceptos y la claridad de ellos se vislumbra, la problemática se suscitará *a posteriori* en el evento de generarse controversias de interpretación por parte de los diferentes Estados, ya que en el caso de los reglamentos será el Tribunal de Justicia como máximo intérprete del derecho de la comunidad, el que a través de su jurisprudencia contribuirá a elaborar patrones que los Estados miembros deberán respetar de manera vinculante, dado que sus fallos son obligatorios, con lo cual los problemas de interpretación que se susciten tendrán una solución final más allá del texto de los reglamentos. Empero, para la comunidad iberoamericana la solución no se brinda de la misma manera, toda vez que no existe un órgano jurisdiccional supranacional que conozca en última instancia de las controversias judiciales que se produzcan con ocasión de la aplicación del CMISS, lo cual conlleva a que esta función

de armonización sea más débil que en los reglamentos, debido a que serán los tribunales de justicia nacionales de cada Estado parte los únicos órganos jurisdiccionales competentes para su aplicación.⁸ Sin perjuicio de ello, el CMISS contempla en su artículo 28 una comisión de arbitraje para la solución de las controversias que se susciten en torno a la interpretación o aplicación del Convenio, la cual, en opinión de María José Miranda Boto, podría desempeñar en el futuro un papel similar.⁹

Finalmente, cabe precisar que en ambos instrumentos internacionales se denota la carencia de definición de algunos términos técnicos que son cruciales para clarificar las normas de coordinación. En tal sentido, es de extrañar que ninguno contemple los significados de: a) seguridad social; b) asistencia social; c) prestaciones contributivas, y d) prestaciones no contributivas.

IV. CAMPO DE APLICACIÓN PERSONAL

La importancia del campo de aplicación personal, en ambos instrumentos, radica en evitar que los trabajadores y las trabajadoras, por el hecho de cotizar para diferentes sistemas de seguridad social en distintos países, de forma eventual, no puedan completar o cumplir con los requisitos particulares de cada Estado para la obtención de prestaciones de seguridad social.

El ámbito subjetivo del Convenio (artículo 2o.) comprende a “las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes”. Así pues, debe entenderse que los sujetos de derechos y obligaciones que se generen serán las personas de cualquier nacionalidad que estén o hayan estado sujetas en algún momento a la legislación de seguridad social de dos o más Estados parte, así como sus familiares, beneficiarios y derechohabientes. Esta formulación tan genérica en apariencia, en la cual estarían incluidos los nacionales de terceros países en tanto presten servicios en alguno de los Estados parte del Convenio, en palabras de Guerrero Pavón, podría sintetizarse aludiendo a los trabajadores migrantes y a sus familiares.¹⁰

⁸ Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 1, 2016, p. 5.

⁹ Miranda Boto, José, “Artículo 1”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p.15.

¹⁰ Guerrero Pavón, Tahis, “Artículo 4o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p. 47.

Como se advierte, el CMISS utiliza el término “persona” y no “trabajador”; esto es considerado un avance, toda vez que no se hace referencia al estatus profesional o laboral de los sujetos protegidos. Sin embargo, aunque *a priori* pareciera que la idea de laboralidad o profesionalidad ha sido suprimida, a lo largo de la lectura del Convenio se deduce que existe una limitación del campo de aplicación a los trabajadores, lo cual se aprecia tanto en la redacción del preámbulo como en sus artículos. Asimismo, el AACMISS no emplea el término “persona”, sino que derechamente habla de “trabajador”.

En este sentido, el reglamento 883/04 también contempla en su artículo 2o. el campo de aplicación personal, al prescribir que

El presente reglamento se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites.

Al cotejar ambos preceptos —CMISS y reglamento— se aprecia que utilizan de manera similar el término “persona” para definir su campo de aplicación material.

En este orden de ideas, es dable concluir que en este punto los redactores del CMISS tuvieron a la vista como referente los reglamentos, dado que la inclusión del término “persona” constituye la originalidad que caracteriza la redacción del mencionado artículo. La sustitución del término “trabajador” por “persona” a la hora de delimitar su ámbito de aplicación personal instituye un avance innovador del actual Reglamento en contraposición con sus predecesores. Cabe destacar que este avance fue fruto de un largo debate jurisprudencial y doctrinal mediante el cual se llegó a la conclusión de que para los efectos de los reglamentos el elemento fundamental es que una persona esté o haya estado sometida a un régimen coordinado de seguridad social. Se coincide con Sánchez cuando pone de relieve que lo que justifica la aplicación de los reglamentos es la sumisión a una legislación coordinada de seguridad social de un Estado miembro, y que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE “una persona tiene la condición de persona protegida por los Reglamentos por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un régimen de seguridad social coordinado”.¹¹

¹¹ Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 26, España, 2011, p. 213.

Por otra parte, el Reglamento agrega un requisito: que la “persona” sea nacional. En este sentido, el ámbito de aplicación personal del reglamento se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la UE, de Islandia, Noruega, Liechtenstein, Suiza, de un Estado parte del Espacio Económico Europeo (EEE), a los apátridas o refugiados residentes en uno de los Estados miembros de la UE, en un Estado parte del EEE o Suiza, así como a los miembros de sus familias y los supérstites. En virtud del Reglamento 1231/2010, les resultan aplicables los reglamentos 883/2004 y 987/2009 a los nacionales de terceros países y a sus familiares; empero, deberán acreditar la legalidad de la residencia en un Estado miembro de la Unión.¹²

En este aspecto, el tema de la nacionalidad no es mencionado en el CMISS; por ende, ante el silencio de la norma es dable concluir que su aplicación se extiende no sólo a los nacionales de los Estados firmantes del Convenio, sino también a los extranjeros nacionales de terceros Estados, así como a refugiados y apátridas que estén o hayan estado sometidos a la legislación de algún o algunos de los Estados parte. A su vez, se debe considerar como requisito previo que los trabajadores migrantes se encuentren en situación regular o legal. En consecuencia, y como refieren López y Martín, para efecto de los reglamentos comunitarios y del CMISS el requisito de la nacionalidad no entra en juego para su efectiva aplicación, pero sí es necesario que los sujetos protegidos ostenten la condición de migrantes en situación regular o legal.¹³

V. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL

En cuanto al ámbito de aplicación material de ambos instrumentos, es dable destacar que su redacción es semejante, infiriéndose que los redactores del CMISS en este aspecto también tuvieron a la vista los reglamentos. Sin embargo, es notoriamente visible que el campo de aplicación material del reglamento es mucho más extenso; así se aprecia en la tabla 3:

¹² “Igualmente, el Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los supérstites de personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembros, 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 Espacio Económico Europeo, de Suiza, así como a los refugiados o apátridas residentes en el territorio de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, o de Suiza”. Martínez Martínez, Verónica, “La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, España, vol. LXV, núm. 2, 2017, pp. 24 y 25.

¹³ López Díaz, Elvira y Martín Jiménez, Rocío, “Artículo 2o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p. 27.

TABLA 3
ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

<i>Prestaciones</i>	<i>CMISS</i>	<i>Reglamento 883/2004</i>
Invalidez	SI	SI
Vejez	SI	SI
Supervivencia	SI	SI
Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	SI	SI
Enfermedad	NO	SI
Maternidad y paternidad	NO	SI
Desempleo	NO	SI
Prejubilación	NO	SI
Subsidio de defunción	NO	SI
Familiares	NO	SI

FUENTE: Elaboración propia.

En virtud del listado de prestaciones de seguridad social coordinadas por ambos instrumentos, se puede colegir que existen diferencias en su ámbito de aplicación material, puesto que el Reglamento goza de una catálogo de prestaciones notoriamente más amplio e integral, sobrepasando con creces la limitada cobertura del CMISS, que sólo restringe su ámbito de aplicación a un número de prestaciones económicas específicas (invalidez,¹⁴ vejez, supervivencia, y de accidentes de trabajo y enfermedad profesional). En efecto, la extensión con la que actúa el Reglamento versus el CMISS hace que, además de cubrir más personas por su ámbito territorial o espacial, estas prestaciones cubran más riesgos o contingencias que se susciten, otorgando una cobertura más íntegra al trabajador migrante y su familia, lo cual satisface de mejor manera las necesidades de los sujetos de derecho, y se condice con las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativas a la seguridad social, en particular con el Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima),

¹⁴ Como plantea Sánchez Rodas: “Tanto en el Reglamento 883/2004 como en el Convenio Multilateral, la invalidez, los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional son enunciados en apartados diferentes y separados. Ello pone en evidencia la existencia de diferentes reglas de coordinación aplicables según la invalidez derive de contingencias comunes o de contingencias profesionales”. Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “Artículo 3o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p. 36.

1952 (núm. 102), al contemplar una mayor cantidad de ramas de la seguridad social que se encuentran cubiertas o protegidas.

Otra diferencia que se aprecia es que el CMISS sólo se aplica a regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales; en cambio, el Reglamento coordina tanto prestaciones contributivas como no contributivas, ampliándose de esta forma su ámbito de aplicación. A su vez, ambos excluyen a las víctimas de guerra. En cuanto a las prestaciones coordinadas y a la definición de pensión contemplada en el artículo 1o. del CMISS: “k) «Pensión», prestación económica de larga duración prevista por las legislaciones mencionadas en el artículo 3o. de este Convenio”, se colige que las contingencias coordinadas sólo constituyen rentas de sustitución, circunscribiéndose su ámbito de aplicación a las prestaciones de carácter económico, cuestión que difiere del ámbito de aplicación material del Reglamento, que contempla las prestaciones económicas, pero también lo amplía a las prestaciones en especie.

Mención especial merece la protección de la asistencia sanitaria, la cual se encuentra protegida dentro de la amplitud de contingencias coordinadas por el Reglamento. Empero, si bien el CMISS las excluye de manera expresa (artículo 3.1), utiliza en su redacción una técnica mediante la cual deja abierta la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación material a prestaciones o regímenes que han sido excluidos en un primer momento, a sólo requisito que los Estados parte suscriban acuerdos bilaterales o multilaterales, que registren en el anexo III. Declara la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) que las prestaciones médicas son las más difíciles de coordinar, ya que suscitan mayores problemáticas; por ende, la opción escogida por el CMISS de excluir *ex ante* estas prestaciones en su texto, pero al mismo tiempo dejando *ex post* autonomía a los Estados para su inclusión bilateral, es paradigmática. También, esta fórmula es aplicable a otras prestaciones no comprendidas en principio en el campo de aplicación material del CMISS, con lo cual afirma que se establece un modelo realmente práctico y abierto a desarrollos de futuro. Cabe mencionar que por el momento el anexo III se encuentra vacío.¹⁵

Por su parte, los reglamentos se decantan por el mantenimiento del sistema de lista cerrada de prestaciones contributivas como no contributivas de seguridad social. A su vez, además de prescribir la aplicabilidad del sistema

¹⁵ Organización Internacional de Seguridad Social (OISS), “El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el Camino”, secretaria general de la OISS, España, 2013, p. 24, disponible en: https://oiss.org/wp-content/uploads/2018/10/oiss_junio_zufiaur_docx_bot_24_junio_ULTIMA-2.pdf, (fecha de consulta: 15 de marzo de 2022).

de seguridad social en los casos de desplazamientos, también establecen la procedencia, la determinación y el cálculo de las prestaciones, así como los requisitos, el acceso y otras particularidades del régimen de seguridad social establecidas por cada Estado miembro a través de su legislación.¹⁶

VI. PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN

El objetivo de ambos cuerpos normativos es la coordinación de legislaciones de seguridad social; si bien tienen un ámbito geográfico espacial diferente, ambos confluyen en su finalidad. Por ende, su razón de existir es facilitar la libre circulación de los/las trabajadores/as migrantes y sus familias, evitando que se vulneren sus derechos de seguridad social por el solo hecho de emigrar de su país de origen para laborar en uno o más Estados. Al mismo tiempo se respeta el principio de subsidiariedad, puesto que no se armonizan las legislaciones nacionales;¹⁷ en palabras de Sánchez-Rodas,¹⁸ “la coordinación coloca entre sistemas diferentes por naturaleza el puente jurídico indispensable que va a permitir el paso de un sistema a otro”.

1. *Unicidad de legislación aplicable*

De manera similar, ambos instrumentos han optado por contemplar el principio de la unicidad de la legislación aplicable, lo cual conlleva que los/as trabajadores/as migrantes y sus familias estarán sujetas a una sola legislación, independientemente de los países en los cuales hayan trabajado. De esta manera, se evitan las dificultades que supondrían un concurso simultáneo de diversas legislaciones nacionales.

En este sentido, el CMISS contempla como regla general la legislación de seguridad social del Estado parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente. Por consiguiente, regirá el principio *lex locis laboris* independiente de la nacionalidad o el lugar de residencia del trabaja-

¹⁶ Martínez Martínez, Verónica, “La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, España, vol. LXV, núm. 2, 2017, p. 26.

¹⁷ Guardiancich, Igor y Natali, David, “The Cross-Border Portability of Supplementary Pensions: Lessons from the European Union”, *Global Social Policy*, 2012, vol. XII, núm. 3, pp. 302-304.

¹⁸ Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 1, 2016, p. 205.

dor migrante. Asimismo, se contemplan diez excepciones a este principio (artículo 10). Por su parte, el Reglamento también consagra este principio en su título II (artículos 11-16), estableciendo la unicidad de legislación en los siguientes términos: “Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro”. *Ergo*, la legislación aplicable será la del Estado miembro en cuyo territorio presta servicios o realiza actividad profesional el trabajador migrante, sin perjuicio de otras reglas especiales aplicables en supuestos concretos, y a su vez, contemplando excepciones.

Es preciso hacer hincapié en que la redacción del CMISS es más simple, clara y armoniosa, lo que facilita de mejor manera su comprensión, en cuanto regla general, y también en relación con sus excepciones. Por otro lado, a pesar de que el Reglamento utiliza la misma técnica de regla general y excepciones, su sola lectura resulta dificultosa, puesto que la extensión de sus artículos y la redacción es un tanto engorrosa, lo que obstaculiza de esta manera su comprensión.

2. *Igualdad de trato*

Constituye un pilar inherente a la coordinación, pues evita las discriminaciones basadas en la nacionalidad, garantizando que se aplique al trabajador migrante la legislación del Estado de acogida en las mismas condiciones que a los trabajadores autóctonos, evitando que se encuentren en una posición de desventaja ante los propios nacionales. Mediante este principio, ambos instrumentos cumplen en la práctica con la finalidad de otorgar continuidad a la consolidación de periodos de empleo, seguro, o cotización, que son necesarios para devengar y/o mantener derechos o expectativas de derechos a prestaciones de seguridad social. En efecto, ambas normativas contemplan este principio en sus respectivos artículos 4; es más, la redacción es bastante similar, al señalar lo mismo, pero con diferentes palabras; en este sentido, y debido a la antigüedad del Reglamento y sus antecesores, se estima que los redactores del CMISS tomaron como referente al Reglamento.

3. *Totalización de periodos*

En virtud de este principio, cada Estado debe tener en cuenta aquellos periodos cubiertos no sólo en su territorio, sino también en el territorio de

otros países. Ello, con la finalidad de favorecer el acceso, la conservación y, en su caso, la recuperación de los derechos, evitando o impidiendo la pérdida del derecho a prestaciones de una persona o de sus causahabientes, que han estado sujetos a legislaciones de diversos Estados. Este principio se encuentra contemplado tanto en el CMISS (artículo 5o.) como en el Reglamento (artículo 6o.), ambos bajo el epígrafe “totalización de periodos”. Al analizar ambas normas se aprecia que son enormemente similares en su redacción y contenido, cuestión que ha sido recurrente en el estudio de ambos instrumentos, considerando que la UE es un modelo que seguir.

4. *Exportación de las prestaciones o supresión de cláusulas de residencia*

Mediante este principio se garantiza que las prestaciones debidas en virtud de la legislación de uno o varios Estados no sufran reducción, suspensión, modificación, retención, supresión o confiscación por el hecho de que la persona beneficiaria fije su residencia en un Estado distinto del que radica la institución pagadora. Si bien ambos instrumentos lo contemplan con caracteres análogos —CMISS (artículo 6o.) y Reglamento (artículo 7o.)—, es preciso señalar que a pesar de que este principio supone una garantía de intangibilidad y de percepción íntegra de las prestaciones causadas, existe una peculiaridad en el CMISS, toda vez que admite que las prestaciones debidas puedan sufrir alguna reducción o retención cuando se destinen a cubrir los gastos de transferencia. En este punto, ambos instrumentos divergen, dado que el Reglamento 883/2004 no contempla la posibilidad de aplicar ninguna reducción de la cuantía a abonar, ni siquiera para compensar los costes de transferencia a otro Estado miembro.¹⁹

VII. PRESTACIONES PROTEGIDAS EN PARTICULAR

En relación con las prestaciones protegidas, es necesario hacer una distinción entre ambos instrumentos; en consideración a que el ámbito de aplicación de los reglamentos es más extenso, únicamente nos centraremos en las prestaciones convergentes, cuales son:

¹⁹ García Romero, Belén, “Artículo 6o.”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, pp. 70 y 71.

TABLA 4
REGULACIÓN DE PRESTACIONES COMUNES
EN AMBOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

<i>Prestaciones</i>	<i>CMISS</i>	<i>Reglamento 883/2004</i>
Invalidez	Título II, capítulo 1, artículos 13, 14, 15	Título III, capítulo 4, artículos 44, 45, 46, 47, 48, 49
Vejez	Título II, capítulo 1, artículos 13, 14, 15	Título III, capítulo 5, artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60
Supervivencia	Título II, capítulo 1, artículos 13, 14, 15	Título III, capítulo 5, artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60
Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	Título II, capítulo 3, artículo 18	Título III, capítulo 2, artículos 36, 37, 38, 39, 40, 41

FUENTE: Elaboración propia

1. *Prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia*

En ambos instrumentos para la determinación y pago de las pensiones, es imprescindible que el trabajador solicite de manera voluntaria la totalización de las prestaciones a la institución competente, pues la totalización no se produce de manera automática ni de oficio. Una vez solicitada la totalización, será necesario que la institución competente proceda a calcular el importe de la prestación a la cual el beneficiario tendría derecho, como si todos los periodos totalizados se hubieran cumplido íntegramente bajo su propia legislación; ello determinará la prestación teórica. Luego de establecerse la prestación teórica, corresponderá calcular la prestación real, a través del prorrateo de las pensiones aplicando el principio de *pro rata temporis*, a fin de determinar la obtención en cada Estado de un porcentaje representativo del tiempo cotizado en dicha nación.

Ambos cuerpos normativos están de acuerdo en que con esta forma de totalización pueden computarse todos los periodos de cotización acreditados bajo una pluralidad de legislaciones nacionales para el reconocimiento de prestaciones de seguridad social. Ello, sin que se pierdan o menoscaben las cuantías en la adquisición de los derechos o su conservación al no completar,

en muchos casos, el periodo mínimo de cotización exigido por cada país para percibir la pensión correspondiente.

Los instrumentos convergen en que el trabajador o la trabajadora para adquirir derecho a una prestación debe cumplir con un periodo mínimo exigido de un año. En consecuencia, si la duración de los periodos de cotización, seguro o empleo es inferior a un año, la institución competente de un Estado no estará obligada a conceder prestaciones *a priori*. Esto también se destaca en el Reglamento 883/2004, toda vez que los periodos inferiores a un año (artículo 57) están establecidos en términos similares al CMISS; en efecto, lo relevante de este precepto es que particulariza en qué debe entenderse por periodos “todo periodo de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, que, o bien da derecho a la prestación en cuestión, o bien aumenta directamente su cuantía”, cuestión que no está dilucidada en el CMISS de manera clara y específica, *a contrario sensu* de lo que ocurre en los reglamentos.

Es preciso mencionar que la redacción empleada en los instrumentos en estudio es acorde a los convenios de la OIT, en específico al Convenio 48, sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, del 22 de junio de 1935, y al Convenio 157, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, del 21 de junio 1982. Del mismo modo, la solución adoptada respecto de las prestaciones de periodos inferiores a un año también se encuentra recogida en numerosos convenios bilaterales internacionales que ha suscrito España; por ejemplo, el artículo 8 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, en vigor desde el 1 de enero de 1995,²⁰ y el suscrito con Estados Unidos de América en el artículo 10, en vigor desde el 1 de abril de 1988.²¹ Contemplan disposiciones similares los convenios bilaterales que España mantiene con Estados ratificantes del CMISS (registrados en el anexo IV),²² a excepción

²⁰ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65, de 17 de marzo de 1995.

²¹ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76, 29 de marzo de 1988.

²² Las normas de los convenios bilaterales vigentes son las siguientes: a) artículo 10 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de la Argentina de 28 de enero de 1997 (en vigor desde el 1 de diciembre de 2004); b) artículo 18 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995); c) artículo 18 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, del 28 de enero de 1997 (en vigor desde el 13 de marzo de 1998); d) artículo 12 del Convenio de la Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, del 4 de diciembre de 2009 (en vigor desde el 1 de enero de 2011); e) artículo 10 del Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España, del 24 de junio de 1998 (en vigor desde el 1 de marzo de 2006); f) artículo 17 del Conve-

de Bolivia, Costa Rica y El Salvador, países con los cuales no ha celebrado convenciones.²³

2. Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional

Estas prestaciones se encuentran contempladas en ambos instrumentos, observándose a primera vista que los reglamentos contienen una regulación más sistemática, detallada y profunda. En este sentido, el CMISS, en su título II, sobre disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones, dedica el capítulo 3 a las prestaciones de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; dicho capítulo contiene el artículo 18, que señala la forma de determinación del derecho a las prestaciones. Se puede apreciar a primera percepción lo escueto del contenido de la norma que configura este capítulo, puesto que además de sólo contener un único precepto, éste es bastante breve y poco conciso. También se vislumbra que su ubicación no es la más acertada, toda vez que las prestaciones, en particular de invalidez, vejez y supervivencia, se describen de manera detallada en el capítulo 1 del título II, siendo en este capítulo en donde deberían encontrarse ubicadas estas prestaciones, contemplándose así el campo de aplicación del Convenio en un solo acápite.

Al respecto, el Reglamento 883/2004 contempla las prestaciones de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en el título III (disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones), capítulo 2, donde consagra seis preceptos (artículos 36-41). En contraste al CMISS, el Reglamento contiene más disposiciones que regulan detalladamente las situacio-

nio entre el Reino de España y la República del Perú, del 16 de junio de 2003 (en vigor desde el 1 de febrero de 2005); g) artículo 13 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, del 1 de julio de 2004 (en vigor desde 1 de julio de 2006); h) artículo 10 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, del 1 de diciembre de 1997 (en vigor desde 1 de abril de 2000); i) artículo 13 del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, del 12 de mayo de 1988 (en vigor desde el 1 de julio de 1990). Finalmente, es preciso destacar el artículo 9o. del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia del 6 de septiembre de 2005 (en vigor desde el 3 de marzo de 2008), el cual contiene una redacción diferente a los demás convenios bilaterales anteriormente descritos, ya que no señala expresamente los periodos que tengan una duración inferior a un año, sino solamente habla de totalizar los periodos seguro o cotización cuando sea necesario para tener derecho a una prestación sin distinción alguna.

²³ Moreno Acuña, María, "Artículo 14", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, pp. 163 y 164.

nes que pueden suscitarse ante los riesgos de una contingencia profesional. Ejemplos de ello, son: a) artículo 37, que contempla los gastos de transporte del trabajador que sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional; b) artículo 38, determina cuál será la legislación aplicable en los casos de enfermedad profesional cuando el trabajador haya estado expuesto a los mismos riesgos en varios Estados; c) artículo 39, considera situaciones que pretenden solucionar los problemas de coordinación que pudieran suscitarse en los casos de agravación de la enfermedad profesional; d) artículo 40, estipula normas para considerar las particularidades de algunas legislaciones, previendo distintas situaciones que pudieran ocurrir en otros países, con objeto de resguardar y velar que el trabajador no se quede sin cobertura al acaecer riesgos profesionales.

Por consiguiente, se detectan en el CMISS grandes carencias en torno a la determinación de los procedimientos de comunicación de las circunstancias concurrentes en el accidente o la enfermedad entre los diferentes Estados. Las consecuencias de estos vacíos legales es que, a lo menos, dificultan en la práctica el reconocimiento del derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales, incluso haciéndolo en ocasiones inviable. *Ergo*, no va a ser factible o asequible la verificación de la contingencia padecida por el trabajador si no se articulan procedimientos de intercambio de las circunstancias concurrentes en el accidente o la enfermedad entre los Estados.²⁴ *A contrario sensu*, es dable destacar que el Reglamento 987/2009 contempla nueve preceptos (artículos 33-39), en donde se pueden encontrar varios procedimientos que regulan canales de comunicación entre los diferentes Estados miembros.

VIII. MECANISMOS DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

Ambos instrumentos contemplan diversos mecanismos de cooperación administrativa, con el objetivo de que sus Estados se coordinen de manera eficaz para su aplicación efectiva. Sin embargo, se observa una mejor sistematización de las disposiciones en el CMISS, pues las prescribe todas en un solo título, a diferencia de los reglamentos, que las contienen dispersas.

²⁴ Cervilla Garzón, María, "Artículo 18", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, p. 222.

1. *Exámenes médico-periciales*

La realización de estos exámenes y su ulterior reembolso se encuentran establecidos tanto en los reglamentos como en el CMISS. Este último prescribe que para los efectos del acceso o mantenimiento de las prestaciones de seguridad social, los reconocimientos médicos establecidos por la legislación de un Estado parte podrán llevarse a cabo en cualquier otro Estado parte por la institución de donde resida el beneficiario de las prestaciones; teniendo derecho a que se reembolsen los costos (artículo 19). Esta norma es trascendental para la factibilidad del Convenio, puesto que la aceptación de exámenes médicos que han sido realizados por facultativos de otro país es un avance significativo para los beneficiarios; su inexistencia haría obligatorio el traslado entre Estados, lo cual podría constituir un impedimento para los trabajadores que tornaría inaplicable el Convenio.²⁵

Respecto a los reglamentos, se destaca que la posibilidad de realizar reconocimientos médicos previstos por la legislación de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro no es nueva. Ya se encontraba prescrita en el Reglamento 1408/1971 (artículo 87), y ha sido redactada de manera casi idéntica en el artículo 82 del Reglamento 883/2004. Del mismo modo ocurre con el artículo 51 del Reglamento 574/1972 sobre control administrativo y médico en relación con el artículo 87 del Reglamento 987/2009, aunque este último tiene una redacción más detallada y desarrollada.

Si bien el artículo 105 del Reglamento 574/1972 regulaba que los gastos se determinarían con arreglo a la tarifa que aplicara la institución que lo hubiera realizado, el actual artículo 87.6 del Reglamento 987/2009 sólo establece que la cantidad efectiva de los gastos de los exámenes médicos y del control administrativo la abonará la institución deudora a la que se hubiera pedido hacerlas a la institución que las solicitara, lo cual significa que al igual que el CMISS tampoco se hace referencia al modo de determinar el coste de los exámenes médico-periciales. Por su parte, la regulación del artículo 19 del CMISS es convergente con la redacción del artículo 87 del Reglamento 1408/1971. Ello hace inferir que la influencia de los reglamentos sobre el CMISS encuentra su correlación mayor en los reglamentos 1408/10971 y 574/1972, que en los actuales 883/2004 y 987/2009.

²⁵ Vidal Amaral, Arturo *et al.*, *Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, España, VII Premio OISS, Secretaría General de la OISS, 2012, p. 83.

2. Intercambio de información

Se aprecia que el intercambio de información se encuentra regulado desde el Reglamento 1408/71, que propendía eliminar las barreras burocráticas y las dilaciones administrativas tanto en la gestión como en la liquidación o pago de las distintas prestaciones.²⁶ Asimismo, se encuentran similitudes en la redacción del artículo 20 del CMISS y el artículo 76 del Reglamento 883/2004; su parecido es indubitable; es más, todos los apartados del Convenio se encuentran prescritos en el Reglamento. Sin embargo, es preciso destacar que este último abarca de manera más extensa y detallada las diferentes situaciones y las obligaciones de información recíproca entre Estados. Del mismo modo, el Reglamento 987/2009 contiene normas sobre cooperación e intercambio de datos.

Conviene destacar la experiencia del sistema llamado Base Única de Seguridad Social del Mercosur (BUSS), mediante el cual se realizan las solicitudes de prestaciones por aplicación del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur. A su turno, una de las novedades más significativas en los reglamentos europeos fue la creación de la red de Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI), cuya responsabilidad recae en la Comisión Europea, y consiste en un sistema informático que permite el intercambio electrónico de información entre las instituciones nacionales de seguridad social, y que tiene como objetivo simplificar y agilizar los procesos sobre las personas que ejercen su derecho a la libre circulación dentro de la UE.

Se vislumbra que ambos instrumentos internacionales son divergentes en estas materias, en atención a que los reglamentos se encuentran más maduros; por ende, su contenido normativo está más desarrollado y con mayor acuciosidad. En cambio, en el CMISS el intercambio de información sólo se circunscribe a un artículo, que si bien regula variadas situaciones, no es suficiente para normar toda esta materia. Como expresa Ortiz González-Conde, es positivo el esfuerzo realizado en el CMISS para dar respuestas a las exigencias del mundo del trabajo en Iberoamérica; aunque todo proceso burocrático es susceptible de mejorar, este artículo logra eliminar los obstáculos administrativos que se presentan en los mercados de trabajo ante la movilidad de la fuerza laboral en un mundo cada vez más globalizado.²⁷

²⁶ Ortiz González-Conde, Francisco, "Artículo 20", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p. 243.

²⁷ *Ibidem*, p. 248.

3. *Solicitudes y documentos*

Se advierte que las disposiciones de los artículos 21.2 y 34 del CMISS en relación con el artículo 76.7 del Reglamento 883/2004, aunque contienen una redacción distinta, son similares, puesto que contemplan que las autoridades competentes de los Estados deben aceptar todas solicitudes, peticiones y correspondencia que estén redactadas en cualquiera de los idiomas oficiales sin poder rechazarlas. Si bien los idiomas oficiales entre uno y otro instrumento varían de manera considerable, la esencia de la disposición es la misma, que el idioma no entorpezca las comunicaciones y peticiones para ejercer los derechos de seguridad social.²⁸ Paralelamente, el artículo 80.2 del Reglamento establece que todos los certificados y documentos necesarios para su aplicación quedan dispensados de la legalización por parte de las autoridades diplomáticas y consulares. Esta disposición, a diferencia del artículo 21 del CMISS, tiene una connotación más amplia, y al estar redactado de forma abierta, su alcance es más extenso, al indicar que los certificados y los documentos de toda índole expedidos a cualquier efecto quedan dispensados de legalización.

Por su parte, el artículo 81 del Reglamento es semejante en contenido al artículo 21.3 del CMISS, en atención a que contempla la misma regla de que las peticiones, declaraciones o recursos que sean presentados dentro de plazo ante una autoridad competente serán admitidos en el Estado competente, respetándose la fecha de presentación. Sin embargo, existen diferencias; por ejemplo: el Reglamento establece la obligatoriedad del primer Estado que recibe la solicitud, de enviarla al Estado competente sin demora; además, el CMISS establece como requisito para la efectividad de la norma, que el interesado lo solicite expresamente o se deduzca de la documentación presentada la existencia de periodos cotizados, cuestión que el reglamento no establece; a su vez, dicho reglamento amplía el campo de aplicación, al contemplar además de las solicitudes y documentos a los recursos; por ello, junto a las instituciones y autoridades competentes agrega a los órganos jurisdiccionales, con lo cual amplían su impacto.

4. *Beneficios tributarios*

Se advierte que las disposiciones de los reglamentos y del CMISS gozan de caracteres semejantes o análogos. En efecto, la redacción del artículo

²⁸ Kahale Carrillo, Djamil, “Artículo 21”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, p. 253.

22 del CMISS es idéntica a la utilizada en el artículo 80.1 del Reglamento 883/2004; es más, ambos artículos tienen el mismo epígrafe. La inclusión de este precepto, según Hierro, hace deducir que son varios los Estados en los que existen este tipo de tasas o impuestos para la expedición de documentos, en atención a lo cual carece de razonabilidad que se fijen tasas o gravámenes para lucrar con el acceso a las prestaciones del sistema de seguridad social. A su vez, agrega que la aplicación de las reglas de igualdad y reciprocidad en materia impositiva prescritas en el CMISS engloban una trascendencia mayor a la esperada, toda vez que permiten sostener que los Estados parte aceptan cambiar su régimen tributario, traspasando el campo de la protección social para adentrarse al campo tributario, área de especial recelo de los Estados para ceder competencias ante cualquier organismo internacional.²⁹

IX. ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

Para la debida coordinación de los ordenamientos jurídicos que imperan en los diferentes Estados, es primordial la creación de órganos especializados que sean capaces de resolver las cuestiones administrativas y de interpretación que se susciten en la aplicación efectiva de los instrumentos. En este sentido, tanto los reglamentos como el CMISS contemplan organismos especializados que tienen diferente nomenclatura, composición y funciones, según la tabla 5:

TABLA 5
ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

<i>Instrumento internacional</i>	<i>Organismos administrativos</i>	<i>Subcomisiones</i>	<i>Regulación</i>
CMISS	Comité Técnico Administrativo	Comisión Informática	Título IV del CMISS, artículos 23 y 24.
		Comisión Jurídica	Título IV del ACCMISS, artículos 30, 31.
		Comisión de Gestión	

²⁹ Hierro Hierro, Francisco, "Artículo 22", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016, pp. 261 y 262.

<i>Instrumento internacional</i>	<i>Organismos administrativos</i>	<i>Subcomisiones</i>	<i>Regulación</i>
Reglamentos europeos	Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social	Comisión Técnica de Tratamiento de la Información Comisión de Cuentas	Título IV del Reglamento 883/2004, artículos 71, 72, 73, 74.
	Comité Consultivo de Coordinación los Sistemas de Seguridad Social		Título IV del Reglamento 883/2004, artículo 75.

FUENTE: elaboración propia.

Es dable hacer presente que en ambos cuerpos normativos se distingue la constitución de estos órganos cualificados y especializados. Así pues, se aprecian fuertes similitudes entre las tareas o funciones del Comité Técnico Administrativo con la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de seguridad social. Sin embargo, en el caso de la UE, al existir una comunidad institucionalizada con una estructura política, jurídica y económica en contraposición a la comunidad iberoamericana, el alcance de la regulación de los reglamentos es más amplia y efectiva. Por consiguiente, la comparación de estas dos instituciones resulta muy dispar, en atención a que el Comité Técnico Administrativo aún está muy distante de configurarse como una figura análoga a la Comisión Administrativa, entendiéndose que ésta, a su vez, se encuentra vinculada a la Comisión Europea, además de contar con el apoyo del Comité Consultivo de los sistemas de seguridad social para examinar las cuestiones generales o de principio y los problemas que plantee la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de coordinación. Por ello, se detecta y se identifica que los organismos establecidos por los reglamentos superan con creces al órgano que establece el CMISS, tanto en su composición como en su funcionamiento.

Desde este punto, a diferencia de lo que sucede con otros organismos técnicos,³⁰ el Comité Técnico Administrativo del CMISS no tiene una estructura fija. Es más, según el artículo 4o. de sus estatutos, será la sede del Comi-

³⁰ Por ejemplo, el Comité de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el marco de la UE, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el ámbito de la OIT, o el Comité Europeo de Derechos Sociales respecto del Consejo de Europa. Panizo Robles, José, “Artículos 23 y 24”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. II, núm. 1, 2017, p. 11.

té el Estado parte que ostente la presidencia, la cual se ejerce por periodos anuales en orden alfabético rotatorio. A su vez, diverge de los reglamentos, en atención al desequilibrio o la desigualdad que se percibe a nivel presupuestario, toda vez que el Comité no dispone de un presupuesto económico para sus gastos de funcionamiento, siendo estos gastos sufragados por el Estado parte que asuma la presidencia. Lo mismo ocurre con las reuniones del Comité, pues los gastos de traslado, las estancias de los miembros titulares y suplentes, como la de los consejeros técnicos, se financiarán por las instituciones de los Estados parte a los que representan.

X. CONCLUSIONES

Tras el estudio comparativo realizado en esta investigación es posible concluir que la relación entre los reglamentos europeos y el CMISS es bastante notoria; es más, se pueden encontrar más aspectos convergentes que divergentes entre ellos. A pesar de las carencias y diferencias encontradas, sería posible que fueran objeto de subsanación mediante una modificación a ambos cuerpos normativos, según los criterios que hemos analizado.

A este respecto, se puede inferir que si bien los reglamentos de la UE en esta materia son los pioneros a nivel mundial, en virtud de la cantidad de prestaciones y regímenes cubiertos, es preciso señalar que igualmente es necesario que se vayan actualizando y modernizando.³¹ En este sentido, podría implementarse un mayor detallismo en las figuras jurídicas reguladas, además de sistematizar de manera más ordenada sus disposiciones haciéndolas más fáciles de comprender y manejar en las situaciones particulares, propendiendo con ello a que las reglas se encuentren establecidas en términos claros, justos y aplicables. A su vez, es imprescindible que se establezcan procedimientos más claros para la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, fortaleciendo las normas administrativas mediante herramientas para hacer frente a posibles abusos o prácticas desleales en las prestaciones cubiertas. Junto con estas consideraciones, es importante señalar que para facilitar la movilidad laboral y garantizar la libre circulación de trabajadores³² es fundamental que los

³¹ Hunt, Joanne y Wallace, Chloë, "Improving the Portability of Supplementary Pension Rights", *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 28, núm. 1, 2006, pp. 98-102.

³² Del Sol, Marion y Rocca, Marco, "Free Movement of Workers in the EU and Occupational Pensions: Conflicting Priorities? Between Case Law and Legislative Interventions", *European Journal of Social Security*, vol. XIX, núm. 2, 2017, pp. 143 y 144.

reglamentos experimenten una apertura a los terceros Estados propendiendo a una coordinación de las normas de seguridad social integradoras y uniformes en pos de la igualdad de trato de las personas.

Por otra parte, y a la luz de los reglamentos, en lo que respecta al CMISS se considera que debería ampliarse su campo de aplicación material, pues sólo se reduce a las prestaciones económicas de pensiones y a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Por ende, es menester que se regule una mayor cantidad de prestaciones, y a su vez, ellas no se limiten sólo a las económicas, incluyendo también a las en especie y ampliándose a los regímenes no contributivos. Asimismo, es preciso que se detallen con mayor rigurosidad las contingencias profesionales. A su turno, es fundamental realizar un fortalecimiento de sus organismos administrativos, específicamente de la composición, funcionamiento y financiación del Comité Técnico Administrativo. También, es relevante para la aplicación práctica y cotidiana del Convenio, que se implementen mecanismos de cooperación administrativa que tiendan a garantizar y agilizar el intercambio de información y la protección de datos personales. En este sentido, sería importante implementar sistemas informáticos para la tramitación de sus prestaciones que posibiliten el intercambio electrónico de información entre las instituciones nacionales de seguridad social de los diferentes Estados parte. Con todo, se destaca la sistematización y claridad de sus disposiciones, a pesar de regular una cantidad menor de contingencias de seguridad social en un territorio geográfico más limitado que los reglamentos.

Se aprecia que ambos instrumentos son un avance legislativo para cada espacio geográfico en que imperan. Sin embargo, su aplicación limitada a la UE o a Iberoamérica limita su eficiencia, ya que cada instrumento se aplica de manera separada, y sólo confluyen en los países de España y Portugal. Esta situación trae como consecuencia que si los trabajadores migran a otros continentes o países que no estén cubiertos por los reglamentos o por el CMISS, no tendrán protección, a no ser que se aplique algún convenio bilateral entre países, que de todas formas es una solución muy simplista y limitada, además de variar en cada país.³³ Por consiguiente, constituye un punto cardinal fomentar una mayor cooperación entre los Estados en el ámbito de la coordinación con terceros países en materia de seguridad social para crear

³³ Maldonado Sierra, Guillermo, “La seguridad social en el derecho de integración subregional de América Latina y el Caribe”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 28, 2019, pp. 128-130.

lineamientos que propendan a la integración de los países.³⁴ En este sentido, sería positivo, como propone la OISS, una posible coordinación de los reglamentos de la UE con el CMISS, evitando la proliferación de convenios bilaterales³⁵ y brindando una mayor cooperación interregional euroiberoamericana.³⁶ Ello supone un importante paso para transitar en el futuro hacia una coordinación flexible de los sistemas de seguridad social a nivel mundial en pos de una debida protección de los derechos de igualdad y libre circulación los/as trabajadores/as migrantes y sus familias.

XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMACHO SOLÍS, Julio, “Los derechos de los trabajadores migrantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 17, 2013.
- CERVILLA GARZÓN, María, “Artículo 18”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2.
- D’ADDIOY, Anna y CAVALLERI, María “Labour Mobility and the Portability of Social Rights in the EU”, *CESifo Economic Studies*, vol. XLI, núm. 2, 2015.
- SOL, Marion del y ROCCA, Marco, “Free Movement of Workers in the EU and Occupational Pensions: Conflicting Priorities? Between Case Law and Legislative Interventions”, *European Journal of Social Security*, vol. XIX, núm. 2, 2017.
- GARCÍA ROMERO, Belén, “Artículo 6o.”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- GARCÍA VIÑA, Jordi, “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, España, núm. 64, 2006.

³⁴ D’Addioy, Anna y Cavalleri, María “Labour Mobility and the Portability of Social Rights in the EU”, *CESifo Economic Studies*, vol. XLI, núm. 2, 2015.

³⁵ Holzmann, Robert, “Do Bilateral Social Security Agreements Deliver on the Portability of Pensions and Health Care Benefits? A Summary Policy Paper on Four Migration Corridors Between EU and Non-EU Member States”, *IZA Policy Paper*, núm. 111, 2016.

³⁶ Organización Internacional de Seguridad Social (OISS), “El Reglamento 883/04 y el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el camino”, Secretaría General de la OISS, España, 2013, disponible en: https://oiss.org/wp-content/uploads/2018/10/oiss_junio_zufiaur_docx_bot_24_junio_ULTIMA-2.pdf (fecha de consulta: 15 de marzo de 2022).

- GUARDIANCICH, Igor y NATALI, David, “The Cross-Border Portability of Supplementary Pensions: Lessons from the European Union”, *Global Social Policy*, 2012, vol. XII, núm. 3, 2012.
- GUERRERO PAVÓN, Tahis, “Artículo 4o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- HIERRO HIERRO, Francisco, “Artículo 22”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- HOLZMANN, Robert, “Do Bilateral Social Security Agreements Deliver on the Portability of Pensions and Health Care Benefits? A Summary Policy Paper on Four Migration Corridors Between EU and Non-EU Member States”, *IZA Policy Paper*, núm. 111, 2016.
- HUNT, Joanne y WALLACE, Chlöë, “Improving the Portability of Supplementary Pension Rights”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 28, núm. 1, 2006.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Adolfo, “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *El futuro de la protección social*, España, Laborum, 2010.
- KAHALE CARRILLO, Djamil, “Artículo 21”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira y MARTÍN JIMÉNEZ, Rocío, “Artículo 2o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- MALDONADO SIERRA, Guillermo, “La seguridad social en el derecho de integración subregional de América Latina y el Caribe”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 28, 2019.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica, “La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea”, *Revista Estudios de Deusto*, España, vol. LXV, núm. 2, 2017.
- MIRANDA BOTO, José, “Artículo 1o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- MORENO ACUÑA, María, “Artículo 14””, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, “El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el Camino”, *secretaría general de la OISS*, España, 2013, disponible en: https://oiss.org/wp-content/uploads/2018/10/oiss_junio_zufiaur_docx_bot_24_junio_ULTIMA-2.pdf.

- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, Francisco, “Artículo 20”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2.
- PANIZO ROBLES, José, “Artículos 23 y 24”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. II, núm. 1, 2017.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 1, 2016.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “Artículo 3o.”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, España, vol. I, núm. 2, 2016.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, España, 2011, núm. 26.
- VIDAL AMARAL, Arturo *et al.*, “Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, España, VII Premio OISS, Secretaría General de la OISS, 2012.

CAMPESINOS AL DERECHO: MOVILIZACIÓN LEGAL POR LA TIERRA Y TRABAJO EN COLOMBIA*

PEASANTS AND LAW: LEGAL MOBILIZATION FOR LANDS
AND LABOR IN COLOMBIA

LES PAYSANS À DROITE: MOBILISATION JURIDIQUE
POUR LA TERRE ET LE TRAVAIL EN COLOMBIE

Sergio CORONADO*

RESUMEN: El derecho ha denominado de diferentes formas al campesinado. Mientras algunas representaciones legales hacen énfasis en su condición de trabajadores agrarios, otras acentúan la aspiración legal de acceder a las tierras rurales. Las variaciones históricas en dichas representaciones indican las interacciones entre estructuras políticas y económicas y el campo jurídico. En Colombia, el actual reconocimiento de los campesinos como sujetos de especial protección constitucional está vinculado tanto con los procesos recientes de movilización legal del campesinado en el marco de la Constitución de 1991 y de los desarrollos recientes del derecho internacional de los derechos humanos como con las luchas históricas por la tierra como un elemento que posibilita el ejercicio del derecho al trabajo. Este artículo analiza las articulaciones de ambos procesos y señala algunas de las limitaciones de esta categoría emergente.

Palabras clave: campesinos, movilización legal, tierras, campo jurídico, derechos humanos.

* Recibido el 31 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Ph. D. (*Cum Laude*) en estudios del desarrollo del Instituto Internacional de Estudios Sociales de La Haya (Universidad Erasmus de Rotterdam, Países Bajos) y en ciencias políticas de la Universidad de Kassel en Alemania (cotutela). Abogado y magíster en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en desarrollo rural de la Pontificia Universidad Javeriana. Investigador del Centro de Investigación y Educación Popular — Cinep. Su trabajo e investigación se encuentran relacionados con las áreas de economía política agraria, derechos humanos, tierras, recursos naturales y conflictos territoriales.



ABSTRACT: The peasantry has been represented differently within law. While some have emphasized on the peasantry as agrarian labor, others underpin their land access aspiration. The historical variations of such representations reveal the interactions between economic and political structures influence and the juridical field. In Colombia, the current designation, that considers the peasantry as a subject of special constitutional protection, is both linked with recent legal mobilization of the peasantry, under the frame of the 1991 Constitution and the recent developments of the Human Rights International Law, as much as with previous cycles of land struggles, as an element that enable peasant's right to labor. This paper analyzes the connection between both processes and points out some of their limitations.

Keywords: peasants, legal mobilization, land, juridical field, human rights.

RÉSUMÉ: La paysannerie a été représentée différemment dans la loi. Alors que certains ont mis l'accent sur la paysannerie en tant que main-d'œuvre agricole, d'autres soulignent son aspiration à l'accès à la terre. Les variations historiques de ces représentations révèlent les interactions entre l'influence des structures économiques et politiques et le champ juridique. En Colombie, la désignation actuelle, qui considère la paysannerie comme un sujet de protection constitutionnelle spéciale, est à la fois liée à la mobilisation légale récente de la paysannerie, dans le cadre de la Constitution de 1991 et des développements récents du droit international des droits de l'homme, ainsi qu'aux cycles précédents de luttes pour la terre, comme un élément qui permet le droit au travail des paysans. Cet article analyse le lien entre les deux processus et souligne certaines de leurs limites.

Most-clés: paysans, mobilisation juridique, terre, champ juridique, droits de l'homme.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derecho, campesinado y movilización legal.* III. *La creación del sujeto de reforma agraria.* IV. *El campesinado como sujeto de especial protección constitucional.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2020, una articulación de movimientos sociales agrarios de Colombia tomaron las calles de Bogotá. La Minga Social y Comunitaria recorrió los cerca de quinientos kilómetros de la carretera que separa a

Cali de Bogotá, y demandó un diálogo directo con el presidente de la República sobre las peticiones que han acompañado sus movilizaciones desde 2013, momento en el cual se articuló la Cumbre Agraria Campesina, Étnica y Popular (en adelante, Cumbre Agraria).¹ Una de las demandas de la movilización, y cuya visibilidad se ha incrementado durante las últimas acciones colectivas, hacía referencia al reconocimiento del campesinado como un sujeto de derechos por parte del Estado.



IMAGEN 1: Campesinos de la Federación Nacional Sindical Unitaria Agropecuaria — Fensuagro, Miranda, Cauca, en la Minga Social y Comunitaria del suroccidente colombiano, en Bogotá D. C., octubre de 2020. FOTO: Catalina Serrano, 2020.

¹ García, M. C. y Restrepo, A. M., “¡A quejarse al mono de la pila! Protestas en época de pandemia en Colombia”, *Cien Días vistos por Cinep*, 100, 2020, pp. 59-69.

Esta solicitud, así como otras similares, se han incluido en los pliegos de peticiones de diferentes movilizaciones campesinas, incluyendo el de la Cumbre Agraria.² Propuestas similares han sido promovidas en otros espacios políticos. En 2016, el senador Alberto Castilla presentó un proyecto de acto legislativo para reformar los artículos 63, 64 y 65 de la Constitución, para reconocer al campesinado como un sujeto de especial protección constitucional. Según esta propuesta, el reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo del *trabajador agrario* va en detrimento del sujeto campesino, y esto conllevaba a la exclusión política y social del campesinado.³ En noviembre de 2020, la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos —ANUC— radicó ante la Registraduría Nacional el proyecto del ‘referendo campesino’, con el cual se buscaría modificar la Constitución en un sentido similar.⁴ A nivel internacional, en diciembre de 2018, la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos de los y las Campesinas y de otras Personas que Viven en Áreas Rurales. Dicha resolución fue el resultado de un proceso que abarcó casi dos décadas de luchas de los movimientos agrarios transnacionales, principalmente de *La Vía Campesina*.⁵ A pesar de la demanda de los movimientos campesinos, el gobierno nacional se abstuvo de aprobar este instrumento internacional en la Asamblea de Naciones Unidas.

La producción, tanto de instrumentos normativos como de precedentes judiciales por medio de los cuales el Estado reconoce al campesinado como un grupo social diferenciado y le otorga, en consecuencia, una posición jurídica especial (en términos de titularidad de derechos y obligaciones es-

² Montenegro, C., “Ampliaciones y quiebres del reconocimiento político del campesinado colombiano: un análisis a la luz de la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular (Cacep)”, *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 52, núm. 1, 2016; García, J. A. y Mantilla, C. O., “Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular”, en Thwaites, M. *et al.* (eds.), *Las disputas por lo público en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, CLACSO, 2018.

³ Castilla, A., “Reconocimiento político del campesinado. Por qué debe promoverse en la Constitución Nacional”, *Revista Semillas*, 2015, pp. 61 y 62, disponible en: <https://www.semillas.org.co/es/reconocimiento-pol-2>, (fecha de consulta: 10 septiembre 2020).

⁴ Semana Rural, “¿Qué propone el Referendo Campesino?”, *Revista Semana*, 27 noviembre 2020, disponible en: <https://semanarural.com/web/articulo/en-que-consiste-el-referendo-campesino-propuesto-por-la-anuc/1696>, (fecha de consulta: 23 enero 2021).

⁵ La adopción por parte del Estado colombiano de este instrumento internacional de derechos humanos ha sido también una de las demandas de diferentes expresiones organizativas del movimiento campesino en Colombia. Entrevista con Alejandra Barrera, abogada de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos—ANUC. 2019. *Cfr.* Claeys, P. y Edelman, M., “The United Nations Declaration on the Rights of Peasants and other People Working in Rural Areas”, *The Journal of Peasant Studies*, vol. 47, núm. 1, 2020.

peciales por parte del Estado mismo), es, por diferentes razones, un hecho sorprendente. Durante décadas, desde diferentes orillas ideológicas y teóricas, que influyeron no en pocas ocasiones las políticas públicas, se consideraba al campesinado como una categoría social en transición, o en proceso de descomposición.⁶ En los discursos e instrumentos oficiales, la existencia del campesinado ha sido percibida como un indicador de la persistencia de relaciones tradicionales de producción que es necesario superar y dar paso al desarrollo de una producción agrícola moderna caracterizada por relaciones laborales formales. Así, durante el siglo XX una buena parte de las políticas agrarias siguieron un claro “sesgo anticampesino”.⁷ Además, el campesinado colombiano ha sido uno de los grupos sociales que más ha sufrido el exterminio físico como consecuencia de la victimización que ha enfrentado en el marco de la intensificación del conflicto armado.⁸

Sin embargo, como parte de su resistencia a desaparecer, los movimientos campesinos han apelado al campo jurídico como forma para buscar el reconocimiento del Estado y sus instituciones. En el siglo XXI, una de las expresiones de esta lucha ha sido el litigio constitucional. Como resultado de diferentes procesos de movilización legal del campesinado (particularmente a través de acciones de tutela), jueces y tribunales han emitido órdenes protegiendo sus derechos humanos. Dichas órdenes han traducido al lenguaje jurídico las demandas de las luchas campesinas durante las últimas décadas. En estas sentencias, los campesinos han logrado ser reconocidos como un sujeto colectivo que (i) reviste una especial protección constitucional, y que, en consecuencia, (ii) es titular de un catálogo específico de derechos fundamentales. Aunque los más recientes procesos de movilización legal han sido marcados por el hecho de que los campesinos no fueron reconocidos por la Constitución de 1991 en los mismos términos en que lo fueron los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes,⁹ éstos también responden a un proceso histórico de movilización y transformación institucional generado como resultado de diferentes ciclos de movilización campesina.

⁶ Janvry, A. de. *The Agrarian Question and Reformism in Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1981.

⁷ Uribe-López, M. “Estilo de desarrollo y sesgo anticampesino, en Colombia”, *Cuadernos de Economía*, XXXII, 2013.

⁸ Cinep. *Luchas sociales, derechos humanos y representación política del campesinado*, Bogotá, Cinep, 2013.

⁹ Güiza, D. et al., *La Constitución del campesinado. Luchas por reconocimiento y redistribución en el campo jurídico*, Colombia, Dejusticia, 2020.

Durante el siglo XX, el cuerpo normativo del derecho agrario¹⁰ denominó al campesinado a través de diferentes categorías y designaciones que variaban dependiendo tanto de las fluctuaciones de la política nacional como de la economía política agraria. En la primera mitad del siglo, las normas hacían referencia a los campesinos indistintamente como “cultivadores de baldíos, ocupantes o colonos” (Ley 200 de 1936); también se les consideraba como “parceleros, agregados”, “poramberos”, *arrendatarios de parcelas, vivientes, mediasqueros, cosecheros*” (Ley 100 de 1944). Estas variaciones dependían del énfasis que tenían las normas que regulaban los conflictos de tierras en el país, específicamente por el tipo de posición jurídica que éstas reconocían a los campesinos: bien fuera como ocupantes de baldíos con legítimas expectativas de convertirse en propietarios, o como sujetos supeditados a una relación de explotación laboral vertical, bajo la tutela de alguien con una posición jurídica más fuerte para reclamar derechos de propiedad sobre las tierras rurales, es decir, un terrateniente o empresario rural.

Las normas agrarias de la década de 1960 recogieron parte de las aspiraciones y luchas de los movimientos campesinos de la primera mitad del siglo XX y las articularon con las expectativas y propuestas de políticas agrarias redistributivas. En consecuencia, la Ley 135 de 1961 consideró a un segmento del campesinado como “sujeto de reforma agraria”. Esta denominación promovía al Estado como un agente de modernización agraria a través de la promoción de relaciones modernas de propiedad, y entabló una cara del “discurso histórico oficial”, a través del cual se validaba ante la sociedad en su conjunto la implementación de la reforma agraria.¹¹

La reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional incorpora una nueva denominación para considerar al campesinado como un *sujeto de especial protección constitucional*, que reconocer al campesinado como titular de una serie de derechos en medio de un marco normativo dinámico que progresivamente ha incorporado sus demandas. El escenario en el cual esta nueva denominación ha surgido es precisamente el de las luchas territoriales, que están ocurriendo

¹⁰ Por derecho agrario me refiero al conjunto de leyes y demás normas que regulan los regímenes de derechos sobre las tierras rurales y las relaciones sociales que se configuran a partir de éstos, además de varios aspectos de la producción agrícola. Cfr. Chávez, M., *El derecho agrario en México*, México, Porrúa, 2004; y Ramos, M., *La construcción histórica de la jurisdicción agraria en Colombia*, San José, IICA, 2004.

¹¹ Yie Garzón, S. M., *Del patrón-Estado al Estado-patrón. La agencia campesina en las narrativas de la reforma agraria en Nariño*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Nacional de Colombia, 2015.

en un contexto global de fiebre por la tierra y los recursos naturales de inicios del siglo XXI. De esta forma, los movimientos campesinos han propiciado cambios en el campo jurídico, que a su vez dan marcos para sus demandas y movilizaciones.

A pesar de la relevancia de los recientes procesos de movilización legal y del litigio estratégico ejecutado por diferentes expresiones del movimiento campesino tanto en el plano nacional como internacional, estas transformaciones institucionales también son el resultado de un largo proceso de movilización, cuyos ciclos han sido condicionados por las variaciones de la economía política agraria a lo largo del siglo XX y comienzos del XXI. Por lo tanto, considero que la incorporación en el campo jurídico del campesinado como un sujeto de especial protección constitucional debe ser comprendida a la luz de la tensión histórica entre los campesinos y campesinas y el Estado. Si bien el derecho ha cumplido un rol histórico en la exclusión y expropiación del campesinado, los campesinos también han participado, a través de diferentes mecanismos, en los procesos de creación del derecho. En la actualidad, dicha tensión histórica ha desembocado en la incorporación de garantías reforzadas de protección propias del derecho internacional de los derechos humanos.

En este artículo analizo el desarrollo de dos denominaciones que desde el campo jurídico han mediado la interacción entre los campesinos y el Estado: el campesinado como *sujeto de reforma agraria* y como *sujeto de especial protección constitucional*. Si bien los procesos que dieron origen a ambas definiciones responden a diferentes momentos históricos (a saber: el auge de la reforma agraria redistributiva y el derecho de los derechos humanos), ambos confluyen en el último, y, por lo tanto, no pueden analizarse de forma independiente.

Para desarrollar este argumento, el artículo se divide en tres partes: en la primera, presento los elementos conceptuales que permiten usar las dos categorías señaladas; en la segunda, exploro la creación legal del sujeto de reforma agraria, y, en la tercera, considero la jurisprudencia constitucional para comprender el significado del campesinado como un sujeto de especial protección constitucional. En el análisis de ambas categorías resalto que éstas no deben comprenderse de forma excluyente, sino acumulativa. De esta forma, el campesinado como categoría analítica y de reclamación política articula demandas agrarias y del mundo del trabajo. Por último, en las conclusiones examino los límites de estas categorías, particularmente en el contexto actual de los conflictos sobre las tierras y los recursos naturales.

Para elaborar este artículo, seguí un enfoque sociohistórico, con el fin de analizar los contextos de producción del derecho; para ello, además de una

revisión historiográfica, acudí a diferentes archivos, leyes y jurisprudencia de la Corte Constitucional. También usé las diferentes entrevistas que realicé a activistas, abogados y jueces en el marco de mi investigación doctoral sobre movilización campesina y transformación institucional en Colombia.

II. DERECHO, CAMPESINADO Y MOVILIZACIÓN LEGAL

Una mirada rápida a la historiografía sobre el problema agrario en Colombia corrobora que la movilización legal campesina no es nueva. Catherine LeGrand señaló que aunque la mayor parte de los colonos campesinos de finales del siglo XIX y comienzos del XX “no sabían leer ni escribir, mostraban una percepción sorprendente del impacto de la legislación sobre sus propias vidas”.¹² Rocío Londoño demostró cómo los colonos del Sumapaz, región ubicada en las cercanías de la ciudad de Bogotá, ganaron diferentes pleitos judiciales con el apoyo de diferentes abogados que acompañaban su causa. Además, señaló que el efecto que tuvo la interpretación dada por los campesinos a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y a los decretos de Abadía Méndez de 1928, en palabras de Juan de la Cruz Varela, “prendieron el Sumapaz”.¹³ Orlando Fals-Borda relató cómo los campesinos cordobeses que tomaron la hacienda “La Antioqueña” en 1972 lo comisionaron para establecer contacto con abogados de Bogotá en la búsqueda de asesoría legal sobre cómo hacer uso de la figura de la agencia oficiosa.¹⁴ “con el ánimo de poner al servicio de la economía nacional el predio denominado «La Antioqueña» y al mismo tiempo hacer cumplir la función social que les corresponde”.¹⁵

El hecho de que los movimientos sociales hayan apelado a diferentes mecanismos legales no solventa los cuestionamientos que desde diferentes teorías críticas se han hecho al sesgo estructural del derecho, es decir, de la función de dominación que cumple el sistema jurídico en términos de exclusión y despojo en contra de las clases subordinadas. Dicha crítica resulta particu-

¹² Legrand, C., *Colonización y protesta campesina en Colombia: 1850-1950*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1988, p. 57.

¹³ Londoño, R., *Juan de la Cruz Varela. Sociedad y política en la región de Sumapaz (1902-1984)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 233.

¹⁴ Fals-Borda, O., *Historia doble de la Costa*, t. 4, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1986.

¹⁵ Notaría Primera de Montería, Escritura de la Constitución de una Agencia Oficiosa de Usuarios Campesinos de Montería – La Antioqueña, Montería, Archivo Personal “Orlando Fals-Borda”, Banco de la República, Montería, caja 02, carpeta 6, folio 731.

larmente relevante para las instituciones agrarias colombianas, ya que éstas han sido producidas en escenarios en los cuales las elites terratenientes han contado con una amplia representación política.¹⁶ Históricamente, el derecho y el sistema jurídico han jugado un papel determinante en la configuración de dinámicas de expropiación, explotación y exclusión del campesinado.

En *El capital*, Marx consideró cómo una articulación de violencia física y medios legales facilitó la expropiación de los campesinos ingleses de las tierras comunales: grandes propiedades fueron expropiadas y acaparadas por la clase terrateniente, la propiedad comunal se convirtió en privada, y posteriormente la tierra se transformó en una mercancía.¹⁷ El análisis de Marx del papel del derecho en la acumulación primitiva ha dado pie a una crítica estructural según la cual “el derecho no tiene una existencia independiente, sino que está totalmente determinado por las relaciones sociales, que a su vez están determinadas por la base económica de las relaciones sociales”.¹⁸

Este enfoque resulta insuficiente para ofrecer explicaciones más completas sobre por qué los grupos subordinados insisten en las luchas legales. Mientras que algunas posturas, siguiendo una crítica ortodoxa sobre el derecho y las instituciones jurídicas, denunciaron los riesgos de la articulación de las luchas populares con los medios legales debido al carácter indistinto de opresión de clase desarrollada por el derecho,¹⁹ otros consideran que el derecho y las instituciones jurídicas son algo más que una expresión de supremacía de clase, y que el uso de los actores sociales oprimidos con los medios jurídicos debe analizarse utilizando un enfoque diferente.²⁰

En su trabajo sobre la “Ley Negra”, Thompson ofrece una alternativa. Esta norma criminalizó a los cazadores de venados a los y recolectores de madera en las tierras que fueron privatizadas en medio de un rápido proceso

¹⁶ Fajardo, D., *Para sembrar la paz, hay que aflojar la tierra: comunidades, tierras y territorios en la construcción de un país*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Ambientales, 2002.

¹⁷ Marx, K., *Capital: A Critique of Political Economy*, Ware, Wordsworth Editions Limited, 2013.

¹⁸ Cole, D. H., “An Unqualified Human Good?: E. P. Thompson and the Rule of Law”, *Journal of Law and Society*, vol. 28, núm 2, 2001, p. 181.

¹⁹ Tushnet, M., “An Essay on Rights”, *Texas Law Review*, vol. 62, núm. 8, 1984.

²⁰ García Villegas, M., “Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America”, *Florida Journal of International Law*, núm. 16, 2004; Houtzager, P. P., “The Movement of the Landless (MST), Juridical Field and Legal Change in Brazil”, en Santos, B. y Rodríguez Garavito, C. (editores), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

de transformación agraria en el siglo XVIII en Inglaterra.²¹ En su análisis, Thompson señaló que algunas características del entorno legal terminaron por imponer límites efectivos al poder de los grupos dominantes, y que demostró que el derecho oficial que se imponía a través del ejercicio de la autoridad del Estado fue controvertido por un derecho reclamado por los usuarios de las tierras comunes que fueron privatizadas, arraigado en nociones de justicia que legitimaban la resistencia de quienes se oponían al cercamiento de las tierras comunes. El trabajo de Thompson demuestra que la extensión de las disputas sociales en el campo jurídico es importante, no sólo para los intereses de los poderosos, sino también para los intereses de los desposeídos. Esta constatación lo llevó a concluir que el Estado de derecho, como un bien universal, que en ciertas ocasiones brinda un foro para exponer y hacer públicas nociones populares de justicia, arraigadas en nociones comunitarias de justicia y equidad, puede imponer restricciones y límites efectivos al poder de los grupos dominantes.²² El proceso a través del cual se han transformado las representaciones jurídicas sobre el campesinado en Colombia resuena con los hallazgos de Thompson: el derecho ha incorporado nociones de justicia popular de los sectores dominados, y, al hacerlo, ha impuesto límites al poder.

El debate académico alrededor del trabajo de Thompson radicó en cuestionar hasta qué punto las restricciones al poder que aporta el Estado de derecho permiten un marco más amplio para entender al campo jurídico como “un foro en el que el derecho y el poder pueden ser impugnados”.²³ Esta tensión cobra aún más vigencia en la actualidad, ya que diferentes expresiones de los movimientos campesinos no sólo acuden a medios legales para la defensa de sus intereses, sino que asumen un rol activo en procesos de creación del derecho.²⁴

²¹ Thompson, E. P., *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London, Penguin Books Limited, 1975.

²² *Ibidem*, pp. 206 y 207.

²³ Cole, D. H., “An Unqualified Human Good”: E. P. Thompson and the Rule of Law”, *cit.*

²⁴ Santos, B. y Rodríguez, C., “Law, Politics and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization”, en Santos, B. y Rodríguez Garavito, C. (comp.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Claeys, P., “The Creation of New Rights by the Food Sovereignty Movement: The Challenge of Institutionalizing Subversion”, *Sociology*, vol. 46, núm. 5, 2012; Claeys, P., “The Right to Land and Territory: New Human Right and Collective Action Frame”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 75, núm. 2, 2015.

Al considerar críticamente esta tensión, no renunciamos a la crítica de las teorías constitucionales dominantes que están cimentadas en los cuestionados principios de la neutralidad del derecho o la independencia del Poder Judicial. En el análisis de la evolución del derecho agrario colombiano es necesario reconocer que sus instrumentos, particularmente las leyes producidas por el Congreso, representan, por regla general, los intereses de los grupos dominantes, expresadas en la prolongación de relaciones laborales de explotación y en la falta de redistribución de las tierras rurales. Además, implica reconocer cómo en la aplicación del derecho se desvirtúan premisas de la independencia y autonomía del Poder Judicial frente a otros poderes estatales o económicos.²⁵ Sin embargo, la importancia de las controversias jurídicas no puede ser ignorada, y el derecho, como un foro de disputa en el cual los actores sociales despliegan conflictos de clase. El derecho importa, no sólo por el contenido mismo de los marcos legales, sino también porque cuando una ley se pone en marcha se ponen en marcha también múltiples instrumentos que pueden limitar el poder autoritario ejercido por los grupos dominantes.²⁶

Sin embargo, para que esto ocurra, los grupos subordinados deben acudir a mecanismos de defensa jurídicos. Este proceso ha sido definido como “movilización legal”, y tiene lugar cuando los actores sociales afectados por una situación que perciben como injusta la traducen a través de repertorios legales y la conducen ante las autoridades estatales en busca de reparación.²⁷ El proceso de movilización legal incluye el uso estratégico del derecho en la búsqueda de la justicia social mediante un proceso en el cual los actores involucrados usualmente traducen las herramientas del derecho internacional de los derechos humanos a contextos nacionales, confrontando así el sesgo estructural del derecho.²⁸

La movilización legal puede tener impactos en el campo jurídico, definido por Bordieu como “el lugar de la competencia por el monopolio o el

²⁵ Por ejemplo, algunos de los fallos emblemáticos de la Corte Constitucional que han protegido los derechos de los campesinos en recientes conflictos de tierras han enfrentado bloqueos en su implementación por parte de los derrotados en los litigios (terratinentes, inversionistas). Entrevista con Juan Felipe García, coordinador de la clínica jurídica “Derecho y Territorio” de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, 2019.

²⁶ Peluso, N. L., “Whigs and Hunters: the Origins of the Black Act, by E. P. Thompson”, *The Journal of Peasant Studies*, vol. 44, núm. 1, 2017.

²⁷ Merry, S. E., “Anthropology and Law”, en R. Fardon *et al.* (comp.), *The SAGE Handbook of Social Anthropology*, London, SAGE, 2012.

²⁸ Handmaker, J., “Researching Legal Mobilisation and Lawfare”, *The Hague*, International Institute of Social Studies, 2019.

derecho a determinar la ley”.²⁹ Aunque el campo jurídico está interconectado con otros campos de disputa de poder en una sociedad, éste permanece “en la práctica relativamente independiente de las dominaciones y presiones externas”.³⁰ La relativa independencia del campo jurídico está definida por el lenguaje jurídico y sus efectos de neutralización y universalización. Además, sólo permite la participación de actores específicos: los juristas, quienes son los intérpretes autorizados del campo jurídico. Sin embargo, la adopción por parte de los tribunales de definiciones provenientes de las luchas sociales indica una participación indirecta de los movimientos en dicho campo.

En la experiencia colombiana, campesinas y campesinos afectados por diferentes situaciones de expropiación, despojo y exclusión política han desarrollado procesos de movilización legal, y, como consecuencia, han introducido indirectamente conceptos en el campo jurídico, particularmente en lo relacionado con los derechos de propiedad sobre las tierras rurales. En el sistema jurídico colombiano estas categorías son las de “sujeto de reforma agraria” y “sujeto de especial protección constitucional”. Cada una responde a procesos históricos específicos: el auge de la reforma agraria redistributiva en el caso de la primera, y el auge del constitucionalismo social y del derecho de los derechos humanos, en el caso de la segunda. Si bien la segunda recoge una buena cantidad de elementos de la primera, y refuerza el estatus especial de protección de los campesinos como sujetos de derechos reconocidos por la Constitución política, podría también tener la limitación de abandonar el reconocimiento del campesinado como una clase social diferenciada. A continuación, vamos a explorar ambas categorías conceptuales y los contextos históricos en los cuales han evolucionado.

III. LA CREACIÓN DEL SUJETO DE REFORMA AGRARIA

Los marcos legales agrarios han sido transformados a lo largo del tiempo. Mientras que algunas normas han favorecido el *statu quo* de los conflictos agrarios, dejando intacta la estructura agraria determinada por la concentración de la propiedad de la tierra y favoreciendo soluciones a través de la colonización, otras han buscado su solución a través de medidas redistributivas. Las diferencias entre éstas tienen que ver con la transformación de las

²⁹ Bordieu, P., “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, *The Hastings Law Journal*, vol. 38, núm. 816, 1987.

³⁰ *Ibidem*, núm. 817.

relaciones sociales de producción en el campo, el desarrollo de la agricultura capitalista, los cambios en la posición prevalente de las elites rurales, así como con la interacción con diferentes actores sociales que influyen y desencadenan cambios en las políticas y sus enfoques.

Uno de los pilares del derecho agrario colombiano es la institución de los baldíos. La evolución del concepto de baldíos en la legislación agraria colombiana revela una gran complejidad, ya que el marco normativo ha abandonado paulatinamente la noción de *res nullius* (o tierra sin dueño), otorgada por tradiciones jurídicas clásicas,³¹ a una definición de propiedad pública, que tiene la vocación de materializar los mandatos constitucionales de equidad y justicia social. Así, en la actualidad, esta institución no sólo tiene implicaciones en cuanto al estatus legal de un terreno (en términos de una diferenciación binaria entre propiedad y no propiedad, o propiedad pública y privada), sino que también incluye cuestiones sobre planeación territorial, conservación ambiental y, por supuesto, economía política agraria. Para entender esta transformación y su relación con la creación del sujeto de reforma agraria, es necesario reconocer ciertos procesos históricos.

A principios del siglo XX, el gobierno continuó con la política decimonónica de concesión de baldíos para transferir los derechos de propiedad sobre grandes extensiones de tierras públicas a miembros de las elites regionales y a empresas extranjeras.³² Sin embargo, los campesinos cuestionaban la legitimidad de las concesiones de baldíos y, particularmente, la extensión de éstas. Muchas de estas disputas versaban sobre quién podía considerarse como un legítimo propietario y sobre el estatus legal de las tierras sobre las que se habían constituido derechos reales.

Diversos estudios demuestran cómo y en dónde los campesinos desplegaron acciones colectivas de hecho para reclamar el reconocimiento de sus derechos de propiedad, a la vez que desarrollaron estrategias legales acompañados de abogados y tinterillos³³ que representaban sus intereses en los tribunales. Mientras que los campesinos pretendían demostrar que los terratenientes imponían por la fuerza los contratos de aparcería, y que las tierras que cultivaban tenían el estatus legal de tierras baldías, los terratenientes preten-

³¹ Palacios, M., *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*, Bogotá, FCE, Universidad de los Andes, 2011.

³² Negrete, V., *Origen de las luchas agrarias en Córdoba*, Montería, Fundación del Caribe, 1981; Fals-Borda, O., *Historia doble de la Costa*, t. 4, *cit.*

³³ En el lenguaje popular colombiano, el tinterillo es un sujeto que ejerce el derecho sin contar con el título de abogado.

dían demostrar que sus títulos eran originarios y que las tierras habían perdido el estatus de baldías.³⁴ Ni la ley agraria de 1936 ni su reforma influenciada por los terratenientes en 1944 resolvieron el problema a favor del campesinado.

Desde la década de 1960, la articulación de la defensa de los baldíos con otras demandas del movimiento campesino permitió que éste adquiriera, en cabeza de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos —ANUC—, una dimensión de clase.³⁵ Dicha defensa de la propiedad pública de los baldíos en Colombia se convirtió en una reivindicación clave del movimiento campesino, por dos razones; en primer lugar, debido a la incapacidad del Estado, de realizar una reforma agraria redistributiva significativa al interior de la frontera agraria, y, en segundo lugar, porque los baldíos dejaron de ser un activo para financiar la hacienda pública y se convirtieron en una alternativa para dar solución parcial a las demandas de los campesinos por tener acceso a la tierra.

Al tratarse de un patrimonio público, las disputas sobre la propiedad de un predio considerado baldío son excluidas de la jurisdicción del derecho civil, el cual establece que un individuo puede reclamar la propiedad sobre un predio mediante la prescripción adquisitiva de dominio después de estar en ella durante un periodo determinado (entre cinco y veinte años, dependiendo de las diferentes reformas de la legislación y de la condición de ‘buena fe’ del poseedor). Sin embargo, cuando las tierras son baldías, la prescripción adquisitiva de dominio no opera, ya que el derecho agrario estableció una limitación subjetiva a favor de quienes se consideraron, según la Ley 135 de 1961, como sujetos de reforma agraria.

De esta forma, los derechos de propiedad sobre los baldíos sólo se pueden constituir cuando el reclamante es identificado como un campesino o trabajador rural sin tierra o con tierra insuficiente; es decir, una persona que no posee otras propiedades en otro lugar. Según la norma, los derechos de propiedad se pueden constituir como mínimo en una extensión que les permita a los campesinos desarrollar una producción agrícola sostenible y eficiente, suficiente para ganar al menos dos salarios mínimos al mes. Esa extensión se denomina ‘Unidad Familiar Agraria’, y su tamaño varía regionalmente.³⁶

Vista en retrospectiva, en la categoría de “sujeto de reforma agraria” confluyeron las luchas campesinas del pasado con los procesos de reorganización

³⁴ Legrand, C., *Colonización y protesta campesina en Colombia: 1850-1950*, cit., p. 57; Londoño, R., *Juan de la Cruz Varela. Sociedad y política en la región de Sumapaz (1902-1984)*, cit., p. 233.

³⁵ Zamosc, L., *The Agrarian Question and the Peasant Movement in Colombia: Struggles of the National Peasant Association, 1967-1981*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

³⁶ Fuentes, A., *Marcos legales de acceso a la tierra: caso Colombia*, Bogotá, CINEP, 2010.

del campesinado a favor de la implementación de la reforma agraria redistributiva y del acceso a la tierra como medio para la garantía del derecho al trabajo. Sin embargo, es importante reconocer que no todos los campesinos fueron considerados como sujetos de reforma agraria, sino específicamente un grupo, quizá mayoritario, que reunía las condiciones socioeconómicas ya descritas: un campesino o trabajador rural sin tierra o con tierra insuficiente.

Aunque las leyes agrarias de la década de los setenta limitaron la implementación de la reforma agraria redistributiva, no lograron transformar la definición del sujeto de reforma agraria consignada en las leyes de la década de los sesenta ni la vinculación del campesinado sin tierra como destinatario priorizado para la constitución de derechos de propiedad sobre las tierras baldías. Los baldíos retuvieron su vocación subjetiva, que permanece vigente hasta ahora. Sin embargo, estos son cada vez menos una entidad abstracta. En la actualidad, su definición es contingente a la propia agencia campesina: las tierras baldías existen en la medida en que los campesinos luchan por ellas y por defender su vocación vinculada a fines de equidad y de justicia social. Como veremos a continuación, los procesos de movilización legal del campesinado a partir de 1991 dan fe de ello.

IV. EL CAMPESINADO COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Dentro del marco jurídico de la Constitución de 1991 se articularon dos procesos que precedían el cambio constitucional. Por un lado, las luchas por la defensa de los baldíos, y por otro lado las luchas por la defensa y la protección de los derechos humanos. Ambos procesos eran anteriores al proceso constituyente. Después de la ola de movilización liderada por la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos —ANUC—, durante los ochenta disminuyó la capacidad de acción colectiva del campesinado, en medio de una creciente violencia política. Durante esta misma década, el movimiento nacional por los derechos humanos se consolidó en Colombia; defensores y defensoras de derechos humanos denunciaban la crisis humanitaria y buscaban justicia a través de estrategias políticas y legales de protección de la vida y la dignidad humana. El marco constituyente, de alguna forma, permitió la articulación progresiva de ambas trayectorias de movilización social.

Siguiendo la tendencia global, la Ley de Reforma Agraria de 1994 transformó el modelo de reforma agraria dirigido por el Estado en uno orientado al

mercado, reduciendo las ya limitadas expectativas del campesinado de tener acceso a la tierra mediante la aplicación de políticas redistributivas.³⁷ Sin embargo, esta legislación no supuso ninguna reforma sustancial en cuanto a la consideración del campesinado sin tierra y de los trabajadores rurales como “sujetos de reforma agraria”. Incluso, a través de la creación de las “Zonas de Reserva Campesina”, la norma protegió las territorialidades campesinas y buscó limitar ciclos de despojo y concentración de las tierras que tenían como origen los baldíos de la nación, dando continuidad al reconocimiento constitucional de los campesinos como sujetos de reforma agraria, y a los baldíos de la nación como las tierras que estaban destinadas para satisfacer sus demandas materiales de acceso a la tierra.

A partir de 1992, algunos de los conflictos por la tierra que se daban en el campo colombiano llegaron a la Corte Constitucional. Entre 1992 y 2000, la Corte reafirmó las obligaciones del Estado en términos de la redistribución de la propiedad de las tierras rurales y declaró la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley de Reforma Agraria de 1994, incluidas las que regulan el procedimiento de adjudicación de baldíos, con lo cual confirmó su exclusión de la prescripción adquisitiva de dominio del derecho civil.³⁸

Desde finales de los noventa hasta 2010, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en temas agrarios se centró, aunque no de forma exclusiva, en la protección de los derechos de los grupos sociales considerados sujetos de protección constitucional reforzada entre los campesinos víctimas de desplazamiento forzado, comunidades indígenas y afrodescendientes. Durante este periodo, la Corte protegió en diferentes oportunidades el derecho a la consulta previa, libre e informada de los grupos étnicos. La jurisprudencia de este periodo confirmó, hasta cierto punto, la interpretación de que el reconocimiento constitucional al campesinado había sido insuficiente, particularmente en comparación con los derechos reconocidos a los grupos étnicos.

Los gobiernos de Uribe (2002-2010) y Santos (2010-2018) intentaron, en diferentes oportunidades, transformar la orientación subjetiva de los baldíos para los sujetos de reforma agraria. El primer intento fue con el Estatuto de Desarrollo Rural promulgado en 2007. Esta norma buscaba otorgar derechos sobre los baldíos a empresas agroindustriales y a grandes inversionistas, pero fue declarada inconstitucional, porque en su procedimiento legislativo se

³⁷ Borrás, S., “Questioning Market-Led Agrarian Reform: Experiences from Brazil, Colombia and South Africa”, *Journal of Agrarian Change*, vol. 3, núm. 3, 2003.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995. M. P., Carlos Gaviria Díaz.

violó el derecho al consentimiento libre, previo e informado de los grupos étnicos.³⁹

Durante el primer periodo de gobierno Santos, el Plan Nacional de Desarrollo buscó lo mismo, además de intentar dar solución a múltiples situaciones de acumulación irregular e ilícita de baldíos por parte de grandes inversores en el campo colombiano.⁴⁰ Con los “Proyectos Especiales Agropecuarios y Forestales”, el gobierno y el Congreso se propusieron dotar de seguridad jurídica a diferentes proyectos agrícolas de gran envergadura gravemente acusados de acumulación ilegal de baldíos.⁴¹ Mediante distintas normas, esta reforma legal tenía una triple finalidad: dar seguridad jurídica a los acaparamientos ilegales de tierras,⁴² conceder derechos de propiedad sobre tierras baldías a actores que no fueran sujetos de reforma agraria, y facilitar alianzas empresariales entre campesinos y grandes inversores. Tras ser demandadas por los congresistas Jorge Robledo y Wilson Arias, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dichas normas, por considerarlas regresivas frente al mandato constitucional de promover el acceso progresivo a la tierra de los sujetos de reforma agraria.⁴³

Durante el periodo 2010-2018, el Tribunal Constitucional seleccionó y revisó cinco casos emblemáticos de protección de los derechos de los campesinos sobre los baldíos. Así, teniendo en cuenta los precedentes judiciales, la Corte avanzó en la creación de una jurisprudencia que reconoció progresivamente un catálogo de derechos constitucionales a favor del campesinado, siendo el principal el derecho a la tierra. En 2011, la Corte protegió los derechos al debido proceso de la comunidad campesina de Las Pavas, que reclamaba la protección de sus derechos de tenencia sobre terrenos baldíos.⁴⁴ Al año siguiente, protegió los derechos a la tierra de un campesino que reclamaba el registro de los derechos otorgados por el Estado años atrás y que estaba en riesgo de ser desalojado porque un terrateniente reclamaba la propiedad de esa parcela; este fue el primer caso en el que el Tribunal utilizó el concepto de “derecho humano a la tierra”.⁴⁵ En 2014, la Corte negó las pretensiones

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009. M. P., Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁰ “Un fallo de la Corte frenó en seco modelo de desarrollo agrícola de Santos”, *Semana*, Bogotá, 24 de agosto de 2012.

⁴¹ “Divide and Purchase”: how land ownership is being concentrated in Colombia, *Oxfam International*, 2013.

⁴² Arias, W., *Así se roban la tierra en Colombia*, Bogotá, 2018.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2012. M. P.: Adriana María Guillén Arango.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-267 de 2011. M. P.: Mauricio González Cuervo.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-763 de 2012. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de un poseedor de convertirse en propietario de tierras baldías, y protegió así los derechos del campesinado como sujeto de reforma agraria. Una vez más, el Tribunal se refirió a la tierra como un derecho fundamental del cual son titulares los campesinos y trabajadores agrarios, y no otros actores rurales que no son considerados sujetos de reforma agraria.⁴⁶

Finalmente, en 2016 la Corte seleccionó dos casos de campesinos que reclamaban la protección de los derechos a la tierra: los casos de la hacienda Bellacruz y la hacienda El Porvenir. Ambos cuentan con una larga historia de conflictos agrarios y están relacionados con el fenómeno reciente de acaparamiento global de tierras. En sus sentencias, la Corte protegió la tierra y el territorio como derechos humanos del campesinado y de las mujeres rurales.⁴⁷ Sin embargo, las sentencias del Tribunal no establecieron derechos de propiedad en cabeza de los peticionarios, sino que ordenaron a la Agencia Nacional de Tierras que aplicara procedimientos administrativos para la aclaración y el reconocimiento de los derechos de propiedad a favor de los campesinos sobre los terrenos baldíos. Esta jurisprudencia reforzó la interpretación progresiva de los instrumentos de derechos humanos y consolidó el reconocimiento del campesinado como sujeto de especial protección constitucional.

A pesar de esta jurisprudencia constitucional, el Congreso promulgó en 2016 la Ley 1776, con la cual se crearon las Zonas de Interés de Desarrollo Rural y Económico (zidres), una nueva figura para facilitar el reconocimiento de derechos de uso (no de propiedad) sobre los baldíos a grandes inversionistas privados. El gobierno argumentó que existen importantes extensiones del territorio nacional aptas para el desarrollo agropecuario (cerca de siete millones de hectáreas) que no pueden ser explotadas por sujetos que carecen de la capacidad financiera y técnica para desarrollar un uso eficiente de esos suelos, es decir, los “sujetos de reforma agraria”.⁴⁸

Por su parte, los detractores del proyecto argumentaron que éste reforzaba el sesgo anticampesino, según el cual los campesinos y la agricultura familiar carecen de capacidad para realizar una explotación agrícola exitosa y eficiente sobre esas áreas.⁴⁹ Una coalición de movimientos sociales agrarios,

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-488 de 2014. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-235 de 2016. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; sentencia SU-426 de 2016. M. P.: María Victoria Calle Correa.

⁴⁸ Conpes, *Documento CONPES 3917*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Unidad de Planificación de Tierras Rurales, Adecuación de Tierras y Usos, 2018.

⁴⁹ Medina, M. A., “Las zidres aún causan preocupación”, *El Espectador*, Bogotá, 9 de febrero de 2017.

académicos, partidos políticos de izquierda y defensores de derechos humanos demandaron la constitucionalidad de la norma argumentando que a pesar de la sofisticación legal introducida por el gobierno en la nueva ley, el acceso y el control efectivos sobre las tierras baldías concedidos por el Estado a través de contratos de uso tendrían el efecto de restar esas áreas para conceder derechos de propiedad a los “sujetos de reforma agraria”, lo cual erosiona el mandato constitucional de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra rural para el campesinado y los trabajadores rurales.⁵⁰

La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la ley demandada y consideró algunos de los argumentos de los demandantes. En consecuencia, impuso cinco condiciones para declarar las zidres ajustadas a la Constitución. La condición más relevante para el proceso de reconocimiento del campesinado como un sujeto de derechos, es que una zidre no debe poner en peligro la disponibilidad de terrenos baldíos para conceder derechos de propiedad sobre las tierras rurales a los “sujetos de reforma agraria” y que no podrán constituirse en áreas de zonas de reserva campesina, resguardos indígenas, territorios colectivos afrodescendientes o áreas en las que alguno de estos grupos haya reclamado la constitución y reconocimiento de tierras comunales.⁵¹

Paradójicamente, esta sentencia, que fue reconocida como una derrota para los defensores de derechos humanos y activistas de los movimientos campesinos, reforzó la retórica jurídica sobre el campesinado como un sujeto de derechos al considerar la existencia de un “*Corpus iuris* de los derechos de los campesinos y trabajadores agrarios, partiendo de la concepción de los campesinos y los trabajadores rurales como sujetos de especial protección constitucional”.⁵²

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional demuestra cómo las disputas históricas por la tierra en Colombia se proyectaron en el campo jurídico, y cómo los impactos de estos procesos desembocan en los desarrollos más recientes del derecho constitucional en relación con el mundo rural. El reconocimiento jurisprudencial de un cuerpo normativo constitucional sobre los derechos del campesinado y los trabajadores rurales es un ejemplo de la incidencia de estos sujetos en los procesos de creación del

⁵⁰ Robledo, J. E., *Intervención de los demandantes en la audiencia pública de la Corte Constitucional sobre la Ley 1776 de 2016*, 2016.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2017. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; Bautista, A. J., “¿De dónde van a salir 9 millones de hectáreas para las zidres?”, *No hay Derecho*, 2017.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2017. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

derecho constitucional y agrario. El campesinado, como sujeto de derechos y de especial protección constitucional, es una categoría que resalta, en principio, vinculada a los fines constitucionales de equidad y justicia social en el campo, a través del reconocimiento de derechos sobre las tierras públicas, los baldíos de la nación, y del reconocimiento de los campesinos y campesinas como trabajadores, es decir, como personas que derivan sus medios de vida del trabajo agrícola y no de las rentas sobre la tierra.

El contenido que se le asigna dentro del derecho a esta categoría está vinculado directamente a las demandas derivadas desde la movilización social, que a su vez han sido progresivamente incorporadas dentro del campo jurídico. Así, lo que significa que el campesinado sea reconocido por el Estado como un sujeto de derechos o como un sujeto de especial protección constitucional responde tanto a los desarrollos de los cuerpos normativos nacionales e internacionales, particularmente de la Declaración Universal de los Derechos de los Campesinos, y de los desarrollos jurisprudenciales a partir de los casos señalados, como de las demandas expuestas en los paros y en las movilizaciones.

En términos sustantivos, el reconocimiento del campesinado como un sujeto de derechos implica: i) la garantía reforzada por parte del Estado de sus obligaciones de realización, respeto y protección de los derechos humanos de los campesinos. ii) El reconocimiento y enumeración de contenidos especiales de derechos ya existentes de diferentes instrumentos normativos, cuyos contenidos se adaptan y adecúan a las características subjetivas de los titulares del derecho. iii) La creación de contenidos específicos de los cuales son titulares los sujetos campesinos, como resultado de las luchas políticas de los mismos movimientos campesinos. Por ejemplo, al consagrar el derecho a la alimentación adecuada, la Declaración Universal de los Derechos de los Campesinos reconoce a los campesinos el derecho a “definir sus propios sistemas agroalimentarios, reconocido por muchos Estados y regiones como el derecho a la soberanía alimentaria”.⁵³ La noción de soberanía alimentaria fue propuesta por los movimientos agrarios transnacionales, principalmente por La Vía Campesina, como una alternativa al concepto de seguridad alimentaria, promovido desde la institucionalidad oficial de las Naciones Unidas. La Declaración, así como otras fuentes de derecho, entre ellas la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han incorporado el concepto de soberanía alimen-

⁵³ Naciones Unidas, *A/RES/73/165*, Declaración Universal de los Derechos de los Campesinos y de otras personas que viven en zonas rurales. Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018.

taria al sistema normativo y lo traducido como un derecho, señalando así las obligaciones del Estado para su efectiva realización integral.

La definición sustancial del campesinado como un sujeto de derechos y de especial protección constitucional abre debates jurídicos sobre los alcances de este reconocimiento. Por un lado, se encuentran los debates sobre la implementación e interpretación de estos contenidos. Uno de los debates más importantes sobre este particular se refiere a si el reconocimiento del derecho a la soberanía alimentaria, y los contenidos especiales de los derechos a la participación y los derechos ambientales de la población campesina limitarían el aprovechamiento de los recursos del subsuelo por parte del Estado. Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional en un principio facilitó una interpretación garantista del marco legal emergente, en las decisiones más recientes, limitó de forma sustancial el ejercicio del derecho, hasta el punto que varias consultas populares sobre minería, como la que se desarrolló en el municipio de San Lorenzo, Nariño, dejó de contar con la financiación de la Registraduría Nacional, a pesar de haber surtido el trámite legal necesario para realizar este tipo de iniciativas.

Por otro lado, se encuentran los debates sobre la delimitación subjetiva de los titulares de estos derechos; dicho en otras palabras, la respuesta a la pregunta de quiénes son los campesinos y campesinas. Recientemente, como resultado de un proceso de movilización legal por el reconocimiento de los derechos políticos del campesinado, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia —ICANH—, conformó una comisión para construir una definición del campesinado que le permitiera al Departamento Nacional de Estadística, cumplir una sentencia de tutela emitida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual le ordenan a esta entidad incluir al campesinado como categoría censal. Según esta definición, el campesinado es “un sujeto intercultural, que se identifica como tal, involucrado vitalmente en el trabajo directo con la tierra y la naturaleza; inmerso en formas de organización social basadas en el trabajo familiar y comunitario no remunerado y/o en la venta de la fuerza de trabajo”.⁵⁴

Esta definición integra las demandas identitarias del campesinado colombiano, con la reafirmación de que el acceso a la tierra le permite al campesinado ejercer su derecho al trabajo, y reconoce también las dimensiones políticas y culturales de este sujeto colectivo. Sin embargo, es importante resaltar que su interpretación puede ser mucho más ambigua que aquella derivada de la

⁵⁴ Naranjo, J. D., “Al fin... ¿qué es ser campesino?”, *Semana Rural*, 2020.

noción de sujeto de reforma agraria, particularmente en términos de la diferenciación social y económica del campesinado. Según esta definición, ¿son las elites rurales o el campesinado rico un sujeto de especial protección constitucional? Esta pregunta adquiere una dimensión aún más problemática si su respuesta se traslada de forma exclusiva al campo jurídico, es decir, si se otorga a los juristas la capacidad de responder a la misma de forma autoritativa.

Considero que una interpretación articulada de ambas categorías, vigentes de forma simultánea en el ordenamiento jurídico actual, implica que el Estado, a través de su aparato judicial, otorgó un rango de protección constitucional a la ya existente categoría de “sujeto de reforma agraria” al reconocerlo como un “sujeto de derechos”. Esta interpretación es congruente con la jurisprudencia constitucional, ya que ha protegido de forma prioritaria los derechos de los campesinos sujetos de reforma agraria frente a las expectativas de otros sujetos rurales en sus intentos de apropiarse y acumular irregularmente los baldíos de la nación.

Esta tensión también confirma que el derecho no sólo es un medio de expresión de las disputas sociales, sino que es inseparable de estas mismas luchas tanto en su producción como en su implementación⁵⁵ (Peluso 2017). Sin embargo, a partir de esta evolución surgen preguntas sobre la propia independencia del campo jurídico y las consecuencias de que, como resultado de las luchas por el reconocimiento, éste sea el escenario en el cual se defina el marco de acción entre el campesinado y el Estado en Colombia.

V. CONCLUSIONES

La defensa de las tierras baldías como patrimonio público se convirtió en una de las reivindicaciones centrales de los movimientos campesinos en Colombia. Este proceso político no sólo recoge debates alrededor de las tierras rurales y los derechos de propiedad, sino de los medios de vida y del trabajo de los campesinos. Los actores autorizados dentro del campo jurídico tradujeron este proceso histórico para hacerlo inteligible al interior del sistema normativo; sin embargo, en este proceso los campesinos no han sido únicamente ‘traducidos’, sino que han podido hablar con su propia voz y agencia como actores que producen derecho y contenidos normativos. En consecuencia, el derecho representó a los campesinos primero como “sujetos de reforma agraria” y, posteriormente, como resultado de un proceso gradual y progre-

⁵⁵ Peluso, N. L., *Whigs and Hunters: the Origins of the Black Act*, by E. P. Thompson, *cit.*

sivo de movilización legal y cambio institucional, los jueces constitucionales los consideraron como “sujeto de derechos” y, últimamente, como “sujeto de especial protección constitucional”.

La última etapa de este proceso fue posible tanto por los cambios generados por la Constitución de 1991, que trajo consigo la inclusión de una carta de derechos más amplia y ambiciosa y la creación de nuevos organismos y mecanismos para la protección de los derechos humanos, como por otros cambios en el contexto político, que también generaron un entorno más propicio para la movilización legal del campesinado.⁵⁶ Así, el proceso de paz con la guerrilla de las FARC y el incremento de la acción colectiva de los pobladores rurales, entre otros factores, favorecieron la jurisprudencia de la Corte, que consolidó una representación del campesinado vinculada a una interpretación progresiva de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y de los artículos de la Constitución Política que reconocen los derechos del campesinado, que depende de su trabajo sobre la tierra para su subsistencia, sobre las tierras baldías.

Sin embargo, dicha jurisprudencia se ha tornado ambivalente. El periodo de protección de derechos de los campesinos parece haber llegado a su fin, y un cambio en la jurisprudencia de la Corte parece inevitable teniendo en cuenta sus más recientes sentencias y la actual composición de su magistratura.⁵⁷ Adicionalmente, hay una brecha entre la justicia rutinaria y la protagónica.⁵⁸ Mientras la Corte Constitucional ha protegido las expectativas de los campesinos como sujetos de especial protección, en términos de proteger su acceso a la propiedad sobre las tierras baldías como principal fuente de trabajo, en diferentes regiones del país los jueces civiles aplican la prescripción adquisitiva de dominio sobre tierras baldías a favor de particulares que no cumplen los requisitos para ello en detrimento de los sujetos protegidos por el campo jurídico.⁵⁹

Finalmente, quedan las dudas sobre los riesgos de que sean los juristas quienes definan ahora el marco de relación entre los campesinos y el Estado.

⁵⁶ Franco, J. C., “Making Land Rights Accessible: Social Movements and Political-Legal Innovation in the Rural Philippines”, *The Journal of Development Studies*, vol. 44, núm. 7, 2008.

⁵⁷ Entrevista con Ana Jimena Bautista, investigadora de Dejusticia, 2019.

⁵⁸ Uprimny, R., “Justicia rutinaria y protagónica: una caracterización de la justicia colombiana”, en García Villegas, M. y Ceballos, M. (comp.), *Democracia, justicia y sociedad*, Bogotá, Dejusticia, 2016.

⁵⁹ Güiza, D. et al., *La constitución del campesinado. Luchas por reconocimiento y redistribución en el campo jurídico*, Bogotá, Dejusticia, 2020.

A pesar de estos cuestionamientos, el proceso que llevó al reconocimiento del campesinado como un sujeto de especial protección constitucional da cuenta de la relevancia política que este actor continúa teniendo en el país.

VI. REFERENCIAS

- ARIAS, W., *Así se roban la tierra en Colombia*, Bogotá, sin editorial, 2018, disponible en <http://www.semillas.org.co/es/as-se-roban-la-tierra-en-colombia>.
- BAUTISTA, A. J., “¿De dónde van a salir 9 millones de hectáreas para las zidres?”, *No Hay Derecho*, 2017, disponible en: https://www.vice.com/es_co/article/nz594d/de-donde-van-a-salir-90-millones-de-hectareas-para-las-zidres, (fecha de consulta: 26 noviembre 2018).
- BORDIEU, P., “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, *The Hastings Law Journal*, núm. 38, 1987.
- BORRAS, S., “Questioning Market-Led Agrarian Reform: Experiences from Brazil, Colombia and South Africa”, *Journal of Agrarian Change*, vol. 3, núm. 3, 2003.
- CASTILLA, A., “Reconocimiento político del campesinado. Por qué debe promoverse en la Constitución Nacional”, *Semillas*, 2015, disponible en: <https://www.semillas.org.co/es/reconocimiento-pol-2>, (fecha de consulta: 10 septiembre 2020).
- CHÁVEZ, M., *El derecho agrario en México*, México, Porrúa, 2004.
- CINEP, *Luchas sociales, derechos humanos y representación política del campesinado*, Bogotá, Cinep, 2013, disponible en: https://issuu.com/cinepppp/docs/informe_especial_campesinado_2013, (fecha de consulta: 8 febrero 2018).
- CLAEYS, P., “The Creation of New Rights by the Food Sovereignty Movement: The Challenge of Institutionalizing Subversion”, *Sociology*, vol. 46, núm. 5, 2012.
- CLAEYS, P., “The Right to Land and Territory: New Human Right and Collective Action Frame”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 75, núm. 2, 2015.
- CLAEYS, P. y EDELMAN, M., “The United Nations Declaration on the rights of Peasants and other People Working in Rural Areas”, *The Journal of Peasant Studies*, vol. 47, núm. 1, 2020.
- COLE, D. H., “‘An Unqualified Human Good’: E. P. Thompson and the Rule of Law”, *Journal of Law and Society*, vol. 28, núm. 2, 2001.

- CONPES, Documento CONPES 3917, Áreas de referencia como insumo para la identificación de las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres), Bogotá, Departamento Nacional de Planeación; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Unidad de Planificación de Tierras Rurales, Adecuación de Tierras y Usos Agropecuarios, 7 febrero 2018. disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3917.pdf>, (fecha de consulta: 29 noviembre 2018).
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-595 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-175 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-267 de 2011, M.P.: Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-644 de 2012, M.P.: Adriana María Guillén Arango.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-763 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-488 de 2014, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-235 de 2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-426 de 2016, M.P.: María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-077 de 2017, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- JANVRY, A., de, *The Agrarian Question and Reformism in Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1981.
- FAJARDO, D., *Para sembrar la paz, hay que aflojar la tierra: comunidades, tierras y territorios en la construcción de un país*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Ambientales, 2002.
- FALS-BORDA, O., *Historia doble de la Costa, Retorno a la tierra*, t. 4, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1986.
- FRANCO, J. C., “Making Land Rights Accessible: Social Movements and Political-Legal Innovation in the Rural Philippines”, *The Journal of Development Studies*, vol. 44, núm. 7, 2008.

- FUENTES, A., *Marcos legales de acceso a la tierra: caso Colombia*, Bogotá, Cinep, 2010.
- GARCÍA, J. A. y MANTILLA, C. O., “Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular”, en THWAITES, M. et al. (coord.), *Las disputas por lo público en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, CLACSO, 2018, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/j.ctvnp0k8v.13>, (fecha de consulta: 1 septiembre 2020).
- GARCÍA, M. C. y RESTREPO, A. M., “¡A quejarse al mono de la pila! Protestas en época de pandemia en Colombia”, *Cien Días Vistos por Cinep*, núm. 100, 2020.
- GARCÍA VILLEGAS, M., “Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America”, *Florida Journal of International Law*, núm. 16, 2004.
- GÜIZA, D. et al., *La constitución del campesinado. Luchas por reconocimiento y redistribución en el campo jurídico*, Bogotá, Dejusticia, 2020.
- GÜIZA, D. et al., “Mano Siervo, ¡Se nos fugan los baldíos!”, *La Silla Vacía*, Bogotá, 9 octubre 2018, disponible en: <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/mano-siervo-se-nos-fugan-los-baldios-68319> (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2019).
- HANDMAKER, J., *Researching Legal Mobilisation and Lawfare*, The Hague, International Institute of Social Studies, Working Paper, núm. 641, 2019, disponible en: <https://www.iss.nl/en/news/researching-legal-mobilisation-and-lawfare-jeff-handmaker>.
- HOUTZAGER, P. P., “The Movement of the Landless (MST), Juridical Field and Legal Change in Brazil”, en SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- LEGRAND, C., *Colonización y protesta campesina en Colombia: 1850-1950*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1988.
- LONDOÑO, R., *Juan de la Cruz Varela. Sociedad y política en la región de Sumapaz (1902-1984)*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MARX, K., *Capital: A Critique of Political Economy*, Ware, Wordsworth Editions Limited, 2013.
- MEDINA, M. A., “Las zidres aún causan preocupación”, *El Espectador*, Bogotá, 9 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.elespectador.com/economia/las-zidres-aun-causan-preocupacion-articulo-679130>, (fecha de consulta: 29 de noviembre de 2018).

- MERRY, S. E., “Anthropology and Law”, en FARDON, R., *et al.* (coord.), *The SAGE Handbook of Social Anthropology*, London, SAGE, 2012, disponible en: http://sk.sagepub.com/reference/hdbk_socialanthropology.
- MONTENEGRO, C., “Ampliaciones y quiebres del reconocimiento político del campesinado colombiano: un análisis a la luz de la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular (Cacep)”, *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 52, núm. 1, 2016.
- NARANJO, J. D., “Al fin... ¿qué es ser campesino?”, *Semana Rural*, 2020, disponible en: <https://semanarural.com/web/articulo/poblacion-campesina-del-pais-y-su-estado/1549>, (fecha de consulta: 14 marzo 2021).
- NEGRETE, V., *Origen de las luchas agrarias en Córdoba*, Montería, Fundación del Caribe, 1981.
- OXFAM, “*Divide and Purchase*”: *How Land Ownership is Being Concentrated in Colombia*, Oxfam International, 2013, disponible en: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-divide-and-purchase-land-concentration-colombia-270913-en_0.pdf.
- PALACIOS, M., *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*, Bogotá, FCE, Universidad de los Andes, 2011.
- PELUSO, N. L., “Whigs and Hunters: the Origins of the Black Act, by E. P. Thompson”, *The Journal of Peasant Studies*, vol. 44, núm. 1, 2017.
- “¿Qué propone el referendo campesino?”, *Semana rural*, Bogotá, D. C., 27 noviembre 2020, disponible en: <https://semanarural.com/web/articulo/en-que-consiste-el-referendo-campesino-propuesto-por-la-anuc/1696>, (fecha de consulta: 23 de enero de 2021).
- RAMOS, M., *La construcción histórica de la jurisdicción agraria en Colombia*, Cuaderno Técnico. Área de Desarrollo Rural Sostenible, núm. 32, San José, IICA, 2004.
- ROBLEDO, J. E., *Intervención de los demandantes en la audiencia pública de la Corte Constitucional sobre la Ley 1776 de 2016*, Sala Plena de la Corte Constitucional, 2016, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Vea-la-Audiencia-Publica-del-juicio-de-constitucionalidad-contrala-Ley-1776-de-2016-%22Por-la-cual-se-crean-y-desarrollan-Zonas-de-Interes-de-Desarrollo-Rural-Economico-y-Social-Zidres%22-6041>, (fecha de consulta: 17 de octubre de 2016).
- SANTOS, B. de S. y RODRÍGUEZ, C., “Law, Politics and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization”, en SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO,

- C. (coord.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- THOMPSON, E. P., *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London, Penguin Books Limited, 1975.
- TUSHNET, M., “An Essay on Rights”, *Texas Law Review*, vol. 62, núm. 8, 1984.
- “Un fallo de la Corte frenó en seco modelo de desarrollo agrícola de Santos”, *Semana*, Bogotá, 24 agosto 2012, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/un-fallo-corte-freno-seco-modelo-desarrollo-agricola-santos/263645-3> (fecha de consulta: 26 noviembre 2018).
- UPRIMNY, R., “Justicia rutinaria y protagónica: una caracterización de la justicia colombiana”, en GARCÍA VILLEGAS, M. y CEBALLOS, M. (coord.). *Democracia, justicia y sociedad*, Bogotá, Dejusticia, 2016.
- URIBE-LÓPEZ, M., “Estilo de desarrollo y sesgo anticampesino en Colombia”, *Cuadernos de Economía*, núm. XXXII, 2013.
- YIE GARZÓN, S. M., *Del patrón-Estado al Estado-patrón. La agencia campesina en las narrativas de la reforma agraria en Nariño*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Nacional de Colombia, 2015.
- ZAMOSC, L., *The Agrarian Question and the Peasant Movement in Colombia: Struggles of the National Peasant Association, 1967-1981*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

TRABAJO DIGNO Y DECENTE, DERROTA SOCIAL Y SUICIDALIDAD EN POBLACIÓN COLOMBIANA*

DIGNIFIED AND DECENT WORK, SOCIAL DEFEAT
AND SUICIDALITY IN COLOMBIAN POPULATION

TRAVAIL DIGNE ET DÉCENT, DÉFAITE SOCIALE
ET TENDANCE AU SUICIDE (SUICIDALITÉ) DANS
LA POPULATION COLOMBIENNE

César Alveiro MONTOYA AGUDELO**

Camilo Andrés GARZÓN CORREA***

Erika Yohanna BEDOYA CARDONA****

RESUMEN: La Organización Mundial de la Salud define a la salud como el estado de bienestar que permite afrontar estrés, trabajar productivamente y contribuir a la comunidad; pero anualmente reporta alta afectación a la salud en el ámbito laboral. El objetivo del estudio es describir la relación entre indicadores de trabajo digno y decente, derrota social y suicidalidad en la población colombiana. Los resultados indican que gran parte de los participantes cuentan con acceso a educación, empleo, seguridad social, alta percepción de oportunidades, aporte a la sociedad,

* Recibido el 20 de abril de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** PhD en administración. Profesor investigador. Grupo de Investigación en Gestión y Desarrollo Organizacional. Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Afines, Universidad Cooperativa de Colombia-Seccional Medellín. E-mail: cesar.montoyaag@campusucc.edu.co. ORCID: disponible en: <https://orcid.org/0000-0001-7618-4713>.

*** Magister en Derecho. Profesor investigador. Grupo de Investigación Democracia, Derecho y Justicia(s). Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia-Seccional Medellín. E-mail: camiloa.garzon@ucc.edu.co. ORCID: disponible en: <https://orcid.org/0000-0002-2851-2716>.

**** PhD en psicología clínica y salud. Profesora investigadora. Grupo de Investigación Familia y Sociedad. Facultad de Psicología, Universidad Cooperativa de Colombia-Seccional Bucaramanga. E-mail: erika.bedoya@campusucc.edu.co. ORCID: disponible en: <https://orcid.org/0000-0002-3398-8188>



posibilidad de mejora en calidad de vida, baja percepción de derrota social y riesgo de suicidio. Sin embargo, pocos cuentan con contrato a término indefinido, tiempo para actividades deportivas o recreativas, consideran salario insuficiente para la calidad de vida, no tienen espacio para diálogo de condiciones laborales y han sido víctimas o testigos de maltrato laboral. Hubo relación entre derrota social y suicidalidad con situación laboral o académica, remuneración salarial insuficiente para calidad de vida, no contar con espacio para diálogo y discusión de condiciones y actividades laborales y haber sido víctima o testigo de *mobbing* u otra situación de maltrato laboral.

Palabras clave: trabajo digno, trabajo decente, derrota social, suicidalidad, Colombia.

ABSTRACT: The World Health Organization defines health as a state of well-being that allows to face stress, work productively and contribute to the community; but annually it reports high affectation to health in the workplace. The objective of the study is to describe the relationship between decent work indicators, social defeat and suicide in the Colombian population. The results indicate that a large part of the participants has access to education, employment, social security, high perception of opportunities, contribution to society, possibility of improvement in quality of life, low perception of social defeat and risk of suicide. However, few have an indefinite term contract, time for sports or recreational activities, consider insufficient wages for quality of life, have no space for dialogue on working conditions, and have been victims or witnesses of mobbing. There was a relationship between social defeat and suicide with work or academic situation, insufficient salary for quality of life, not having space for dialogue and discussion of conditions and work activities, and having been a victim or witness of mobbing or other situation of labor abuse.

Keywords: Dignified work, decent work, social defeat, suicide, Colombia

RESUME: L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) définit la santé comme une forme de bien-être qui permet de faire face au stress, de travailler efficacement et de jouer un rôle au sein de sa communauté. Or, l'OMS signale tous les ans de graves atteintes en matière de santé dans le contexte professionnel. Cette étude aborde la défaite sociale et la suicidalité dans la population colombienne mais en les rapportant aux indicateurs définissant le travail digne et décent. Les résultats montrent qu'une large majorité des participants ont bien accès à l'éducation, à l'emploi, à la sécurité sociale, qu'il leur est envisageable de progresser dans l'échelle

professionnelle ou d'améliorer leurs conditions de vie, d'apporter une contribution à leur communauté et qu'ils ont une vague notion de ce que l'on nomme défaite sociale ou tendance au suicide. Pourtant, peu d'entre eux bénéficient d'un contrat professionnel à durée indéterminée, de temps suffisant pour pratiquer une activité sportive ou récréative, peu sont satisfaits du montant de leur salaire permettant de bonnes conditions d'existence, aucun ne dispose d'un espace lui permettant de dialoguer sur les conditions de travail et la plupart ont été victimes ou témoins de maltraitance professionnelle. Or, il existe un lien entre, d'une part, défaite sociale et suicidalité et, d'autre part, situation professionnelle, entre la rémunération salariale insuffisante et la qualité de vie, entre le fait de ne pas profiter d'espaces pour aborder les conditions de travail et les tâches professionnelles et celui d'avoir été victime ou témoin de harcèlement moral (ou de tout autre maltraitance au travail).

Mots-clés: Travail digne, travail décent, défaite sociale, suicidalité, Colombie.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fundamentación teórica.* III. *Metodología.* IV. *Resultados.* V. *Discusión.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud define a la salud como un estado de bienestar físico, mental y social “que permite a los individuos realizar sus habilidades, afrontar el estrés normal de la vida, trabajar de manera productiva y fructífera, y hacer una contribución significativa a sus comunidades”.¹ Sin embargo, esta misma organización evidencia que entre el 5% y 10% de trabajadores en países desarrollados y entre el 20% y 50% en países industrializados padecen estrés y afectaciones laborales.² Por esta razón, la salud laboral debe ser considerada un problema empresarial y social, y no solamente un aspecto individual,³ ya que los factores y condiciones de riesgo psicosocial

¹ Organización Mundial de la Salud, *¿Qué es la salud mental?*, 2007, p. 4, disponible en: <http://www.who.int/features/qa/62/es/index.html>.

² Organización Mundial de la Salud, *Protección de la salud de los trabajadores*, 2017, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/protecting-workers-health>.

³ Moreno Jiménez, B., “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, núm. 1, 2011.

en el ámbito laboral afectan la salud, alteran los recursos y capacidades para responder a las demandas laborales, disminuyen la productividad,⁴ aumentan los gastos de atención sanitaria y reducen la renta a nivel nacional.⁵

Dada la relevancia del concepto de derrota social a nivel explicativo, y potencialmente preventivo, de la relación entre situaciones laborales y sociales de desventaja, riesgo de suicidio y afectaciones en salud mental, el presente estudio tiene como objetivo describir la relación entre indicadores de trabajo digno y decente, derrota social y suicidalidad en población colombiana, ya que según la OMS,⁶ existe relación entre afectaciones en salud mental con discriminación de género, exclusión social, condiciones de trabajo estresantes, violencia y vulneración de derechos humanos.

II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1. Trabajo digno y decente

El trabajo digno hace referencia a la satisfacción que se debe tener a la luz de los derechos, mientras que el trabajo decente, según la OIT,⁷ es la principal fuente para hablar de la dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad y actuación en el beneficio de todos. La generación de un trabajo digno y decente se fundamenta en el desarrollo y crecimiento económico, aumento de oportunidades de trabajo productivo y desarrollo empresarial; ello, con el propósito de disminuir la pobreza y lograr un desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible para todas las comunidades.⁸

⁴ Mur de Vía, C. y Maqueda Blasco, J., “Salud laboral y salud mental: estado de la cuestión”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, núm. 1, 2011.

⁵ Organización Internacional del Trabajo, “¡Auxilio estrés! Salud mental en el trabajo”, *Revista de la OIT*, núm. 37, diciembre de 2000, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwems_080699.pdf.

Sánchez, P., “Cambios a la normativa: salud mental y trabajo: ¿un problema en alza?”, *Ciencia & Trabajo*, vol. 8, núm. 21, 2006.

⁶ Organización Mundial de la Salud, *Salud mental: fortalecer nuestra respuesta*, Centro de Prensa, 2016, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/es/>.

⁷ Organización Internacional del Trabajo, 87a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, *Memoria del director general: Trabajo decente*. 1999, disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Decent Work in a Modern Welfare State: The Case of Denmark*, Ginebra, mimeografiado, 2001.

El trabajo decente hace referencia a la oportunidad, a las condiciones y al buen diálogo social en toda actividad productiva que es remunerada, bajo los lineamientos de libertad, equidad, seguridad y respeto por la dignidad humana.⁹ La decencia laboral se caracteriza por contar con una serie de aspiraciones que toda persona tiene de su vida laboral, donde se tienen presentes expectativas con relación a las oportunidades que se le ofrecen en el campo laboral y los ingresos que puede recibir por el desarrollo de sus actividades laborales; además, tiene en cuenta la justicia social y la igualdad de género.¹⁰

A la luz de los preceptos que tiene el trabajo digno y decente, es importante destacar que puedan garantizarse oportunidades de empleo e ingresos, protección social, garantías de los trabajadores y diálogo social, recibir un salario y contar con un ambiente de trabajo saludable. Existe entonces una interdependencia entre las cuatro dimensiones que forman parte del trabajo decente: derecho al trabajo, diálogo social, empleo y seguridad social. Al respecto, Montoya Agudelo, Méndez Cruz y Boyero Saavedra¹¹ proponen como indicadores para la medición del trabajo decente: 1) tipo de contrato, 2) oportunidades de empleo para hombres y mujeres, 3) estabilidad y seguridad en el empleo, 4) ingresos adecuados y trabajo productivo, 5) conciliación del trabajo con la familia, 6) horas de trabajo, 7) igualdad de oportunidades y trato, 8) entorno del trabajo, 9) seguridad social, 10) promoción del diálogo social empresarial, y 11) remuneración adecuada.

2. Derrota social

La derrota social se define como la sensación de lucha fallida con relación a la ruptura o pérdida de un estatus valioso o de metas personales importantes.¹² Al respecto, Taylor, Gooding, Wood y Tarrier (2011) proponen que los

⁹ Montoya Agudelo, C. A. *et al.*, “Trabajo digno y decente: una mirada desde la OIT para la generación de indicadores para las pymes mexicanas y colombianas”, *Revista Científica Visión de Futuro*, vol. 21, núm. 2, 2017, pp. 84-106.

¹⁰ Montoya Agudelo, C. y Méndez Cruz, R., *El trabajo decente como objetivo del milenio: logros y retos desde una perspectiva comparada Colombia-México*, 2016, disponible en: http://www.alafec.unam.mx/memoria_xv.php.

¹¹ Montoya Agudelo, C. A. *et al.*, “Trabajo digno y decente: una mirada desde la OIT para la generación de indicadores para las pymes mexicanas y colombianas”, *Revista Científica Visión de Futuro*, vol. 21, núm. 2, 2017, pp. 84-106.

¹² Gilbert, P. y Allan, S., “The Role of Defeat and Entrapment (arrested flight) in Depression: An Exploration of an Evolutionary View”, *Psychological Medicine*, vol. 28, núm. 3, 1998, pp. 585-598.

principales eventos que podrían suscitar percepción de derrota son: a) pérdida o dificultad para alcanzar recursos —materiales, financieros, sociales—, b) humillación o ataque social, c) autocrítica, comparación social desfavorable y expectativas poco realistas.¹³ Según el enfoque de comparación social,¹⁴ la derrota es considerada un componente individual desde el cual la persona crea una jerarquía psicológica de metas, objetivos y posición social, que en condiciones adaptativas llevan a que, ante una comparación social desfavorable, la sensación de derrota sea momentánea y motive a la búsqueda de nuevas metas.¹⁵

Desde un punto de vista evolutivo, la comparación social es una estrategia usada por diferentes especies para analizar los propios recursos y los de los adversarios en situaciones de competición, defensa territorial, atracción y selección de pareja sexual, verificación de la posición social y poder ante un conflicto.¹⁶ En contextos humanos, la comparación social negativa, entendida como un estatus social bajo, se encuentra relacionada con afectaciones del estado de ánimo;¹⁷ asimismo, se ha encontrado que el permanecer por largo tiempo en ambientes hostiles y con carencias puede llevar a la persona a asumir conductas de subordinación (involuntaria) como mecanismos de preservación ante experiencias de desventaja.¹⁸ Con lo cual, si la percepción de derrota social es prolongada e intensa, puede desencadenar en conductas de

¹³ Gilbert, P., “Evolution and Depression: Issues and Implications”, *Psychological Medicine*, vol. 36, núm. 3, 2006, pp. 287-297.

Sloman, L. *et al.*, “Evolved Mechanisms in Depression: The Role and Interaction of Attachment and Social Rank in Depression”, *Journal of Affective Disorders*, vol. 74, núm. 2, 2003, pp. 107-121.

¹⁴ Price, J. S., “Genetic and Phylogenetic Aspects of Mood Variation”, *International Journal of Mental Health*, vol. 1, núm. 1-2, 1972, pp. 124-144.

¹⁵ Sloman, L. *et al.*, *op cit.*

¹⁶ Gilbert, P., Allan, S. y Trent, D., “Involuntary Subordination or Dependency as Key Dimensions of Depressive Vulnerability”, *Journal of Clinical Psychology*, vol. 51, núm. 6, 1995, pp. 740-752.

Gilbert, P., “Depression and Stress: A Biopsychosocial Exploration of Evolved Functions and Mechanisms”, *Stress*, vol. 4, núm. 2, 2001, pp. 121-135.

¹⁷ Gilbert, P., “The Relationship of Shame, Social Anxiety and Depression: The Role of the Evaluation of Social Rank”, *Clinical Psychology & Psychotherapy*, vol. 7, núm. 3, 2000, pp. 174-189.

¹⁸ Price, J. S. *et al.*, “The Social Competition Hypothesis of Depression”, *British Journal of Psychiatry*, vol. 164, núm. 3, 1994, pp. 309-335; Sloman, L. y Gilbert, P., *Subordination and Defeat: An Evolutionary Approach to Mood Disorders and their Therapy*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2000.

sumisión, limitar la capacidad de búsqueda de oportunidades sociales y laborales que mejoren la situación individual,¹⁹ y en un extremo psicopatológico llevar a la desregulación de mecanismos o uso de estrategias cognitivas, como considerarse ineficaz, asumir conductas de hipervigilancia o inhibición e incapacidad de experimentar emociones positivas, como respuestas defensivas ante la percepción del bajo estatus social.²⁰

3. Suicidalidad

Dentro del espectro de respuestas ante el fracaso del bienestar social y laboral e incapacidad para salir de la derrota social, se podría considerar al suicidio como una respuesta extrema, entendiendo dicha conducta autolesiva como un continuo que va desde la ideación, planeación y tentativa hasta el suicidio consumado,²¹ altamente relacionada con trastornos mentales,²² ya que se asocia a percepción y creencias negativas del futuro y de sí mismo que,²³ según Quintanilla Montoya, Haro Jiménez, Flores Villavicencio, Celis de la Rosa y Valencia Abundiz (2003), basados en la teoría de la indefensión aprendida de Seligman (1975), ocurre cuando la persona interioriza impotencia o

¹⁹ Gilbert, P., *op. cit.*

²⁰ Taylor, P. J. *et al.*, "The Role of Defeat and Entrapment in Depression, Anxiety, and Suicide", *Psychological Bulletin*, núm. 137, 2011, pp. 391-420.

²¹ Ministerio de Salud y Protección Social República de Colombia, *Programa Nacional de Salud y Medicina Familiar y Comunitaria. Dirección de Desarrollo del Talento Humano en Salud*, 2014, disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/TH/Programa%20Nacional%20Salud%20Familiar%20y%20Comunitaria%20y%20Medicina%20Familiar%20200214.pdf>.

²² Siddaway, A. *et al.*, "A Meta-Analysis of Perceptions of Defeat and Entrapment in Depression, Anxiety Problems, Posttraumatic Stress Disorder, and Suicidality", *Journal of Affective Disorders*, núm. 184, 2015, pp. 149-159.

Bedoya, E. y Montaña, L., "Suicidio y trastorno mental", *CES Psicología*, vol. 9, núm. 2, 2016, pp. 179-201.

²³ Acosta, F. *et al.*, "A Prospective Study of the Psychopathological Variables Associated with Suicidality Among Schizophrenic Patients", *Actas Españolas de Psiquiatría*, vol. 37, núm. 1, 2009, pp. 42-48; Brown, G. K. *et al.*, "Cognitive Therapy for the Prevention of Suicide Attempts. A Randomized Controlled Trial", *Journal of the American Medical Association*, vol. 294, núm. 5, 2005, pp. 563-570; Henriques, G. *et al.*, "Cognitive Therapy for Adolescent and Young Adult Suicide Attempters", *The American Behavioral Scientist*, vol. 46, núm. 9, 2003, pp. 1258-1268; López, F. *et al.*, "Ideación suicida y desesperanza en pacientes psiquiátricos hospitalizados", *Alceon, Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, vol. 14, núm. 3, 2008, pp. 33-41; Scholes, B. y Martín, C., "Measuring Depression in Schizophrenia with Questionnaires", *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 17-22.

falta de control respecto a conductas o expectativas que son incongruentes con lo esperado.

Desde los modelos teóricos de Beck (1967) y Scotland (1969) esta situación se podría explicar a partir de un sistema de esquemas cognitivos de expectativas negativas sobre el futuro, caracterizados por la creencia de que: 1) nunca se podrá salir adelante por sí mismo/a; 2) nunca se tendrá éxito en lo que se intente; 3) nunca se podrán alcanzar objetivos importantes, y 4) nunca se podrán solucionar los diversos problemas de la vida,²⁴ ya que como expresan Sarmiento Falcón, Sánchez Sánchez, Vargas Polanco y Álvarez Rodríguez (2010), “la desesperanza, comprendida como la sensación de imposibilidad absoluta de obtener una determinada cosa o de que ocurra algo que pueda cambiar la realidad existente, va generando impotencia y culpa que conduce al abandono de la lucha por la vida” (p. 5).

III. METODOLOGÍA

Diseño cuantitativo, transversal, descriptivo y correlacional.

1. *Participantes*

412 adultos colombianos, con edades entre 18 a 72 años (M= 29.25; DE=10.91), 131 nombres (31.6%) y 281 mujeres (67.9%). El tipo de muestreo fue no probabilístico por conveniencia.

2. *Instrumentos*

Indicadores de trabajo decente. Se crearon algunas preguntas basadas en los indicadores de trabajo decente (oportunidades de empleo, ingresos adecuados, horas de trabajo decentes, estabilidad y seguridad del trabajo, combinación del trabajo y la vida familiar, igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, entorno de trabajo seguro, seguridad social, diálogo y representación de los trabajadores) de la OIT (2008). Medición del trabajo decente. Documento de debate para la Reunión tripartita de expertos sobre la medición del trabajo decente.

²⁴ Gonzáles, J. y Hernández, A., “La desesperanza aprendida y sus predictores en jóvenes. Análisis desde el modelo Beck”, *Enseñanza e Investigación*, vol. 17, núm. 2, 2012, pp. 313-327.

*Derrota social.*²⁵ Consta de dieciséis ítems que evalúan sentimiento de derrota social en los últimos siete días, y se responden en formato Likert de cinco opciones (0=Nunca, 1=Raramente, 2=A veces, 3=Frecuentemente, 4=Siempre). Se deben invertir las puntuaciones de los ítems 2, 4 y 9, y se suma el total de los 16 ítems, en un rango de 0 a 64, interpretándose que a mayor puntuación, mayor derrota social percibida. El alfa de Cronbach fue .93.

*Escala de suicidalidad de Okasha,*²⁶ compuesta por 4 ítems; los tres primeros exploran ideación, y se responden en una escala Likert de 4 puntos (0=Nunca, 1=Casi nunca, 2=Algunas veces, 3=Muchas veces), y el cuarto ítem pregunta sobre intentos (0=Ningún intento, 1=Un intento, 2=Dos intentos, 3=Tres o más intentos). El rango de puntuación es de 0-12. El alfa de Cronbach fue .86.

3. Procedimiento y aspectos éticos

El proyecto fue aprobado por el Comité de Bioética de la Universidad Cooperativa de Colombia con acta 006, del 13 de julio de 2018. La aplicación de los cuestionarios se realizó en formato digital a través de un *link* enviado por correo electrónico y publicado en redes sociales institucionales. El consentimiento informado estaba incluido en el cuestionario digital, ya que según la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud, los estudios sin riesgo, como es el caso del presente proyecto, ya que las pruebas no eran diagnósticas, pueden no requerir la firma del consentimiento, y basta con la aceptación del participante.

4. Análisis de datos

Todos los análisis se realizaron con el programa IBM *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS versión 25.0). Se describieron los indicadores de trabajo decente, niveles de derrota social y suicidalidad. Mediante la prueba Kolmogorov-Smirnov se encontró que no existe distribución normal para ninguna de las variables; por tanto, se realizaron correlaciones no paramétricas (Spearman).

²⁵ Gilbert, P. y Allan, S., "The Role of Defeat and Entrapment (Arrested Flight) in Depression: An Exploration of an Evolutionary View", *Psychological Medicine*, vol. 28, núm. 3, 1998, pp. 585-598.

²⁶ Okasha, A. et al., "Prevalence of Suicidal Feelings in a Sample of Non-Consulting Medical Students", *Acta Psychiatrica Scandinavica*, vol. 63, núm. 5, 1981, pp. 409-415.

IV. RESULTADOS

En la tabla 1 se evidencia que gran parte de la muestra tiene un nivel educativo superior; son las mujeres quienes presentan mayores titulaciones de pregrado y posgrado. Más de la mitad trabaja a tiempo completo o parcial; sin embargo, no todos reportan disposición de tiempo para actividades deportivas, recreativas o de ocio, y quienes lo hacen son sólo un 44% de los trabajadores. Respecto al tipo de contratación, solo un 36,4% tiene vínculo laboral indefinido. La mayoría reporta que tienen seguridad social y acceso a sistema de salud, cuentan con espacio para diálogo en el lugar de trabajo, no han sido víctimas o testigos de maltrato laboral ni han sufrido accidentes o enfermedad por causa laboral; sin embargo, más de la mitad considera que el salario percibido no es suficiente para su calidad de vida.

TABLA 1
ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS DE LOS INDICADORES
DE TRABAJO DECENTE TOTAL Y POR GÉNERO

<i>Indicadores trabajo digno y decente</i>	<i>Categorías</i>	<i>Frecuencia total (%)</i>	<i>Hombres (%)</i>	<i>Mujeres (%)</i>
Nivel académico	Ninguno	1 (0,24)	0	1 (0,24)
	Bachillerato	116 (28)	33 (8)	83 (20,15)
	Técnica	66 (16)	11 (2,67)	55 (13,35)
	Tecnología	37 (9)	16 (3,88)	21 (5,1)
	Pregrado	112 (27,2)	36 (8,74)	76 (18,45)
	Posgrado	80 (19,4)	35 (8,5)	45 (10,92)
Situación laboral y/o académica	Estudiante universitario	156 (37,8)	29 (7)	127 (30,8)
	Sólo trabaja	116 (28,1)	54 (13,1)	62 (15)
	Trabaja y estudia	140 (34)	48 (11,7)	92 (22,3)
Horas semanales de trabajo	20 horas	13 (3,1)	3 (0,7)	10 (2,4)
	40 horas	51 (12,4)	23 (5,6)	28 (6,8)
	48 horas	55 (13,3)	24 (5,8)	31 (7,5)
Dispone de tiempo para actividades de ocio, deportivas, artísticas u otras	Si	182 (71,1)	83 (32,4)	99 (38,7)
	No	74 (28,9)	22 (8,6)	52 (20,3)

<i>Indicadores trabajo digno y decente</i>	<i>Categorías</i>	<i>Frecuencia total (%)</i>	<i>Hombres (%)</i>	<i>Mujeres (%)</i>
Tipo de vinculación laboral	Término fijo	54 (22,3)	21 (8,7)	33 (13,6)
	Término indefinido	88 (36,4)	38 (15,7)	50 (20,7)
	Prestación de servicios	44 (18,2)	21 (8,7)	23 (9,5)
	Informal o autoempleo	56 (23,1)	19 (7,8)	37 (15,3)
Tipo de seguridad social	Ninguno	15 (3,6)	9 (2,2)	6 (1,4)
	Cotizante	203 (49,24)	83 (20,14)	120 (29,1)
	Beneficiario	136 (32)	27 (5,6)	109 (26,4)
	SISBEN	58 (14)	12 (2,9)	46 (11,1)
Espacio para diálogo y discusión de condiciones y actividades laborales	Sí	183 (72,3)	76 (30)	107 (42,3)
	No	70 (27,7)	27 (10,7)	43 (17)
Víctima o testigo de <i>mobbing</i> u otra situación de maltrato laboral	Sí	53 (21,4)	22 (8,9)	31 (12,5)
	No	195 (78,8)	80 (32,2)	115 (46,6)
Remuneración salarial suficiente para calidad de vida	Sí	104 (42,4)	56 (22,8)	48 (19,6)
	No	141 (57,6)	45 (18,4)	96 (39,2)
Ha sufrido alguna enfermedad o accidente laboral	Sí	11 (9,82)	4 (3,57)	7 (6,25)
	No	101 (90,18)	32 (28,57)	69 (61,61)

NOTA: Elaboración propia.

En la tabla 2 se observa que gran parte de los participantes del estudio sienten que tienen oportunidades laborales iguales a las demás personas, que aportan al mejoramiento de la sociedad, y que su trabajo les permitirá mejor calidad de vida. Por otra parte, un pequeño grupo percibe que sus problemas se deben a la falta de oportunidad laboral, que por mucho esfuerzo no mejorarán su estabilidad, e incluso algunos han presentado ideación o intentos de suicidio debido a la falta de oportunidad laboral.

TABLA 2
 ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS DE PERCEPCIÓN DE OPORTUNIDADES
 LABORALES Y FACTORES ASOCIADOS

<i>Variables</i>	<i>Categorías</i>	<i>Frecuencia (%)</i>
Siente que tiene pocas oportunidades laborales	Nunca	267 (64,5)
	Raramente	66 (15,9)
	A veces	52 (12,6)
	Frecuentemente	18 (4,3)
	Siempre	9 (2,2)
Siente que con su trabajo aporta al mejoramiento de los problemas de la sociedad	Total desacuerdo	30 (7,2)
	En desacuerdo	32 (7,7)
	Neutral	82 (19,)
	De acuerdo	135 (32,6)
	Total, acuerdo	135 (32,6)
Siente que tiene mejores oportunidades laborales que otras personas	Sí	200 (48)
	No	212 (52)
Siente que tiene las mismas oportunidades laborales que otras personas	Sí	281 (68)
	No	131 (32)
Siente que su trabajo le permitirá tener mejor calidad de vida en el futuro	Sí	354 (86)
	No	58 (14)
Sus problemas se deben a la falta de oportunidad laboral	Sí	111 (26,8)
	No	301 (72,7)
Siente que por mucho que se esfuerce su estabilidad laboral no mejorará	Sí	56 (13,5)
	No	356 (86)
Ha tenido ideación o intentos suicidas por falta de oportunidad laboral o acceso a recursos	Sí	27 (6,5)
	No	136 (32,9)

NOTA: Elaboración propia.

En la tabla 3 se reportan puntuaciones bajas en percepción de derrota social y riesgo de suicidio.

TABLA 3
 ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS DE DERROTA SOCIAL
 Y SUICIDALIDAD

		<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>	<i>Media</i>	<i>Desviación estándar</i>
Derrota social		0	61	14.16	11.07
	Suicidalidad	0	12	2.53	2.96

NOTA: Elaboración propia.

En cuanto a la relación entre las variables de estudio, se encontraron correlaciones estadísticamente significativas entre los indicadores de trabajo decente Haber sido víctima o presenciar acoso laboral o *mobbing* con Tipo de vinculación laboral ($rs = .137, p = .034$) y con Espacio para diálogo y discusión de condiciones y actividades laborales ($rs = -.220, p = .000$). En la tabla 4 se muestran correlaciones significativas entre algunos de los indicadores de trabajo decente con derrota social y suicidalidad.

TABLA 4
 CORRELACIONES ENTRE INDICADORES DE TRABAJO DECENTE
 CON DERROTA SOCIAL Y SUICIDALIDAD

<i>Indicadores de trabajo decente</i>	<i>Derrota social</i>	<i>Suicidalidad</i>
Trabaja y/o estudia	-.252**	-.189**
No cuenta con espacio para diálogo y discusión de condiciones y actividades laborales	.138*	.140*
No ha sido víctima o testigo de <i>mobbing</i> u otra situación de maltrato laboral	-.165**	-.144*
Remuneración salarial insuficiente para calidad de vida	.186**	--

**p < .001, *p < .005.

NOTA: Elaboración propia.

V. DISCUSIÓN

El presente estudio tenía como objetivo describir la relación entre indicadores de trabajo digno y decente propuestos por la OIT, derrota social y riesgo de

suicidio en población colombiana, para lo cual se encontró que gran parte de los participantes cuentan con condiciones óptimas respecto a la mayoría de variables medidas, ya que tienen acceso a educación, empleo, seguridad social; además, presentan alta percepción de oportunidades, aporte a la sociedad, posibilidad de mejora en calidad de vida, baja percepción de derrota social y puntuaciones mínimas en riesgo de suicidio. Dichos resultados se soportan en estudios previos, que afirman que para lograr productividad y desarrollo laboral es necesario que los empleados tengan bienestar y salud,²⁷ y que, por el contrario, los factores de riesgo laboral afectan tanto la salud como la productividad.²⁸

En el presente estudio también se ha evidenciado que la mayoría de los participantes no cuentan con un contrato a término indefinido, ante lo cual estudios previos han señalado que el estrés e incertidumbre por temor a la pérdida del empleo y la inestabilidad laboral puede incluso afectar más que la pérdida misma del empleo.²⁹ La subcontratación, el uso de trabajadores independientes, el incremento de la presión productiva y la evaluación individual de desempeño son factores de riesgo para la pérdida de la salud mental, confianza, solidaridad, aumento de individualismo, aislamiento, soledad y competitividad.³⁰

Por otra parte, sólo una pequeña parte de la muestra manifiesta contar con tiempo para actividades deportivas, de ocio y recreación, y esto ha sido altamente asociado a fatiga, trastornos mentales y enfermedades cardiovasculares.³¹ Además, el hecho de que más de la mitad considera que el salario recibido no es suficiente para su calidad de vida, es coherente con la afirmación de Torres (2016), de que el trabajo como fuente de satisfacción, ingreso y sostenimiento económico también puede representar desgaste y conflictos.

²⁷ Cobo, J. *et al.*, “La violencia de género en la atención psiquiátrica y psicológica especializada: ¿es relevante la violencia de género para nuestros profesionales?”, *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, vol. 3, núm. 2, 2010, pp. 61-67.

²⁸ “Principales generadores de estrés laboral en Colombia”, *Dinero.com*, 11 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.dinero.com/pais/articulo/causas-del-estres-laboral-colombia/202788>; Saldaña Orozco, C. *et al.*, “Bienestar psicológico, estrés y factores psicosociales en trabajadores de instituciones gubernamentales de Jalisco-México”, *Revista de Ciencias*, vol. XXVI, núm. 1, 2020, pp. 25-37.

²⁹ Laszlo, K. *et al.*, “Job Insecurity and Health: A Study of 16 European Countries”, *Soc Sci Med*, vol. 70, núm. 6, 2010, pp. 867-874.

³⁰ Dejours, C., *El sufrimiento en el trabajo*, Buenos Aires, Editorial Topia, 2015.

³¹ Mur de Viú, C. y Maqueda Blasco, J., “Salud laboral y salud mental: estado de la cuestión”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, núm. 1, 2011, pp. 1-3.

Si bien son pocas las personas que manifiestan no tener un espacio para el diálogo y discusión de condiciones laborales, y que han sido víctimas o testigos de maltrato o acoso laboral, ese pequeño porcentaje da cuenta de lo que se ha reportado en estudios previos respecto al hecho de que dentro de las principales causas de estrés laboral se encuentran la organización del trabajo, la inseguridad contractual, la cantidad de horas y la violencia en el trabajo.³² A su vez, esto se evidencia en el presente estudio a través de las relaciones estadísticamente significativas entre haber sido víctima o presenciar acoso laboral o *mobbing* con no contar con espacio para diálogo y discusión de condiciones y actividades laborales.

Además, las correlaciones entre derrota social y suicidalidad con situación laboral o académica, remuneración salarial insuficiente para calidad de vida, no contar con espacio para diálogo y discusión de condiciones y actividades laborales y haber sido víctima o testigo de *mobbing* u otra situación de maltrato laboral, pueden ser explicadas, ya que como argumentan Hoobler, Rospenda, Lemmon y Rosa (2010), la violencia laboral puede afectar no sólo el bienestar de la persona, sino que impide la percepción de experiencias positivas, ya que un clima laboral autoritario es propicio para el abuso, la violencia y el acoso,³³ los cuales generan también consecuencias para las empresas, tales como pérdidas de productividad, alta rotación y absentismo.³⁴

VI. CONCLUSIONES

La decencia y dignidad laboral debe ser considerada como un elemento fundamental para el desarrollo de la sociedad, la economía y la equidad para cualquier tipo de persona, sin importar su ideología religiosa, política o condición social. Todas las organizaciones deben garantizar los medios y mecanismos que faciliten la comunicación para evitar el acoso y/o maltrato laboral, y la discusión sobre condiciones y actividades laborales y contractuales.

Cualquier persona podría sentirse derrotada socialmente si al momento de acceder a un trabajo no cuenta con oportunidades de igualdad de condiciones

³² Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo*. 2016, disponible en: <https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress>. Gómez Vélez, M. A. y Calderón Carrascal, P. A., “Salud mental en el trabajo: entre el sufrimiento en el trabajo y la organización saludable”, *Katharsis*, núm. 23, 2017, pp. 177-201.

³³ Moreno Jiménez, B., *op. cit.*

³⁴ Organización Mundial de la Salud, *Salud mental en el lugar de trabajo. Hoja informativa*, 2019, disponible en: https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/es/.

reflejadas en un contrato laboral, en ofrecimiento de oportunidades laborales en igualdad de condiciones tanto para hombres como para mujeres, al igual que contar con una estabilidad y seguridad en el empleo, a fin de poder acceder a unos ingresos adecuados que le permitan generarse condiciones laborales representadas en una buena conciliación del trabajo con la familia y alcance de calidad de vida. Otro de los elementos que debe tenerse presente a la hora de hablar de dignidad laboral y trabajo decente, es fundamental que se pueda contar con diálogo social empresarial de acuerdo con los lineamientos establecidos por la OIT, y que pueden ser el reflejo de una inclusión verdadera, y donde no haya sensación de derrota social.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, F. *et al.*, “A Prospective Study of the Psychopathological Variables Associated with Suicidality Among Schizophrenic Patients”, *Actas Españolas de Psiquiatría*, vol. 37, núm. 1, 2009.
- AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo*, 2016, disponible en: <https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress>.
- BECK, A., *Depression: Causes and Treatment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1967.
- BEDOYA, E. y MONTAÑO, L., “Suicidio y trastorno mental”, *CES Psicología*, vol. 9, núm. 2, 2016.
- BROWN, G. K. *et al.*, “Cognitive Therapy for the Prevention of Suicide Attempts. A Randomized Controlled Trial”, *Journal of the American Medical Association*, vol. 294, núm. 5, 2005.
- COBO, J. *et al.*, “La violencia de género en la atención psiquiátrica y psicológica especializada: ¿es relevante la violencia de género para nuestros profesionales?”, *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, vol. 3, núm. 2, 2010.
- DEJOURS, C., *El sufrimiento en el trabajo*, Buenos Aires, Editorial Topia, 2015.
- GILBERT, P. y ALLAN, S., “The Role of Defeat and Entrapment (Arrested Flight) in Depression: An Exploration of an Evolutionary View”, *Psychological Medicine*, vol. 28, núm. 3, 1998.
- GILBERT, P., “The Relationship of Shame, Social Anxiety and Depression: The Role of the Evaluation of Social Rank”, *Clinical Psychology & Psychotherapy*, vol. 7, núm. 3, 2000.

- GILBERT, P., "Depression and Stress: A Biopsychosocial Exploration of Evolved Functions and Mechanisms", *Stress*, vol. 4, núm. 2, 2001.
- GILBERT, P., "Evolution and Depression: Issues and Implications", *Psychological Medicine*, vol. 36, núm. 3, 2006.
- GILBERT, P. *et al.*, "Involuntary Subordination or Dependency as Key Dimensions of Depressive Vulnerability", *Journal of Clinical Psychology*, vol. 51, núm. 6, 1995.
- GILBERT, P. *et al.*, "Social Comparison, Social Attractiveness and Evolution: how Might they be Related?", *New Ideas in Psychology*, núm. 13, 1995.
- GÓMEZ VÉLEZ, M. A. y CALDERÓN CARRASCAL, P. A., "Salud mental en el trabajo: entre el sufrimiento en el trabajo y la organización saludable", *Katharsis*, núm. 23, 2017.
- GONZÁLES, J. y HERNÁNDEZ, A., "La desesperanza aprendida y sus predictores en jóvenes. Análisis desde el modelo Beck", *Enseñanza e Investigación*, vol. 17, núm. 2, 2012.
- HENRIQUES, G. *et al.*, "Cognitive Therapy for Adolescent and Young Adult Suicide Attempters", *The American Behavioral Scientist*, vol. 46, núm. 9, 2003.
- HOUBLER, J. M. *et al.*, "A Within-Subject Longitudinal Study of the Effects of Positive Job Experiences and Generalized Workplace Harassment on Well-Being", *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 15, núm. 4, 2010.
- LASZLO, K. *et al.*, "Job Insecurity and Health: A Study of 16 European Countries", *Soc Sci Med*, vol. 70, núm. 6, 2010.
- LÓPEZ, F. *et al.*, "Ideación suicida y desesperanza en pacientes psiquiátricos hospitalizados", *Alceon, Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, vol. 14, núm. 3, 2008.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Programa Nacional de Salud y Medicina Familiar y Comunitaria. Dirección de Desarrollo del Talento Humano en Salud*, 2014, disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/TH/Programa%20Nacional%20Salud%20Familiar%20y%20Comunitaria%20y%20Medicina%20Familiar%20200214.pdf>.
- MONTOYA AGUDELO, C. y MÉNDEZ CRUZ, R., *El trabajo decente como objetivo del milenio: logros y retos desde una perspectiva comparada Colombia-México*, 2016, disponible en: http://www.alafec.unam.mx/memoria_xv.php.
- MONTOYA AGUDELO, C. A. *et al.*, "Trabajo digno y decente: una mirada desde la OIT para la generación de indicadores para las pymes mexicanas y colombianas", *Revista Científica Visión de Futuro*, vol. 21, núm. 2, 2017.

- MORENO JIMÉNEZ, B., “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, núm. 1, 2011.
- MUR DE VÍU, C. y MAQUEDA BLASCO, J., “Salud laboral y salud mental: estado de la cuestión”, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, núm. 1, 2011.
- OKASHA, A. *et al.*, “Prevalence of Suicidal Feelings in a Sample of Non-Consulting Medical Students”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, vol. 63, núm. 5, 1981.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 87a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, *Memoria del director general. Trabajo decente*, 1999, disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “¡Auxilio estrés! Salud mental en el trabajo”, *Revista de la OIT*, núm. 37, diciembre de 2000, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080699.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Decent work in a modern welfare state: The case of Denmark*, Ginebra, mimeografiado, 2001.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Medición del trabajo decente. Documento de debate para la Reunión tripartita de expertos sobre la medición del trabajo decente*, Ginebra, 8-10 de septiembre de 2008.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *¿Qué es la salud mental?*, 2007, disponible en: <http://www.who.int/features/qa/62/es/index.html>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Salud mental: fortalecer nuestra respuesta*, Centro de Prensa, 2016, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/es/>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Protección de la salud de los trabajadores, 2017*, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/protecting-workers'-health>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Salud mental en el lugar de trabajo. Hoja informativa*, 2019, disponible en: https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/es/.
- PRICE, J. S., “Genetic and Phylogenetic Aspects of Mood Variation”, *International Journal of Mental Health*, vol. 1, núm. 1-2, 1972.
- PRICE, J. S. *et al.*, “The Social Competition Hypothesis of Depression”, *British Journal of Psychiatry*, vol. 164, núm. 3, 1994.

- “Principales generadores de estrés laboral en Colombia”, *Dinero.com*, 11 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.dinero.com/pais/articulo/causas-del-estres-laboral-colombia/202788>.
- QUIJADA, Y. y VILLAGRÁN, L., *Derrota social como mecanismo psicoevolutivo para entender la relación entre desigualdad social y salud mental: su concepto y medición*, II Congreso Latinoamericano para el Avance de la Ciencia Psicológica, Buenos Aires, octubre de 2016.
- QUIJADA, Y. y VILLAGRÁN, L., *Social Defeat: Concept and Measurement in a Hispanic Population*, 2019.
- QUINTANILLA MONTOYA, R. *et al.*, “Desesperanza y tentativa suicida”, *Investigación en Salud*, vol. 5, núm. 2, 2003.
- SALDAÑA OROZCO, C., *et al.*, “Bienestar psicológico, estrés y factores psicosociales en trabajadores de instituciones gubernamentales de Jalisco-México”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXVI, núm. 1, 2020.
- SALVO, L. *et al.*, “Confiabilidad, validez y punto de corte para escala de screening de suicidalidad en adolescentes”, *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, vol. 47, núm. 1, 2009.
- SÁNCHEZ, P., “Cambios a la normativa: salud mental y trabajo: ¿un problema en alza?”, *Ciencia & Trabajo*, vol. 8, núm. 21, 2006.
- SARMIENTO FALCÓN, Z. *et al.*, “Conducta suicida y su relación con los factores de riesgo psicosociales”, *Medisan*, vol. 14, núm. 8, 2010.
- SCHOLES, B. y MARTIN, C., “Measuring Depression in Schizophrenia with Questionnaires”, *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, vol. 20, núm. 1, 2013.
- SCOTLAND, E., *The Psychology of Hope*, San Francisco, Jossey Bass, 1969.
- SELIGMAN, M. E. P., *Helplessness: on Depression, Development, and Death*, San Francisco, W. H. Freeman, 1975.
- SIDDAWAY, A., *et al.*, “A Meta-Analysis of Perceptions of Defeat and Entrapment in Depression, Anxiety Problems, Posttraumatic Stress Disorder, and Suicidality”, *Journal of Affective Disorders*, núm. 184, 2015.
- SLOMAN, L. y GILBERT, P., *Subordination and Defeat: An Evolutionary Approach to Mood Disorders and their Therapy*, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2000.
- SLOMAN, L. *et al.*, “Evolved Mechanisms in Depression: The Role and Interaction of Attachment and Social Rank in Depression”, *Journal of Affective Disorders*, vol. 74, núm. 2, 2003.

- TAYLOR, P. J., “The Role of Defeat and Entrapment in Depression, Anxiety, and Suicide”, *Psychological Bulletin*, núm. 137, 2011.
- TORRES, J. R., “Calidad de vida”, en URIBE, J. F., *Psicología del trabajo. Un entorno de factores psicosociales saludables para la productividad*, México, Manual Moderno, 2016.

LA CONTRATACIÓN DE ABOGADOS EN LOS BUFETES PERUANOS: ¿UNA DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL?*

THE HIRING OF LAWYERS IN PERUVIAN LAW FIRMS:
CONTRACTUAL DISCRIMINATION?

LE RECRUTEMENT DES AVOCATS AU SEIN DES CABINETS
AU PÉROU SE CARACTÉRISE-T-IL PAR UNE FORME
DE DISCRIMINATION À L'EMBAUCHE?

Luz PACHECO ZERGA**

RESUMEN: La investigación que origina este artículo es de tipo cualitativo, y se realizó con base en los datos aportados por los cincuenta mejores bufetes del Perú, de acuerdo con el *ranking* elaborado por Leaders League, Chambers and Parthnersy The Legal 500, con el objetivo de determinar si la contratación civil de abogados, por las firmas legales, es acorde con la normativa nacional o si implica una contratación en fraude de ley.

El artículo se divide en cuatro secciones, además de la introducción, las conclusiones y las referencias bibliográficas, que son: I) Principio de igualdad y no discriminación; II) Modalidad de contratación de los abogados en las firmas legales; III) ¿Puede calificarse de corrupción y discriminación esa modalidad de contratación? y IV) El régimen laboral especial de los abogados en los bufetes en España.

Palabras claves: no discriminación, igualdad de oportunidades, abogados, corrupción, discriminación contractual

ABSTRACT: The research that originates this article is qualitative and was carried out based on the data provided by the 50 best law firms in

* Recibido el 3 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Doctora en derecho. Profesora ordinaria principal de derecho del trabajo en la Universidad de Piura, Perú (luz.pacheco@udep.pe).



Peru, according to the ranking prepared by Leaders League, Chambers and Partners and The Legal 500, with the objective of determine if the civil contracting of lawyers, by legal firms, is in accordance with national regulations or if it implies a contracting in fraud of law.

THE article is divided into four sections, aside from the Introduction, Conclusions and Bibliographical References, which are: I) Principle of equality and non-discrimination, II) Contracting modality of lawyers in law firms; III) Can this contracting modality be classified as corruption and discrimination? IV) The special labor regime for lawyers in law firms in Spain.

Keywords: non-discrimination, equal opportunities, lawyers, corruption, contract discrimination

RÉSUMÉ: Cet article, basé sur une recherche de type qualitatif, a été rédigé à partir de données provenant des classements des 50 cabinets d'avocats les plus prestigieux au Pérou d'après la Leaders League, Chambers and Partners et The Legal 500 pour vérifier si le recrutement d'avocats civils par les cabinets juridiques respecte les normes nationales ou s'il implique une discrimination à l'embauche.

Précédé d'une introduction et suivi par la conclusion et les références bibliographiques, l'article est composé de quatre sections : I) Principe d'égalité et de non-discrimination, II) Mode de recrutement des avocats dans les cabinets juridiques, III) Ce mode de recrutement peut-il être entaché de discrimination et de corruption ? IV) Le régime de travail spécial des avocats dans les cabinets en Espagne.

Mots-clés: non-discrimination, égalité des chances, avocats, corruption, discrimination à l'embauche.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los principios de igualdad y de no discriminación en el ámbito laboral peruano.* III. *La modalidad de contratación de los servicios de los abogados en las firmas legales del Perú.* IV. *La contratación fraudulenta: una corrupción socialmente aceptada.* V. *La relación laboral especial del abogado en España.*

VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

La igual dignidad de los seres humanos es un principio-derecho reconocido expresamente en Occidente a partir de la Declaración de los

Derechos Humanos de 1948, que se ha plasmado en la mayoría de las Constituciones, tanto en sentido positivo como negativo, al prohibir toda forma de discriminación entre los ciudadanos de un país. El Perú no es una excepción: al contrario. La Constitución no sólo reconoce este derecho fundamental para todas las relaciones humanas en general,¹ sino, de forma particular, en el ámbito laboral, al establecer, como uno de los principios basilares de las relaciones laborales, la “igualdad de oportunidades sin discriminación”.²

En relación con este principio, tanto la legislación peruana como los poderes públicos han puesto especial énfasis en erradicar cualquier forma de discriminación por razón de género, lo cual es encomiable. Sin embargo, la discriminación no se agota en este colectivo históricamente discriminado. Por eso, existen normas, que se remontan a 1997, en las que, por ejemplo, se prohíbe que la oferta de empleo y de acceso a centros de formación educativa contengan “requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato”.³

El legislador definió la discriminación como la

anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional «que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable», basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.⁴

Tres años después, los nuevos legisladores consideraron que esta definición podría tener un efecto contrario al deseado, por contener la precisión que hemos resaltado con comillas especiales, la cual podría dar lugar a otras formas de discriminación. En consecuencia, modificaron dicho texto, que

¹ Constitución Política del Perú (CPP), artículo 2.1: “ Toda persona tiene derecho: ... A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

² CPP artículo 26: “*En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma*” (el énfasis es añadido).

³ Ley 26772, artículo 1o. (si no se indica otra cosa, las leyes y reglamentos que se citen serán peruanos).

⁴ *Ibidem*, artículo 2o. Las comillas son nuestras.

es el que rige en la actualidad, según el cual la discriminación consiste en “la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole”.⁵

No obstante, estas prohibiciones absolutas de diferencia de trato, justamente, la existencia de colectivos históricamente discriminados, como ha sido el caso de las mujeres —antes citado—, o el de las personas discapacitadas, las poblaciones indígenas, los menores de edad, etcétera, han exigido poner en marcha diversas medidas afirmativas, con el fin de lograr no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad material.⁶

Sin embargo, existe una discriminación en el empleo, que no es expuesta a la luz pública, pero que igualmente atenta contra la igualdad de oportunidades, y consiste en la contratación fraudulenta de los abogados que laboran en los despachos jurídicos, porque prestan sus servicios bajo las normas civiles, cuando en realidad lo hacen en forma personal, remunerada y dependiente, y por tanto, privan de la protección social que otorga esta rama del ordenamiento jurídico a todos los demás trabajadores.

En el Perú, los abogados, cuando laboran al servicio de un despacho o bufete jurídico, son contratados mediante contratos de locación o arrendamiento de servicios. Sin embargo, si prestan esos mismos servicios para una empresa privada o pública, son contratados bajo las normas laborales. Este diverso tratamiento me llevó a dirigir una tesis de licenciatura en derecho, durante dos años, para intentar comprender el porqué de esta dualidad de criterios, que es aceptada pacíficamente por la doctrina académica del país y de otros países latinoamericanos, sin que se alcen voces para poner en evidencia la discriminación que implica esa forma de contratación. La autora de esa investigación identificó a los cincuenta mejores bufetes del país con base en el *ranking* elaborado por *Leaders League, Chambers and Parthnersy The*

⁵ Artículo 2o. de la Ley 27270, denominada “Ley contra actos de discriminación”, que se promulgó en concordancia con la ley 28983 sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

⁶ Por todos, Pazo Pineda, O., “Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad”, en Carpio, Edgar y Sar, Omar, *Alcances del principio de igualdad*, Universidad San Martín de Porres, Facultad de Derecho, Instituto de Investigación Jurídica, Centro de Investigación en Derecho Constitucional, 2014, disponible en: https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/inv_centros/2014/ALCANCES_DEL_PRINCIPIO_DE_IGUALDAD.pdf.

Legal 500.⁷ Ella confrontó la información publicada por esos bufetes en sus páginas web con la que publica la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), sobre esta misma cuestión, para determinar el número de trabajadores de la plantilla y el número de abogados que prestaban servicios en esas organizaciones. De ese modo se pudo comprobar que la mayoría de los abogados no estaban contratados bajo el régimen laboral.⁸ La investigación exigió realizar entrevistas personales a los abogados de esos despachos para determinar el modo en que prestaban los servicios y la forma de remuneración. Por las características de la información obtenida fue necesario el tratamiento confidencial de los datos aportados, que están recogidos en la investigación antes mencionada, y que sirven de base para el presente análisis.

Para la mejor comprensión de esta problemática, se analizarán en primer lugar los alcances del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral peruano. Seguidamente, se tratará sobre la modalidad de contratación de los servicios de los abogados en las firmas legales del Perú. A continuación, se justificará por qué la contratación de los abogados realizada bajo las normas civiles, cuando laboran subordinadamente y no sean socios de un estudio jurídico, constituye una forma de corrupción, socialmente aceptada. Seguidamente, con el fin de ofrecer una alternativa de solución a esta problemática, se realiza una somera exposición del régimen laboral especial de los abogados en España, para poder finalizar con algunas conclusiones. Cierran el artículo las referencias bibliográficas y la relación de los cincuenta mejores estudios del Perú, que fueron objeto de la investigación mencionada.

II. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO

La Constitución del Perú, al igual que sus homólogas occidentales, reconoce, como un derecho fundamental, el de la igualdad ante la ley y, seguidamente, el de no ser discriminado por motivo alguno.⁹ Es importante resaltar que, al

⁷ Anexo de esta investigación, obtenido de la tesis de licenciatura en derecho de Rivera-Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación de los abogados en los estudios jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad de Piura, octubre 2019, 2019, p. 112, disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450>, disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450>.

⁸ *Ibidem*, anexos 2 al 19.

⁹ CCP, artículo 2.2: “Toda persona tiene derecho... a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica

contrario de lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, este derecho no implica un trato igualitario, sino la obligación que incumbe al Estado y a los particulares de tratar de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. La igualdad, señala el Tribunal Constitucional del Perú,

además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribía todo tipo de diferencia de trato. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.¹⁰

Estas precisiones implican dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. En principio,

la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.¹¹

Cuando se hace referencia a situaciones de discriminación, hemos afirmado antes, se suele dirigir la mirada a colectivos históricamente marginados. No obstante, en la sociedad contemporánea, tanto por influencia del liberalismo como del marxismo, se tiende a considerar al ser humano como un *homo economicus*, que prefiere las actividades lucrativas porque resuelve su vida en clave económica.¹² Y éste parece haber sido el criterio de los grandes

o de cualquiera otra índole”. Por todas las demás, véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 20 y 21.

¹⁰ Expediente 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico (f.j.) 62.

¹¹ Expediente 0048-2004-PI/TC, f.j. 62. Este criterio ha sido reafirmado en innumerables sentencias. Véase, por todas, la del Exp. 03461-2010-AA, f.j. 3 a 5.

¹² Sobre la influencia de estas corrientes de pensamiento en el derecho del trabajo, remito a lo expuesto en Pacheco Zerga, L., “La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización”, *Asesoría Laboral*, núm. 235, 2010, pp. 19-30.

despachos al optar por la contratación civil de los abogados que no son socios —presumiendo que su mayor interés es obtener la máxima retribución posible— restando importancia al hecho de contratar en fraude de ley, lo cual además comporta una situación de injusticia, al privarlos de la protección social que les corresponde, con el agravante de que son, precisamente esos profesionales, quienes tendrían que trabajar en pro de la justicia y la equidad en las relaciones sociales.

Interesa destacar que la dislocación social, que siguió a la mercantilización de las relaciones humanas del siglo XIX,¹³ trajo como consecuencia el surgimiento del derecho del trabajo, que fue una respuesta de los países occidentales ante la injusticia social, que devastaba a la clase trabajadora, que pasó a denominarse “proletariado”, porque lo único que tenía era su propia prole. El derecho del trabajo nació contracorriente y puso límites al capitalismo liberal; pero “su hegemonía duró pocos años, que se extienden desde finales de la década de los cincuenta hasta la década de los setenta del siglo pasado, con algunas variantes en determinados países”.¹⁴ Durante esos años articuló la vida social, dando origen, por ejemplo, al turismo, al gozar de descansos remunerados anuales pagados. Sin embargo, el fenómeno neoliberal de mercantilización ha logrado, ya en la década de los ochenta del siglo pasado, que se produjera el *retroceso* del derecho del trabajo al emplearse figuras del derecho civil para contratar servicios personales, en el afán de reducir costos y aumentar los beneficios de los empresarios.¹⁵ Los argumentos para sustituir las relaciones laborales por las civiles no son nuevos. En el caso de los abogados que prestan servicios en los bufetes de abogados, mediante contratos civiles, es necesario confrontar si esa modalidad se corresponde con la realidad o si más bien responde a un afán de lucro, que pretende desligarse de las obligaciones sociales que conlleva la calidad de empleador para aumentar la rentabilidad de la empresa, en este caso, del despacho jurídico.

En este marco, es necesario volver los ojos a la institución madre del derecho laboral, que fue, y sigue siendo, el contrato de trabajo, porque, gracias a él, surgen por mandato de la ley unas relaciones jurídicas, que son impensables en el ámbito civil. Me refiero a las cuatro relaciones inherentes a la celebración del contrato de trabajo, y que permitieron al trabajador subordinado superar la simple “condición” de asalariado y adquirir el “estatuto” de traba-

¹³ Castel, R., *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. Jorge Piatigorsky, Paidós, 1995.

¹⁴ Pacheco Zerga, L., *La naturaleza del contrato de trabajo*, núm. 22.

¹⁵ Un desarrollo más amplio de este tema puede encontrarse en *ibidem*.

jador asalariado.¹⁶ La diferencia estriba en que la “condición” carece de específica relevancia jurídica porque no existen normas generales que la protejan y regulen.¹⁷ Mientras que el “estatuto” se configura por una protección jurídica “blindada”, que somete a sus disposiciones a la autonomía de la voluntad.¹⁸ Por esta razón, el contrato de trabajo se ha convertido en un instrumento de protección social que permite al asalariado gozar de un reconocimiento jurídico-social.

Esas cuatro relaciones jurídicas, a las que me he referido en anterior oportunidad —y recojo a continuación—, son:¹⁹

- a) *De cambio*. Si bien el contrato de trabajo no se reduce a una simple relación de cambio, tampoco puede negarse la existencia de relaciones propiamente contractuales. La razón es simple: la esencia del contrato radica en *comprometer al trabajador en una serie de relaciones personales*, en las que tiene particular importancia el deber de actuar de buena fe, por lo que no es lícito reducirlo a las reglas de los negocios patrimoniales.²⁰ Esas relaciones se materializan con la incorporación del trabajador al negocio o empresa del empleador.²¹ Originan tanto los deberes personales (poder de dirección y disciplinario versus obediencia) como los patrimoniales (remuneración versus prestación del trabajo) y las facultades para extinguir la relación en caso de incumplimiento o imposibilidad de continuar con ella (despido/renuncia/causas objetivas que justifican el cierre de la empresa).
- b) *De participación*. Teniendo en cuenta que generalmente el contrato se ejecuta en la organización de una persona jurídica, las normas laborales establecen unas vinculaciones jurídicas, que permiten al conjunto de trabajadores “el derecho a intervenir en la organización de la empresa, compartiendo con el empresario facultades tradicionalmente reservadas

¹⁶ Montoya Melgar, A., *Derecho y trabajo*, Madrid, Civitas, 2014, pp. 268-270.

¹⁷ En una locación de servicios los derechos se limitan a los pactados en el contrato: las normas del Código Civil del Perú son carácter supletorio. *Cfr.* artículos 1767 y 1768 del Código.

¹⁸ García de Haro, R., *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, Rialp, 1963. Este autor desarrolla esta metamorfosis con detalle.

¹⁹ Pacheco Zerga, L., *La naturaleza del contrato de trabajo*, pp. 10-30.

²⁰ García de Haro, R., *La posición jurídica*, p. 55.

²¹ Sea éste persona natural o jurídica. *Cfr.* artículo 17 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú (LPCL). En similar sentido se expresa el artículo 1o. del Estatuto de los Trabajadores de España: “Esta ley se aplicará a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

- a éste”.²² De allí que puedan y deban participar en órganos empresariales de gestión o consulta y acceder a información de tipo reservado en determinados supuestos.
- c) *De tutela*. Son las que se establecen entre el trabajador y el Estado, sea directamente o por intermedio del empresario. Regulan aspectos sustanciales del orden social, como son los deberes y derechos en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, créditos laborales, derechos previsionales, formación profesional y actividad sindical, con los consiguientes derechos colectivos.
- d) *De solución de conflictos*. Las situaciones de controversia o disidencia entre empresarios y trabajadores se solucionan por medio de instituciones procesales o extraprocesales, como el arbitraje, la conciliación y la mediación, la convención colectiva, la huelga y el cierre patronal.²³ Esta formalización es de orden público, y se tiene acceso a ellas por mandato de las normas específicas que corresponden a cada institución, pero que resultaría ocioso enumerar en esta oportunidad.

Estas relaciones jurídicas no se originan en el ámbito del trabajo independiente ni en el de las relaciones comerciales entre empresarios, sean éstos personas naturales o jurídicas, puesto que la relación que éstas originan no afecta directamente el ámbito *personalísimo* de libertad y dignidad de la persona, que sí se compromete en el laboral, y que, por mandato constitucional, exige una protección particular de parte del Estado.²⁴

Tenemos entonces que celebrar, en fraude de ley, contratos civiles de arrendamiento de servicios, cuando lo que corresponde es la contratación laboral; esto implica una discriminación injusta, que priva de una protección legal específica a cualquier trabajador. El derecho a la no discriminación exige no sólo evitar tratos humillantes, sino requiere reconocer la igual dignidad y, por tanto, dar a cada uno *lo suyo*,²⁵ lo que le corresponde de acuerdo con los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

²² Montoya Melgar, A., *Derecho y trabajo*, p. 269.

²³ *Idem*.

²⁴ CPP: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1o.). “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (artículo 23,3).

²⁵ «Los preceptos del derecho son vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo» (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, Ulpiano, *Instituta*, D.1.1.10.1).

Lo que parece tan evidente en términos de discriminación por razón de género, de raza o cualquier otro supuesto, no lo es cuando se trata de la no discriminación en la contratación de profesionales de éxito, que perciben altos honorarios y tienen un sólido prestigio profesional. Aparentemente, de este modo se compensa la falta de protección social que les correspondería si se reconociera el carácter laboral de la prestación. Sin embargo, al margen de la distorsión que implica el admitir como válido un contrato de arrendamiento de servicios, cuando en realidad se está celebrando uno de tipo laboral, lo más importante es que, además de negarles a esos profesionales los derechos que nacen del deber de tutela del Estado, que se materializa a través del empleador, su actividad contribuye —al no profundizar en la incoherencia ética de esta práctica— a extender las redes de corrupción que esos mismos profesionales combaten, cuando la advierten en otras organizaciones, en particular, en la administración pública.

Corresponde, por tanto, analizar a continuación si los servicios que prestan los profesionales del derecho en los estudios jurídicos son de tipo independiente o dependiente, para luego justificar si la contratación fraudulenta de este tipo puede ser calificada como corrupción.

III. LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LOS ABOGADOS EN LAS FIRMAS LEGALES DEL PERÚ

La abogacía es una típica profesión liberal, que se realiza con independencia y libertad, de acuerdo con sus antecedentes romanos de las *operae liberales*. Los abogados gozan de libertad de patrocinio y de independencia en su ejercicio.²⁶ Esa libertad les permite aceptar o rechazar un patrocinio sin tener que justificar la decisión, así como renunciar a él, en cualquier fase del procedimiento, siempre y cuando no produzca la indefensión del cliente. La independencia en el ejercicio de la profesión significa que al asumir el patrocinio no se constituye en aval o simpatizante de las ideas políticas, económicas, sociales o morales del cliente, y que será el abogado quien elija la estrategia y los fundamentos jurídicos aplicables a cada caso. En definitiva, el abogado goza de total autonomía para dirigir los casos que acepte patrocinar, y debe actuar

²⁶ *Código de Ética del Abogado*, Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, Ica, 2012, disponible en http://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdfhttp://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf.

siempre con responsabilidad y diligencia, y cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el Código de Ética del Abogado.²⁷

A fines del siglo XIX se constituyó en Lima el primer “despacho” o “estudio jurídico”, también denominado “bufete”.²⁸ Sin embargo, fue en el siglo XX cuando el ejercicio asociado de la profesión ganó más adeptos: algunos eran socios y otros, no: éstos trabajaban bajo la dirección de aquéllos. Paralelamente, los abogados patrocinaban individualmente causas para empresas, en las que eran contratados mediante contratos civiles de locación de servicios, no obstante hacerlo en forma subordinada y personal. De este modo, se encontraban en situación de desventaja frente a los demás trabajadores de esas empresas. Algo similar ocurría con otros profesionales liberales, como médicos, arquitectos, etcétera, ya que tampoco se les reconocían los beneficios de la legislación laboral, y sólo percibían lo pactado en el contrato de arrendamiento de servicios, aduciendo el carácter liberal o independiente de estas profesiones.

Esta discriminación empezó a ser corregida en 1962, al promulgarse una ley que permitió incluir en los beneficios de la legislación laboral tanto a los abogados como a los médicos, odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetrias y médicos veterinarios cuando prestaran sus servicios a personas naturales o jurídicas concurriendo diariamente a las oficinas del empleador y recibieran una remuneración fija, sin importar el plazo del contrato.²⁹ De cumplirse con estos requisitos, los abogados —al igual que los otros profesionales mencionados— tenían derecho a determinados beneficios sociales; en concreto, a una compensación por tiempo de servicios,³⁰ recurrir a un tribunal arbitral para solucionar conflictos sobre dicha compensación, subsidios en caso de enfermedad, una póliza de seguro de vida y una pensión de jubilación.

Cuatro años más tarde, se modificó la legislación, para reconocerles no sólo estos derechos, sino toda la protección social propia del régimen labo-

²⁷ Artículo 12.

²⁸ El Bufete Olacoea fue fundado en 1880. *Cfr.* disponible en: <https://www.esola.com.pe/>

²⁹ Ley 13937, derogada en 1996 por la segunda disposición derogatoria y final del Decreto Legislativo 857.

³⁰ La compensación por tiempo de servicios es una institución oriunda del Perú, que funciona como una suerte de seguro de desempleo, mediante aportes semestrales que realiza el empleador, en una entidad del sistema financiero, con base en la remuneración y trabajo efectivo prestado por el trabajador. Estos depósitos eran intangibles originalmente, pero ante diversas crisis económicas, como la originada por la pandemia, se ha autorizado su retiro, aunque el trabajador no haya cesado en el empleo. *Cfr.* Decreto Legislativo 650 y normas conexas.

ral cuando prestaran “servicios a personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea el objeto o fines de éstas, o instituciones sostenidas o dependiente de aquellas, en el propio centro de trabajo o fuera de él, con o sin horario establecido y siempre que la remuneración que perciban por sus servicios sea periódica”.³¹ No obstante, los bufetes jurídicos mantuvieron la contratación civil de los abogados que integraban los despachos, alegando que se trataba de un ejercicio asociado de la profesión porque mantenía su carácter independiente.

Estas conquistas sociales fueron derogadas en 1995, cuando el Congreso de la República realizó una interpretación auténtica de la ley promulgada en 1962, a la que antes hemos hecho referencia,³² según la cual no se originaba una relación laboral cuando los abogados prestaban servicios en la forma descrita en la norma, es decir, cuando recibían el pago periódico de una remuneración. Sin embargo, contradictoriamente, reconocía que tenían derecho a la compensación por tiempo de servicios y al seguro de vida, que son beneficios exclusivos del régimen laboral de la actividad privada. Además, confirmó la interpretación que venían haciendo los despachos de abogados, de considerar que el ejercicio asociado o colectivo de esa profesión “sea cual fuere su organización, no genera una relación o contrato de trabajo”.³³

Resulta indiscutible que el ejercicio asociado de la profesión, cuando se presta en calidad de socio, no genera subordinación; pero la mayoría de los abogados que prestan servicios en estas organizaciones no son socios de éstas. Por tanto, es necesario identificar si el trabajo que realizan lo ejercitan de forma independiente o dependiente, ya que éste es el elemento que permite distinguir entre una relación civil y una laboral.

En la actualidad, los abogados que laboran para cualquier empresa u organización en el Perú se insertan en su estructura organizativa celebrando un contrato de trabajo cuando prestan sus servicios en forma personal, remunerado y subordinada.³⁴ Por esta razón, se encuentran con similares derechos a los demás trabajadores. La única diferencia que puede establecerse dentro

³¹ Ley 15132, “Ampliatoria y aclaratoria de la Ley Núm. 13937”, que fue derogada en 1996 por la segunda disposición derogatoria y final del Decreto Legislativo 857.

³² Leyes 13937 y 15132.

³³ Cuarta disposición complementaria, transitoria, derogatoria y final de la Ley 26513 “Ley de Fomento del Empleo”. Es ésta una disposición que evidencia que muchas veces las normas no obedecen a razones de bien común, sino a intereses particulares de grupos de poder.

³⁴ *Cfr.* el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, recogido en el Decreto Supremo 003-97-TR, artículo 4o.

del régimen laboral común es la de contratarlos como personal de confianza o de dirección,³⁵ en cuyo caso, si son despedidos por retiro de confianza no pueden solicitar la readmisión en el empleo.³⁶

En cambio, al trabajar para otro abogado, titular de un despacho jurídico, la práctica sigue siendo la de un acuerdo verbal o escrito para celebrar un contrato de locación de servicios, en el que se fijan las condiciones de retribución, descanso y demás obligaciones que asumen ambas partes al ser incorporadas al bufete. Existe un tácito acuerdo entre las grandes firmas de abogados, de mantener este sistema, al que los jóvenes abogados no pueden oponerse, porque pondrían en riesgo su desarrollo y prestigio profesional en el medio jurídico.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que para determinar si la contratación es de naturaleza civil o laboral es necesario

evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.³⁷

³⁵ El artículo 43 del D. S. 003-97-TR define al personal de dirección como “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”. Y a los de confianza, como los “que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

³⁶ Sobre los cambios en la jurisprudencia peruana en torno al derecho a reposición y/o a indemnización por despido arbitrario del personal de dirección o confianza, véanse, por todos, Toyama Miyagusuku, J.; Merzthal Shigyo, M., “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”, *Themis*, núm. 65, 2014, pp. 81-96.

³⁷ Exp. 03146-2012-PA/TC, fundamento jurídico 3.3.3. No comparto el criterio establecido en un aspecto: para determinar la naturaleza laboral de una relación jurídica no es suficiente un solo indicio: es indispensable valorar el conjunto de circunstancias.

Quienes estén familiarizados con el trabajo de los abogados en los estudios jurídicos probablemente hayan reconocido la mayoría, si no todos, de los rasgos antes enumerados. Es conocido que las labores que los abogados realizan en esas organizaciones son diversas: desde asesorar mediante informes verbales o escritos hasta defender los intereses de los clientes, sean personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, ante fueros administrativos o judiciales. Por otro lado, todos los bufetes tienen normas específicas sobre horarios, permisos, descansos, vestimentas y otros, que son de público conocimiento. Estos abogados son presentados a los clientes como integrantes del despacho; en consecuencia, queda en evidencia que la relación jurídica no es la bilateral, propia del ejercicio independiente de la profesión, es decir, la del cliente con su abogado, sino la del cliente con el despacho, que es el que asume la responsabilidad contractual. Sin embargo, el abogado responde por su mala praxis, con base en la responsabilidad extracontractual y por disposición expresa de la Ley Orgánica del Poder Judicial.³⁸

En todo caso, cuando un abogado pasa a formar parte de un despacho, los clientes que deseen emplear sus servicios —salvo en contadísimas ocasiones— no contratan con él directamente, sino con el despacho o con el socio titular del mismo, que generalmente factura con base en el tiempo empleado en atender sus requerimientos, y luego retribuye al abogado en cuestión.³⁹

Las labores que se le encargan a un abogado están definidas según el lugar que tengan en la estructura organizativa de los bufetes, que suele estar compuesta por tres niveles:⁴⁰

³⁸ La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en el artículo 8o: "...Los Magistrados deben sancionar toda contravención a estos deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal". Véase también el artículo 9, inciso 4, del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de los Órganos de Control Deontológico de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en la Asamblea General Ordinaria de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, realizada en la ciudad de Ica, el 14 de abril del 2012 y promulgado mediante Resolución de Presidencia de Junta de Decanos 002-2012-JDCAP-P, de la misma fecha.

³⁹ Sobre las consecuencias del tipo de organización societaria de las mejores firmas del Perú en relación con el reparto de utilidades, véase el segundo capítulo del trabajo elaborado por Rivera Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación*.

⁴⁰ Las descripciones que se presentan a continuación son un resumen de la investigación ya citada: *cf. ibidem* 6-16. Esta realidad es corroborada por otros autores que, además, ponen de manifiesto que es una estructura común a la mayoría de estas organizaciones: "Las firmas de abogados en su formato más convencional han mantenido un modelo de negocio y una estructura organizativa con un patrón: muy similar en el Perú y el mundo. Se trata de estructuras con una marcada jerarquización donde los socios de la firma suelen tomar la gran mayoría de de-

- El inicial o primario: integrado por los asistentes, que atienden consultas de clientes, elaboran informes, solicitudes y redactan escritos para los procesos judiciales. La mayor parte de las tareas que se les asignan deben tener el visto bueno de la categoría inmediatamente superior, que es la del abogado *junior*. Por tanto, quienes prestan servicios en este nivel no tienen autonomía ni independencia en el ejercicio de la profesión.
- El intermedio: está formado por los abogados denominados “asociados”, que pueden tener la calificación de *junior*, *senior* o principal. A su vez, ellos trabajan bajo la supervisión directa de los socios del área correspondiente. La tarea del asociado *junior* es revisada por el asociado *senior*; y la del *senior*, por el principal. Es importante destacar que la calidad de asociado no implica una efectiva participación en la propiedad de la sociedad, sino únicamente un cambio de nomenclatura. En consecuencia, todos los abogados que se encuentran en este nivel, si bien dirigen el trabajo de quienes se encuentran en el inicial, a su vez son totalmente dependientes de los socios, que son los jefes de cada área.
- En el tercer nivel se encuentran los socios, que pueden ser capitalistas o industriales. Los primeros tienen una cuota de propiedad, participan en los beneficios una vez deducidos los gastos, según dicha cuota de propiedad, y los segundos son los que aportan su trabajo y, a su vez, tienen una participación en el capital.⁴¹ Son ellos los que definen las políticas y, en general, la actividad de los despachos, su desarrollo comercial; tienen la última palabra en las contrataciones del personal, en general, y de los abogados, en particular. Inclusive, cada vez es más frecuente encontrar un socio administrador o *Managing Partner*, que combina las funciones propias de abogado con la gestión administrativa de la firma.⁴² De hecho, los que conforman este nivel sí ejercen en forma independiente la abogacía, y únicamente les liga al estudio jurídico un vínculo societario, no subordinado.

Los demás abogados asumen los casos y clientes que les asignan en el despacho. Además, la conducción de los procesos está limitada por la supervi-

ciones vinculadas al trabajo legal, así como al desarrollo comercial de la firma”. Montezuma Panéz, Ó., “Innovación legal, *Legaltech* y el abogado en su laberinto”, *Themis*, 2019, pp. 383-397.

⁴¹ Para más detalles se puede consultar la tesis de Rivera Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación*, segundo capítulo.

⁴² Montezuma Panéz, Ó., “Innovación legal”, pp. 383-397. El análisis que realiza el autor, desde la revolución digital que experimenta el mundo, rompe moldes sobre la concepción del trabajo de los abogados.

sión del abogado *junior*, *senior*, principal o socio, según el nivel que ocupen en la organización de la firma, ya que son estos últimos quienes fijan los plazos y la estrategia para la solución de los casos.⁴³

La promoción de una categoría a otra se encuentra directamente relacionada con el nivel académico y el desempeño en las labores encomendadas, que a su vez se miden en relación con la facturación de servicios a los clientes y la eficiencia en las labores encomendadas.

Mención aparte merece el sistema de retribución, que es medular en la organización de las firmas legales: la retribución se realiza con base en tarifas fijadas por hora de producción intelectual. Esta forma de remuneración nació en el ámbito del trabajo manual (el destajo), y en 1943 fue incorporado al sistema de retribución de los abogados en Estados Unidos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, por un estudiante llamado Reginald Heber Smith. Él creó los denominados *time reports* o *time sheets*, pero como una herramienta contable y no para estimar los honorarios (*pricing*). Sin embargo, el sistema se extendió rápidamente a todo el país y al resto del mundo occidental.⁴⁴ Hasta ese momento los abogados habían cobrado sus servicios con base en tarifas fijadas por tribunales y la ABA (American Bar Association); pero la facturación por hora tuvo una rápida acogida a partir de la década de los cincuenta, al punto que cuando en 1970 la Corte Suprema prohibió las antiguas tarifas, en la práctica ya no se empleaban, y fue una decisión rezagada frente al uso social.⁴⁵ De hecho, esta práctica se ha generalizado en Occidente, y es la métrica más usual en la mayoría de los despachos, en especial de las grandes firmas,⁴⁶ que pueden pagar el íntegro de la remuneración mediante comisiones y/o bonos o una parte con un monto fijo y la otra, variable.

⁴³ De acuerdo con las declaraciones recibidas por los abogados de los bufetes, en algunos casos necesitan un visto bueno, un doble *check* o aprobación o dar cuenta de sus quehaceres, asimismo los recursos e informes son revisados por el socio de su área. *Cfr.* Rivera Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación*, pp. 6-16.

⁴⁴ Baker, R., *He (Modern) Father of the Billable Hour and Timesheet*, vol. 2021, núm. 16, abril, 2009, disponible en: <https://www.verasage.com/verasage-institute/blog/the-modern-father-of-the-billable-hour-and-timesheet>, la traducción es personal.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Por eso, se ha podido afirmar con relación a la extensión de este sistema, que “derivaciones posteriores han elevado esta métrica a la categoría de «dogma» en el mundo legal, y su uso es aún muy difundido en cualquiera de sus dos modalidades, como indicador interno de medición del rendimiento del equipo y/o como métrica para el cálculo de honorarios”. Montezuma Panéz, Ó., “Innovación legal”, pp. 383-397.

Una demanda que corrobora lo afirmado hasta este momento fue presentada ante un juzgado laboral por un abogado asociado, que trabajó durante doce años para un conocido bufete de Lima, como especialista en derecho del trabajo.⁴⁷ El bufete estaba organizado como sociedad civil según la Ley General de Sociedades, y se había fusionado en 2015 con otros de Chile, Colombia y España. En la demanda adjuntaba pruebas del pago mensual de una cantidad fija de dinero por los servicios prestados, en una cuenta denominada “pago de haberes”, en la que también le abonaban bonos y comisiones. Acreditaba haber reportado y coordinado sus acciones con el jefe del área laboral del bufete, que era uno de los socios del despacho. Además, con diversos documentos, puso en evidencia que existía una línea de carrera, con evaluaciones y niveles en la jerarquía organizacional, hasta alcanzar la calidad de socio.

Asimismo, demostró que el despacho llevaba un registro especial exigido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), denominado “cuarta-quinta”, que es empleado por los despachos jurídicos y otras empresas para incluir como prestadores de servicios independientes a personas que han celebrado contratos de locación de servicios normados por la legislación civil, pero el servicio lo prestan “en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda”.⁴⁸ La denominación “cuarta-quinta” se refiere a las categorías del impuesto a la renta, que son cinco:⁴⁹ la cuarta se origina en las rentas de trabajo prestado en forma independiente, y las de quinta, en forma dependiente. Este registro exigido por la SUNAT, cuando se da el supuesto antes mencionado, permite a esa institución acotar el impuesto, aunque no se pronuncie sobre el carácter

⁴⁷ Exp. 0000979266-2019-EXP-JR-LA, iniciado el 8 de noviembre de 2019.

⁴⁸ Texto Único Ordenado (TUO), Ley del Impuesto a la Renta del Perú (Dec. Leg. 774), artículo 34.

⁴⁹ “Para los efectos del impuesto, las rentas afectas, de fuente peruana, se califican en las siguientes categorías: (encabezado modificado por el artículo 5o. de la Ley núm. 27804, publicada el 2 de agosto de 2002):

a) Primera: Rentas producidas por el arrendamiento, subarrendamiento y cesión de bienes.

b) Segunda: Rentas del capital no comprendidas en la primera categoría.

Inciso sustituido por el Artículo 7o del Decreto Legislativo núm. 972, publicado el 10 de marzo de 2007, vigente desde el 1 de enero de 2009.

c) Tercera: Rentas del comercio, la industria y otras expresamente consideradas por la Ley.

d) Cuarta: Rentas del trabajo independiente.

e) Quinta: Rentas del trabajo en relación de dependencia, y otras rentas del trabajo independiente expresamente señaladas por la ley”. *Ibidem*, artículo 22.

laboral del servicio. No obstante, como es fácil advertir, la forma en que se prestan los servicios evidencia la subordinación del mal denominado “locador”. De hecho, en los tribunales de justicia este registro es una prueba de dependencia.

En la demanda que estamos comentando se invocó la aplicación del principio de primacía de la realidad⁵⁰ con base en todos los supuestos de hecho demostrados, aduciendo que se había celebrado un contrato de trabajo a plazo indeterminado, bajo la apariencia de un contrato civil de locación de servicios. La cantidad y calidad de las pruebas presentadas por el demandante hacían presagiar que también en este caso se aplicaría dicho principio. Sin embargo, probablemente por la suma demandada, que superaba el millón de dólares,⁵¹ las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, y no hubo un pronunciamiento de los tribunales que hubiera constituido un precedente muy importante en el reconocimiento del carácter laboral de estas relaciones jurídicas y de la discriminación contractual que implica su contratación fraudulenta.

IV. LA CONTRATACIÓN FRAUDULENTE: UNA CORRUPCIÓN SOCIALMENTE ACEPTADA

Lo expuesto hasta el momento pone en evidencia que los servicios que prestan los abogados que no son socios en los bufetes se realizan en forma personal, subordinada y remunerada. Sin embargo, como decíamos antes, existe un pacto tácito de mantener la contratación bajo el ámbito civil: la aceptación de este régimen se confirma al comprobar que sólo existen dos pronunciamientos de los tribunales peruanos sobre este tema, ninguno de los cuales profundiza en la discriminación que implican estas contrataciones contrarias al principio de igualdad de trato y oportunidades.

La primera de esas sentencias resolvió la demanda presentada por un abogado que había laborado como abogado y gerente de una filial de un conocido bufete jurídico de Lima.⁵² El demandante, cuando pusieron fin a sus servicios, solicitó el reconocimiento de los derechos laborales que le correspondían por todo el tiempo que había laborado para esa firma. El juzgado aplicó el principio de primacía de la realidad, al haberse probado la existencia de los elemen-

⁵⁰ “En caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”, Ley 28806, artículo 2o.

⁵¹ Exactamente S/. 4'320,106.06.

⁵² Para mayores detalles remito a Rivera Vitonera, G., *La naturaleza jurídica*, pp. 54 y 55.

tos propios de la relación laboral y amparó la pretensión del demandante. La sentencia fue apelada con el argumento de que entre los profesionales (abogados, para el caso) y las sociedades que los albergan no existía relación laboral. Sin embargo, a criterio de la Corte Superior, al haberse probado que el abogado desempeñó funciones gerenciales, que ejerció conjuntamente con sus servicios como abogado, se había configurado una verdadera relación laboral conforme a lo establecido en el artículo 4o. del Decreto Supremo 003-97-TR (LPCL).⁵³ En resumen, la Sala confirmó que hubo relación laboral, por sus actividades como gerente; pero no analizó la subordinación con las que realizó las que correspondían a sus labores como abogado.

La segunda sentencia se originó por la demanda presentada por un abogado asociado *senior* de un estudio,⁵⁴ que prestó servicios en dos periodos de tiempo, con un intervalo de seis meses, el primero como asociado⁵⁵ y el segundo como socio.⁵⁶ La pretensión fue el pago de los beneficios sociales reconocidos por la legislación laboral y la indemnización tasada por despido arbitrario. En este caso, por aplicación del principio de primacía de la realidad,⁵⁷ la relación jurídica fue calificada por la Corte como laboral mientras fue abogado asociado *senior*. En cambio, al no haber aportado pruebas suficientes para desestimar su calidad de socio durante el segundo periodo, no se le reconocieron derechos laborales por ese lapso de tiempo.⁵⁸ Lamentablemente, tampoco en este caso los magistrados profundizaron en la violación del principio de no discriminación en materia contractual.

En ambos casos esta forma de contratación violenta el sentido de justicia y lleva a admitir como conforme a derecho una situación que no lo es, debilitando así la responsabilidad social específica que corresponde a los abogados por su profesión, que es la de “cumplir las normas legales”,⁵⁹ y, de acuerdo

⁵³ Exp. 2331-2011-0-1601-JR-LA-04, fundamento jurídico décimo tercero.

⁵⁴ El bufete era el mismo de la anterior sentencia. Véase Rivera Vitonera, G., *La naturaleza jurídica*, pp. 56 y 57.

⁵⁵ Reitero que la calificación de “asociado”, cuando es empleada por las firmas legales, es un término que no tiene verdadera connotación jurídica, porque no implica un vínculo asociativo, ya que éste se reserva a los socios.

⁵⁶ Del 15 de junio de 1996 al 28 de noviembre de 2000 y del 31 de julio de 2001 al 5 de mayo de 2008.

⁵⁷ De acuerdo con el principio de primacía de la realidad, “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados” (Ley 28806, artículo 2.2).

⁵⁸ Exp. 089-2009-0-1801-JR-LA-07, considerando décimo cuarto, acápite E.

⁵⁹ Ministerio de Justicia, Estatuto General de la Abogacía Española Real Decreto 658/2001,

con el Código de Ética, no desviarse “en ningún caso del fin supremo de justicia a que la abogacía se halla vinculada”.⁶⁰

Esta incoherencia contradice frontalmente la misión de la abogacía, que como bien expone el preámbulo del Código de Ética del Abogado del Perú, tiene una función social al servicio del derecho y la justicia, siendo su objetivo esencial

la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general y cuya acción no se limita al solo éxito de la causa que patrocina o de la función que cumple en el órgano jurisdiccional o en una entidad pública o privada, sino que busca conseguir que la convivencia social sea fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general, lo que implica cumplir deberes con la comunidad, con los colegas y consigo mismo, que si bien interesan a la propia dignidad, pero influyen de manera indirecta en el prestigio de esta noble profesión.⁶¹

Hay que tener presente que, de acuerdo con el Código Penal peruano, la corrupción en el ámbito privado se tipifica cuando un socio o representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita cualquier ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes, en la contratación de servicios.⁶²

de 22 de junio”, Consejo General de la Abogacía Española, vol. 658/2001, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio 2001, 24913 a 24932, artículo 31 a), disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf> disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf>.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa, *Código de Ética del Abogado*, Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, Concordado y actualizado con jurisprudencia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2019, disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDF.

⁶² Artículo 241-B. “El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar

Es innegable que la contratación civil resulta menos onerosa para un empleador que la laboral. Por lo que, de hecho, quien represente a la firma y celebre un contrato de locación de servicios con un abogado, a sabiendas de que ejercerá la profesión en situación de dependencia, está obteniendo una ventaja o beneficio indebido para la firma legal y sus socios. Sin embargo, esta acción no se corresponde con la tipificada como el delito penal de corrupción, porque esa ventaja es sólo para quien emplea los servicios, y, en el caso de los estudios de abogados, éstos no buscan favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes ni en la contratación de servicio.⁶³

No obstante, el movimiento mundial que existe para que haya mayor transparencia en la marcha de las organizaciones exige que se defina “la línea roja que no se quiere sobrepasar o política de *compliance* respecto al riesgo de corrupción, de forma clara y precisa”.⁶⁴ Puede parecer irrelevante para efectos de esas políticas la modalidad de contratación de los abogados; pero si bien es cierto que no hay engaño entre las partes, el beneficio económico que se percibe es indebido, ya que se están desconociendo derechos irrenunciables, y quienes vulneran las leyes son, precisamente, los llamados a velar por su cumplimiento, por su particular deber de actuar con justicia.

Hay que tener en cuenta que la corrupción está presente tanto en países pobres como en los ricos. El 2001, que fue el del público descalabro de la empresa Enron,⁶⁵ “simboliza la nutrida colección de escándalos políticos, judiciales y empresariales acaecidos en las últimas décadas del siglo XX y primeros años del XXI en muchos países occidentales, democráticos y ricos, y supuestamente inmunes a defectos tan primitivos como la corrupción”.⁶⁶ Hoy en día los medios de comunicación dan cuenta de expresidentes que son condenados a

u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

⁶³ Artículo 241-A.

⁶⁴ Gil, R. y Ballesteros, E., “Corrupción privada en los programas de compliance”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 935/2017, núm. 935.

⁶⁵ Enron Corporation fue una empresa energética con sede en Houston, que se hizo tristemente célebre porque, junto con su empresa auditora Arthur Andersen, realizó un fraude contable millonario, que ocultaba el pago de sobornos y el tráfico de influencias, así como cuantiosas pérdidas, que cuando se hicieron a la luz precipitaron su bancarrota, con más de 20,000 trabajadores a su servicio.

⁶⁶ Calderón Cuadrado, R. y Álvarez Arce, J. L., “Gobernabilidad y anticorrupción: lugar de la empresa en el debate”, *Empresa y Humanismo*, vol. X, núm. 2/07, 2007, pp. 13-41.

prisión por corrupción, ya sea en países en vías de desarrollo o de los que son miembros del G7, como es el caso de Carlos Menem⁶⁷ o Nicolás Sarkozy.⁶⁸ Asimismo, la percepción de corrupción en Italia es similar a la de Mali.⁶⁹

No obstante, hay que recordar que la corrupción no siempre se origina en los medios públicos: el caso Odebrecht en América Latina es un paradigma de cómo el sector privado corrompe al sector público. De hecho, existe unanimidad, empírica y testimonial, sobre la calificación de las empresas como *key participants*: ellas ofrecen “en la mayor parte de los casos, la oferta necesaria para que la demanda del burócrata o funcionario corrupto sea satisfecha y, por tanto, como señalan múltiples organismos internacionales y recogen los últimos documentos anticorrupción, son aliados necesarios y cruciales para luchar contra ella”.⁷⁰

El concepto de corrupción se asocia primordialmente al mal uso del dinero público: el Banco Mundial la define como “el abuso de un cargo público para obtener beneficios privados”.⁷¹ Sin embargo, desde la filosofía del derecho se define, con un análisis más riguroso, que en la corrupción confluyen tres elementos: *i*) alguien que tiene una relación fiduciaria respecto a un bien común, sea público o privado, que le ha sido encomendado; *ii*) esa persona realiza una acción que afecta al bien común, y *iii*) que mediante esa acción transfiera el bien de la esfera de lo común a lo privado individual.⁷²

Podemos afirmar entonces que la corrupción existe cuando un bien se emplea con una finalidad distinta a la socialmente prevista, y que ese cambio de finalidad lo realiza, precisamente, la persona en quien se confía lo usará de acuerdo con el bien común. Por eso, la corrupción se puede definir como “una lacra o hábito malo en el comportamiento ético de las personas, que ha tomado cuerpo sistémico en las relaciones sociales en y a través de la

⁶⁷ Fue condenado a tres años y nueve meses de cárcel por peculado. Cfr. disponible en: <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/expresidente-argentino-carlos-menem-condenado-a-tres-a%C3%B1os-y-nueve-meses-de-prisi%C3%B3n/1431956>.

⁶⁸ Quien fuera condenado, por corrupción, a tres años de prisión en marzo de 2021. Cfr. disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-03-01/condenado-sarkozy-a-tres-anos-de-prision-por-corrupcion-y-trafico-de-influencias.html>.

⁶⁹ Los dos países tienen la posición 51. Cfr. Transparencia Internacional, «Índice de percepción de corrupción», disponible en disponible en: https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019_Report_ES-WEB.pdf.

⁷⁰ Calderón Cuadrado, R. y Álvarez Arce, J. L., “Gobernabilidad”, pp. 13-41.

⁷¹ Banco Mundial, “Datos Básicos: la lucha contra la corrupción”, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet>.

⁷² Serna Bermúdez, P., “La corrupción como patología del bien común. El caso de Hong-Kong”, *Empresa y Humanismo*, vol. XII, núm. 1/09, 2009, p. 125.

función fiduciaria de la autoridad”.⁷³ Logra así un “trastorno social, una alteración de las relaciones de la vida en común causada por decisiones libres de personas”.⁷⁴ Más aún: no se trata de algo circunstancial, sino de “un hábito malo adquirido por repetición de actos y situaciones, que ha tomado cuerpo permanentemente en la sociedad como segunda naturaleza”.⁷⁵ Esta última afirmación parece exagerada, pero no lo es, porque los datos estadísticos demuestran que en los últimos años “una importante cantidad de países han hecho poco o ningún progreso contra la corrupción”.⁷⁶ Si bien es cierto que lo que se recomienda es poner mayores controles y limitar las inversiones de los grandes capitales en la política,⁷⁷ también es evidente que los controles no aseguran la integridad de las decisiones: se requieren decisiones personales capaces de vencer presiones externas e internas.

En consecuencia, es fundamental tener en cuenta que la corrupción es, fundamentalmente, “un problema ético, un vicio social de naturaleza moral que ha tomado cuerpo en el sistema social con dimensiones políticas”.⁷⁸ El análisis del fenómeno de la corrupción no puede reducirse a su dimensión económica, porque eso llevaría a conclusiones erróneas al perderse de vista su raíz: las decisiones libres que la originaron.⁷⁹

Las sociedades civilizadas se relacionan teniendo como criterios de actuación las leyes, que ordenan en forma justa la vida económica y asignan los recursos, configurando así las reglas sociales. Sin embargo,

a medida que la corrupción se extiende se llega a una situación en la que el sistema de orden definido por reglas formales, racionalizadas, coexiste con un esquema de asignación de recursos que contradice patentemente esas reglas; el sistema informal establecido con base en la corrupción termina asumiendo el papel que antes pertenecía exclusivamente al Estado.⁸⁰

Una vez realizadas estas precisiones, debemos analizar si es coherente calificar como corrupción la contratación civil de abogados en los estudios jurídicos, cuando realmente prestan sus servicios en forma subordinada, sustitui-

⁷³ *Ibidem*, p. 122.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 123.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Transparencia Internacional, «Índice de percepción».

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Serna Bermúdez, P., “La corrupción”, p. 125.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 128.

yendo —en la práctica— las normas laborales, que son las que corresponden, por las civiles, que reducen los beneficios a los pactados en el contrato. Al margen de que los derechos laborales sean irrenunciables y que sería posible, por la vía judicial, lograr el reconocimiento de esos derechos, lo fundamental en estos casos es que, quien contrata a los abogados, se entiende que es un representante del área de personal, cuya misión es velar por los derechos de quienes se vinculen con la organización. Y es precisamente esa persona, con una responsabilidad fiduciaria, la que modifica irregularmente la relación jurídica, forzando la figura contractual, aparentando que la relación se desarrolla por los cauces jurídicos que corresponden, cuando no es así. En consecuencia, el sistema informal, aceptado tácitamente por los despachos y la doctrina académica, sustituye en la práctica las normas que el Estado ha previsto para regular la prestación de servicios prestados en condiciones de subordinación.

En consecuencia, los tres elementos de la corrupción, antes aludidos, se encuentran en esta actuación: la persona con autoridad fiduciaria, la acción que modifica fraudulentamente la naturaleza de un contrato, logrando así un beneficio económico para la organización de la que es parte. Se puede objetar que no es corrupción, porque muchos abogados en ejercicio están de acuerdo con esta modalidad de contratación: puede ser, pero eso no cambia la naturaleza de las cosas ni de las relaciones jurídicas. De hecho, se priva a esos profesionales, así contratados, de beneficios como la protección de la seguridad social, la pensión de jubilación, seguro de vida, compensación por tiempo de servicios o por despido arbitrario, etcétera.

Puede seguir pareciendo exagerado calificar como “corrupción” a esta modalidad tan extendida en nuestro medio, porque es pacíficamente admitido en los círculos jurídicos y académicos. Sin embargo, sí se le puede aplicar, porque cuando un abogado es contratado para trabajar para un estudio no se encuentra en igualdad de condiciones para negociar y, al igual que le ocurre a cualquier otro trabajador respecto a su empleador, se pone a su disposición y depende de la oferta de trabajo que recibe.

La coherencia de quienes son autoridad en una organización es fundamental para que los círculos de honradez se extiendan por la sociedad y sean una suerte de revulsivo ante las posturas economicistas o desleales. Se ha dicho con acierto que

se trata de crear en la sociedad un ambiente en el que lo normal sea la virtud y la honradez, y lo excepcional sea la corrupción. Esto puede parecer una ingenuidad, pero es la clave que el mismo Aristóteles da para toda la filoso-

fía política: el gobierno de un pueblo debe estar dirigido a la virtud y eso es posible sólo si los que gobiernan están ellos mismos orientados a la virtud.⁸¹

La importancia de este tema se puede apreciar también en un hecho innegable: los jueces salen de las filas de los abogados. Y la falta de ética en el Poder Judicial del país lleva a que la desconfianza de la población en esa institución sea del 82,3%, según el último informe publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).⁸² Si bien no podemos afirmar que exista una relación de causa-efecto entre estos dos temas, tampoco podemos concluir que sea indiferente que los jóvenes abogados, desde que se inician en el ejercicio profesional, actúen, a sabiendas, contra las leyes vigentes, aunque no se trate de un delito. Es innegable que

la mejor forma de evitar la corrupción en el sistema judicial de una nación es formar jueces que amen y busquen la justicia en el desempeño de su función fiduciaria; cuando una proporción significativa de los jueces de una jurisdicción no son justos (es decir, no son virtuosos en lo que es específico de su función fiduciaria), esa sociedad sufrirá de corrupción endémica en el poder judicial, por mucha actividad fiscalizadora e investigativa que se realice.⁸³

En consecuencia, sí puede calificarse como *corrupción* la contratación civil de prestación de servicios personales, subordinados y remunerados, por tratarse de un negocio celebrado fraudulentamente, con el fin de ahorrar gastos —o incrementar las utilidades— de quien ofrece el empleo. Indudablemente, no puede compararse con la que se realiza a nivel de la administración pública, desviando grandes sumas de dinero, que pertenecen a todos los ciudadanos, para enriquecimiento ilícito de unos pocos; pero eso no convierte a esa práctica en ética ni en conforme a derecho, ni que contribuya a lograr que la honradez y transparencia sean lo propio de las relaciones sociales.

En la última encuesta publicada en el Perú sobre la actitud de los peruanos ante el fenómeno de la corrupción, la organización que la realizó acompaña un comentario, del que extraigo una parte que contiene un reto para el país y, de algún modo, para otros países de la región:

⁸¹ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

⁸² Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), *Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones*, Informe Técnico octubre 2019-mayo 2020, disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_de_gobernabilidad_may2020.pdf.

⁸³ Serna Bermúdez, P., “La corrupción”, pp. 121-188.

A pesar que la ciudadanía se muestra algo más intolerante con aquellas conductas que pueden calificarse como gran corrupción (que una autoridad elegida entregue contratos de grandes obras a empresas que financiaron su campaña o que un magistrado influya en decisiones de operadores de justicia de menor jerarquía, por ejemplo), *en ningún caso se registra un rechazo mayoritario y, más bien, sigue prevaleciendo una actitud ambigua que, en promedio, está en el orden del 68%, tanto frente a este tipo de conductas como a las de pequeña corrupción* (pagar una propina para evitar una multa o para agilizar un trámite) o transgresoras (no pedir recibo para evitar pagar el IGV). «*Quebrar la tolerancia a la corrupción es el gran desafío que tenemos como país, más allá de las investigaciones contra la gran corrupción*», señaló el director de Proética.⁸⁴

Quebrar la tolerancia a la corrupción, a cualquier comportamiento que no respete el orden social, ése es el desafío que tenemos que enfrentar, cada uno desde el lugar que ocupe en la sociedad. Formar círculos concéntricos de honradez, de compromiso social y ético, que vuelvan a unir el tejido social roto por la corrupción. Y la abogacía puede aportar mucho en esta tarea.

Por otro lado, si bien los abogados que acudan a los tribunales para reclamar por derechos laborales no reconocidos pueden obtener sentencias favorables, será muy difícil que lo hagan, por las razones expuestas. Se trata de un reto particular del Poder Legislativo, porque es necesaria una regulación que responda a la naturaleza específica de una profesión en la que se requiere compaginar la libertad y autonomía con la subordinación y tutela de los clientes, así como la obediencia al titular del despacho jurídico. No son suficientes unos fallos aislados; se requiere una respuesta integral para poner fin a un silencio cómplice, en la que la experiencia española puede servir de referencia.

V. LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL ABOGADO EN ESPAÑA

Para culminar estas líneas, comentaremos brevemente el caso de España, en donde la jurisprudencia abrió el camino para reconocer el carácter laboral de la relación jurídica que se entabla entre un abogado y un despacho, ya que cuando la judicatura comprobaba que los servicios se prestaban en forma

⁸⁴ El énfasis es añadido. International, Proética, “Capítulo Peruano de Transparency”, *XI Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2019*, disponible en: <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>.

personal, remunerada y subordinada y/o con exclusividad, los calificaba como laborales,⁸⁵ tal como ocurre en los países de América Latina.

Esta subordinación no es contraria al Estatuto General de la Abogacía Española, que en su artículo 27 regula el ejercicio individual, colectivo y multiprofesional del abogado, y dispone que la abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena, bajo régimen del derecho laboral, es decir, mediante un contrato de trabajo.

Sin embargo, al igual que ocurre hoy en día en el Perú, existía un abierto incumplimiento a estas disposiciones cuando se trataba de abogados-empleadores que contrataban los servicios de otros abogados. El itinerario hasta la calificación de relación laboral especial fue larga, y tuvo inicialmente algunas críticas, porque fue la Ley 22/2005, que regulaba cuestiones de fiscalidad de productos energéticos y electricidad, la que declaró como relación laboral de carácter especial la que surgía por la actividad profesional de los abogados que prestaran servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de la firma de abogados, individual o colectivo.⁸⁶

Esta declaración incluyó el mandato de establecer, mediante real decreto (RD), el régimen jurídico especial triangular, por la presencia del cliente, que es un tercero en la relación despacho-abogado-cliente.⁸⁷ En razón a ello, al cumplirse los doce meses otorgados por la Ley 22/2005, se aprobó el RD 1331/2006, del 17 de noviembre.⁸⁸ Este último precisó que el ámbito de apli-

⁸⁵ Una sentencia del Tribunal Supremo, que data del 8 de abril de 1942 reconoció que “debe comprenderse en el concepto de contrato de trabajo el convenido por un Banco con un abogado asesor para utilizar la competencia técnica de éste, bajo su dependencia y subordinación a cambio de una retribución mensual fija”.

⁸⁶ Ley 22/2005, del 18 de noviembre, por la que se incorporaron al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad, así como del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se reguló el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea. Es decir, se trataba de una ley ajena al régimen laboral especial que creó.

⁸⁷ En el preámbulo del Real Decreto 1131/2006, del 17 de noviembre, expresamente se señala que “Las peculiaridades antes indicadas, que son inherentes al ejercicio de la profesión de abogado, proyectadas en el ámbito de los despachos de abogados en los que el cliente difiere de la persona del empleador, son las que hacen inviable la total o completa aplicación de la regulación laboral común contenida en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral que se establece entre los abogados y los despachos”.

⁸⁸ Real Decreto (RD) 1331/2006, del 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

cación sería los bufetes de abogados, en los que aparece la mencionada relación triangular entre el titular del bufete jurídico, el cliente y el abogado.⁸⁹ Asimismo, que los abogados “deben cumplir las normas laborales que resulten de aplicación, además las normas que rigen la profesión, incluyendo las estatutarias, las éticas y deontológicas”.⁹⁰

Interesa subrayar que la Ley 22/2005 excluye de la relación laboral especial a los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o asociados con otros. Tampoco se incluyen las colaboraciones que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos bufetes.⁹¹ Estas exclusiones fueron confirmadas por el RD 1331/2006, del 17 de noviembre, que atribuye la cualidad de empleador a quien sea el titular de la firma de abogados, sea éste individual o colectivo, o una persona física o jurídica.⁹²

El cliente, que juega un rol importante en la relación triangular, puede definirse como aquel que necesita proteger sus intereses jurídicos y derechos y que carece de medios, conocimientos o voluntad necesarios para hacerlo. En la relación laboral especial de abogacía el cliente no contrata directamente al abogado; lo hace por medio del titular de un despacho, que a su vez emplea abogados en régimen laboral especial para que los presten. El cliente mantiene una relación jurídica con el titular del despacho, y el abogado, vinculado al despacho por un contrato de trabajo, que es quien desarrolla efectivamente la actividad profesional.⁹³

La regulación abarca diversos aspectos del contrato de trabajo, desde su objeto, pacto de permanencia, jornada, descansos remunerados, horas extras, hasta lo relativo a su extinción, que va desde el mutuo disenso hasta el despido o la renuncia.⁹⁴ Asimismo, permite el ejercicio de los derechos laborales colectivos.⁹⁵

⁸⁹ RD 1331/2006, artículo 13.

⁹⁰ Véase preámbulo.

⁹¹ Disposición adicional primera de la Ley 22/2005, del 19 de noviembre de 2005.

⁹² Artículo 4o.

⁹³ RD 1331/2006, artículo 4o.

⁹⁴ Un detallado análisis de la regulación y decisiones de la judicatura ante problemas presentados en su aplicación se encuentra en Buendía Jiménez, J. A. *et al.*, “La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)”, en Semper Navarro, Antonio V. *et al.* (coord.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, vol. II, Aranzadi & Thomson Reuters, 2011, pp. 527-586.

⁹⁵ Sin embargo, como ha sido destacado: “De 2006 a 2019 se constatan tímidos intentos de negociación de un convenio colectivo nacional. El sindicato de abogados SAICO lo intentó con resultado fallido. En Cataluña, con un grado de compromiso mayor y en referencia a su ámbito autonómico, se han realizado múltiples gestiones hasta principios de 2017, sin efecto”.

Interesa destacar las disposiciones de dos artículos del RD 1331/2006, del 17 de noviembre, que se refieren a los deberes del abogado con respecto al despacho en el que trabaja y los límites del poder de dirección de los titulares de los bufetes, que se transcriben a continuación.

Deberes del abogado con respecto al despacho en el que trabaja: por un lado, se establecen deberes de obediencia, pero con los límites que imponen los principios y valores de la profesión, del cumplimiento de sus obligaciones con buena fe y diligencia, el deber de capacitación, actualización, así como de mejorar la calidad de los servicios del bufete, con base en su propia mejora y, también, el compromiso de no realizar trabajos que impliquen una competencia desleal.⁹⁶

El otro precepto importante es el que delimita los alcances del poder de dirección de los titulares de los despachos jurídicos. En este sentido, si bien la norma les reconoce la potestad de organizar, planificar y dirigir el trabajo de los abogados, incluyendo la distribución de asuntos y controlando su desarrollo, se hace hincapié en que deben respetar la libertad e independencia de esos profesionales en su actividad, así como sus deberes éticos específicos.⁹⁷

Estos artículos del RD reflejan exactamente la realidad de la prestación de los servicios de los abogados en el Perú, que se ha analizado en el segundo apartado de este estudio. La diferencia estriba, como ya hemos comentado, en que en el Perú esa relación se califica como civil, siendo en realidad —como lo corroboran estas disposiciones— laboral. Comentario adicional merece la regulación que hace esta norma de dos aspectos básicos: el de la jornada y la extinción del contrato de trabajo.

El RD considera que el tiempo de trabajo de estos profesionales exige una regulación especial, porque “la realización de la actividad profesional de los abogados requiere, por parte de éstos, disponer de un mayor margen de flexibilidad en la utilización y distribución de este”.⁹⁸ Con base en este argumento establece que la jornada no debe superar la del ET, que es de cuarenta horas semanales, pero computada en forma anual.⁹⁹ En el caso peruano, se tendría que hacer referencia a la señalada en la Constitución, que fija la jor-

Gutiérrez Arrudi, *La contratación del abogado por abogado: convenio colectivo (II)*, 20 de julio de 2019, disponible en: <https://www.gutierrezarrudi.com/la-contratacion-del-abogado-por-abogado-convenio-colectivo-ii/>.

⁹⁶ Artículo 5.3.

⁹⁷ Artículo 6o.

⁹⁸ Exposición de Motivos, Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20113>.

⁹⁹ Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, artículo 14.1.

nada máxima en 48 horas semanales.¹⁰⁰ En España, la norma dispone que esa jornada se concrete mediante pacto individual o colectivo para que, sin exceder el máximo legal, se haga “de tal manera que se asegure el servicio a los clientes y el cumplimiento de los plazos procesales”.¹⁰¹ En el Perú, una sentencia del Tribunal Constitucional estableció que el plazo máximo para verificar el cumplimiento del máximo constitucional, en el sector minero, era de tres semanas, teniendo en cuenta las dificultades climáticas, la alimentación y el desgaste que implica el trabajo en las minas, que es muy distinto al que se presta en el radio urbano, y, más aún, en el ámbito jurídico. Por tanto, nada impide una correcta distinción —no discriminación— que adecúe el cómputo al desgaste que ocasiona el trabajo de los abogados en relación con la jornada máxima de trabajo, considerando que el desgaste físico es mucho menor, pueda computarse en un plazo mayor, como podrían ser seis meses.

Finalmente, en lo que concierne a la jornada, de acuerdo con el RD, “se considerará tiempo de trabajo el tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes”.¹⁰² Esta precisión llevó a no computar los desplazamientos o esperas, salvo que durante ellos se realizaran actividades propias de la profesión, y delegó en los convenios colectivos establecer cuáles desplazamientos y esperas no se computarían para determinar la duración máxima de la jornada.¹⁰³ Sin embargo, el Tribunal Supremo (TS), en sentencia del 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 5991), consideró que esta disposición —el tercer apartado del artículo 14.1 del mencionado RD—

no resultaba acorde a los términos de la Directiva Comunitaria 2003/88 de ordenación del tiempo de trabajo, de forma que a partir de esta resolución el tiempo que un letrado emplea por el desempeño de sus funciones contará en las horas de trabajo, considerando el TS que siquiera a la alusión al

¹⁰⁰ Artículo 25: “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”. Una sentencia del Tribunal Constitucional, que tiene la calidad de precedente vinculante, ha establecido que, en el caso de los trabajadores mineros, para calcular el tope de 48 horas semanales, se debe establecer el promedio máximo en tres semanas de trabajo. *Cfr.* Exp. núm. 4635-2004-AA/TC.

¹⁰¹ Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, artículo 14.3.

¹⁰² Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, artículo 14.1.

¹⁰³ Buendía Jiménez, J.A. *et al.*, *La relación laboral especial*, pp. 570-572.

convenio colectivo permitía salvar su validez, ya que en ningún el tiempo de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la CE [Constitución de España], pueda dejar de computar a los efectos de determinar la jornada máxima de trabajo.¹⁰⁴

El último aspecto para resaltar es el de los descansos, vacaciones, fiestas y permisos, que por mandato del reglamento de este RD hay una remisión al Estatuto de los Trabajadores (ET), para determinar el régimen que corresponde. Se aplican, por tanto, a este régimen especial, las normas previstas para todo trabajador del régimen común o general.¹⁰⁵

En relación con la extinción del contrato de trabajo, es particularmente importante la previsión que ha realizado el RD de considerar, en el artículo 23.2 a), la pérdida de confianza como una causal suficiente y distinta al despido disciplinario. Esta disposición reconoce al titular del despacho la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo, en las condiciones previstas en el artículo 53, del ET, “cuando exista una manifiesta y grave pérdida de la confianza entre el abogado y al titular del despacho que tenga su origen en la actuación profesional del abogado o en su relación con los clientes y así se acredite por el titular del despacho”. Para que sea válido el acuerdo de extinción, se requiere “que en la comunicación que se haga al abogado consten con suficiente detalle las actuaciones profesionales o las relaciones con los clientes en que se base la pérdida de la confianza... y que el preaviso que se conceda al abogado tenga una duración de al menos 45 días” (artículo 22.3).

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social-sección 1a.) (TSJ) se pronunció en un caso en el que una abogada demandó al titular del despacho solicitando la readmisión en el empleo. El TSJ determinó que

el demandado ha dado el debido cumplimiento a todas las formalidades exigidas para proceder a la extinción del contrato al amparo del artículo 23.2 a) del RD 1331/06, ha acreditado en el juicio la realidad de los hechos que alega como motivadores de la grave quiebra de la confianza, y tales hechos, consistentes en que la actora presentó fuera de plazo la contestación a la

¹⁰⁴ El segundo párrafo del artículo 40 de la CE establece: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

¹⁰⁵ Artículos 37 y 38 del ET sobre trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo, disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/estatuto-de-los-trabajadores-articulo-37/> y sobre vacaciones anuales, disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/estatuto-de-los-trabajadores-articulo-38/>.

demanda de un procedimiento matrimonial de modificación de medidas, no preparó la demanda de un procedimiento monitorio que se le había encomendado y no informó de la situación de sus expedientes tras ausentarse del despacho el día 6 de marzo, justifican plenamente la extinción indemnizada del contrato por pérdida de confianza decidida por el demandado.¹⁰⁶

Este aspecto es fundamental, pues hay conductas que no se configuran como una causal que justifique el despido disciplinario, pero sí la extinción del contrato por pérdida de la confianza. El RD establece que, para su validez, el titular del despacho debe poner “a disposición del abogado, simultáneamente a la entrega de la comunicación, la indemnización de veinte días por año de servicio y la concesión de un preaviso de al menos 45 días”.¹⁰⁷ Esta previsión es importante, porque el trabajo de los abogados comporta

un mayor grado de autonomía, independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección del trabajo, la limitación de las facultades de dirección y control del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores, mayores exigencias a los abogados en cuanto al cumplimiento de los deberes específicos de diligencia y confidencialidad y de los plazos que se establecen en las normas procesales, y un más estricto respeto entre los titulares de los despachos y los abogados de los principios de buena fe y recíproca confianza, como consecuencia del sometimiento de los abogados a las normas que rigen su profesión, además de las normas laborales.¹⁰⁸

Interesa destacar que la iniciativa legislativa tuvo su origen en

las inspecciones practicadas a inicios de 2004 en diversos despachos con objeto de comprobar si las condiciones laborales de los abogados que prestaban servicios en ellos eran conformes a la normativa laboral vigente. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social comprobó que, en muchos casos, los abogados estaban vinculados a los despachos por medio de relaciones de naturaleza civil y mercantil cuando, en realidad, las condiciones de la prestación de servicios eran las propias de una relación de carácter laboral.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Sentencia 2363/2013 del 5 diciembre. JUR 2014\14326.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Sempere Navarro, A. V., “La incorregible «Ley de acompañamiento» y el principio de igualdad (a propósito de la Ley 62/2003)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004, pp. 2004 y 2045.

Resta, pues, que en el Perú, tanto la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) como la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) realicen la misma labor para que al poner a la consideración de la opinión pública la discriminación injusta que realizan unos abogados en perjuicio de otros abogados, se logre que el Congreso de la República corrija esta situación en forma integral. No se trata sólo de los intereses económicos de un gremio profesional; es mucho más lo que está en juego. En un país que desde hace décadas viene sufriendo el flagelo de la corrupción, resulta fundamental poner fin a cualquier forma de incoherencia ética, que logra beneficios económicos a costa de los derechos de quienes no tienen voz o capacidad negociadora para cambiar su situación; las normas de *compliance* deben empezar “por casa”, si realmente se busca la transparencia y la honradez negociadora.

ANEXO

LOS 50 MEJORES BUFETES JURÍDICOS DEL PERÚ DE ACUERDO CON EL RANKING DE *LEADERS LEAGUE*, *CHAMBERS* *AND PARTNERS* Y *THE LEGAL 500* (2019)

<i>Nro.</i>	<i>Estudio jurídico</i>	<i>R. U. C.</i>	<i>Forma de constitución</i>
1	Ada Alegre Consultores	20514100684	S. A. C.
2	Allende & García	20392784480	S. CIVIL. R. L.
3	Arbe Abogados	20544346343	S. A. C.
4	Bafur	20100977037	S. CIVIL. R. L.
5	Barreda Moller	20101072453	S. CIVIL. R. L.
6	Barrera & Asociados	20544144716	S. CIVIL. R. L.
7	Bullard, Falla & Ezcurra	20471083144	S. CIVIL. R. L.
8	Carolina Oré Gómez & Asociados	20493400526	E. I. R. L.
9	Carrera, Pinatte & Baca Álvarez	20461677836	S. CIVIL. R. L.
10	Carrizales Infraestructura & Servicios Públicos	20415321652	S. CIVIL. R. L.
11	Clarke Modet & Co.	20256396000	S. A. C.
12	Casahierro Abogados	20505111118	S. CIVIL. R. L.
13	CMS Grau	20101093027	S. CIVIL. R. L.

<i>Nro.</i>	<i>Estudio jurídico</i>	<i>R. U. C.</i>	<i>Forma de constitución</i>
14	DCC Consultores	20511091803	S. A. C.
15	De Bracamonte, Haaker & Castellares Abogados	20544142004	S. CIVIL. R. L.
16	De la Puente Abogados	20507568409	S. A. C.
17	DLA Piper Pizarro Botto Escobar	20510886462	S. CIVIL. R. L.
18	Dentons Gallo Barrios Pickman Abogados	20535710695	S. CIVIL. R. L.
19	Echecopar	20510037562	S. R. L.
20	Espinosa Bellido Abogados	20293379344	S. CIVIL.
21	Estudio Jorge Avendaño Abogados	20547440995	S. CIVIL. R. L.
22	Estudio Aurelio García Sayán	20101057900	S. CIVIL. R. L.
23	Estudio Chehade & Abogados	20378816786	S. CIVIL. R. L.
24	Estudio de la Flor, García Montúfar, Arata	20459804219	S. CIVIL. R. L.
25	Estudio Gálvez Abogados	20298930391	S. CIVIL. R. L.
26	Estudio Linares Abogados	20346525895	S. CIVIL. R. L.
27	Estudio Monroy Abogados	20502562194	S. CIVIL. R. L.
28	Estudio Olaechea	20110886196	S. CIVIL. R. L.
29	Estudio Valencia	20108092310	S. CIVIL. R. L.
30	Garrigues	20555113499	S. CIVIL. R. L.
31	Hernández & Cía.	20432295754	S. CIVIL. R. L.
32	Kresalja IP	20600367189	S. CIVIL. R. L.
33	Laub & Quijandria-Consultores y Abogados	20514853780	S. CIVIL. R. L.
34	Lazo, de Romaña & CMB Abogados	20510260041	S. CIVIL. R. L.
35	León e Iparraguirre Abogados	20601135214	S. A. C.
36	Miranda & Amado	20419020606	S. CIVIL. R. L.
37	Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados	20397795013	S. CIVIL. R. L.
38	Navarro Sologuren-Paredes-Gray	20294066421	S. A.
39	Navarro & Pazos Abogados	20492116433	S. A. C.
40	Osterling Abogados	20108001535	S. CIVIL. R. L.
41	Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados	20299704913	S. CIVIL. R. L.

<i>Nro.</i>	<i>Estudio jurídico</i>	<i>R. U. C.</i>	<i>Forma de constitución</i>
42	Pizarro, Botto & Escobar	20510886462	S. CIVIL. R. L.
43	Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría	20111064394	S. CIVIL. R. L.
44	Priori & Carrillo Abogados	20515182251	S. CIVIL. R. L.
45	Rebaza Alcazar & De las Casas	20509289931	S. CIVIL. R. L.
46	Rubio Leguia Normand	20101056091	S. CIVIL. R. L.
47	Rodrigo, Elias & Medrano Abogados	20184778824	S. CIVIL. R. L.
48	Rodríguez García (2016)	20601715792	E. I. R. L.
49	Santiváñez Abogados	20526040954	S. A.
50	Thorne, Echeandía & Lema Abogados	20110689528	S. CIVIL. R. L.

VI. CONCLUSIONES

El principio de no discriminación en el ámbito laboral exige no sólo proscribir los tratos humillantes, sino toda conducta que vulnere la igualdad de oportunidades y de derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

Los abogados que trabajan para cualquier organización en forma personal, remunerada y subordinada son contratados bajo las normas del derecho del trabajo. Sin embargo, cuando los contrata una firma legal, deben celebrar un contrato de locación de servicios, que no les permite acceder a la tutela específica que otorga el Estado al trabajador dependiente, que comprende los derechos individuales y colectivos de trabajo, inherentes a la celebración del contrato de trabajo.

La celebración de estos contratos constituye una incoherencia ética, que constituye una discriminación contractual contraria al orden constitucional, que tanto los abogados socios como los que no lo son, conocen: saben que pactan en fraude de ley, por motivos económicos, vulnerando derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes, lo cual constituye una forma oculta, pero nociva, de corrupción social.

La corrupción es un problema ético, un vicio social de naturaleza moral, que ha tomado cuerpo en el sistema social con dimensiones políticas. Se configura cuando un bien se emplea con una finalidad distinta a la socialmente prevista, y el cambio de finalidad lo realiza, precisamente, la persona en quien se confiaba le daría el adecuado, de acuerdo con el bien común. Formar a los jóvenes abogados y permitir que celebren contratos de servicios

fraudulentos contraría el sentido de justicia y el objetivo común de promover una conducta honrada, basada en el respeto a las leyes y al obrar con justicia. Los controles no aseguran la integridad de las decisiones; es necesario formar, con los hechos, en integridad, para vencer presiones externas e internas.

La experiencia española demuestra que no es suficiente que los juzgados resuelvan casos singulares; es necesario que el Estado intervenga, mediante la regulación estatal, para poner fin a una contratación discriminatoria e injusta, que perjudica a la sociedad entera, pues la acción de los abogados no se limita al éxito de la causa que patrocinen, sino que incide directamente en la convivencia honesta y pacífica de la sociedad. Se requiere una regulación especial, no sólo en torno a los derechos y deberes de los abogados que sean trabajadores y del titular del bufete, sino en particular a lo que se refiere a la extinción del contrato. Por desarrollar labores de confianza, que exigen un alto grado de autonomía en el ejercicio profesional, la pérdida de confianza debe incluirse entre las causas que justifiquen dicha extinción.

Para impulsar un clima de transparencia, las normas de *compliance* deben aplicarse también a las relaciones de los abogados con los bufetes jurídicos en los que trabajan.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKER, Ron, *The (Modern) Father of the Billable Hour and Timesheet*, vol. 2021, núm. 16 de abril de 2009, https://www.verasage.com/verasage-institute/blog/the_modern_father_of_the_billable_hour_and_timesheet.
- BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio *et al.*, “La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)”, en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. *et al.* (coord.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, vol. II, Aranzadi & Thomson Reuters, 2011.
- CALDERÓN CUADRADO, Reyes, “Gobernabilidad y anticorrupción: lugar de la empresa en el debate”, *Empresa y Humanismo*, vol. X, núm. 2/07, 2007.
- CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. Jorge Piatigorsky, Paidós, 1995.
- Código de Ética del Abogado*, Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, 2012, disponible en: http://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdfhttp://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf.

- GARCÍA DE HARO, Ramón, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, 1963.
- GIL, Rocío y BALLESTEROS, Elena, “Corrupción privada en los programas de compliance”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 935, 2017.
- GUTIÉRREZ ARRUDI, Abogados laboristas, “La contratación del abogado por abogado: Convenio Colectivo (II)”, 20 de julio de 2019, disponible en: <https://www.gutierrezarrudi.com/la-contratacion-del-abogado-por-abogado-convenio-colectivo-ii/>, (consultado el: 22 de abril de 2021).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, “Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones”, *Informe Técnico*, Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), octubre de 2019-mayo de 2020, disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_de_gobernabilidad_may2020.pdf.
- INTERNATIONAL PROÉTICA. CAPÍTULO PERUANO DE TRANSPARENCY, “XI Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2019”, *Proética*, disponible en: <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “Estatuto general de la abogacía española”, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, Consejo General de la Abogacía Española, vol. 658/2001, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2001, disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf><https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf>, enero de 2021.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y LIBERTAD RELIGIOSA, “Código de Ética del Abogado”, Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, Concordado y actualizado con jurisprudencia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la PUCP, 2019, disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDFhttps://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDF.
- MONTEZUMA PANEZ, Óscar, “Innovación legal, *Legaltech* y el abogado en su laberinto”, *Themis*, 2019.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y trabajo*, Civitas, 2014.
- BANCO MUNDIAL, *Datos básicos: la lucha contra la corrupción*, Banco Mundial, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet> (consultado el: 25 de agosto de 2021).

- PACHECO ZERGA, Luz, “La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización”, *Asesoría Laboral*, núm. 235, 2010.
- RIVERA VITONERA, Gloria, “Naturaleza jurídica de la contratación de los abogados en los estudios jurídicos”, *Facultad de Derecho*, título de abogada, Universidad de Piura, octubre de 2019, disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450><https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450>.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “La incorregible «Ley de acompañamiento» y el principio de igualdad (a propósito de la Ley 62/2003)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004, BIB 2004\2045.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “La corrupción como patología del bien común. El caso de Hong-Kong”, *Empresa y Humanismo*, vol. XII, núm. 1/09, 2009.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Y MERZTHAL SHIGYO, Marilú, “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”, *Themis*, núm. 65, 2014.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Índice de percepción de corrupción*, 27 de agosto, disponible en: https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019_Report_ES-WEB.pdf.

SISTEMA DE SALUD MEXICANO: DE LA DESCENTRALIZACIÓN HACIA LA RE-CENTRALIZACIÓN*

MEXICAN HEALTH SYSTEM:
FROM DECENTRALIZATION TO RE-CENTRALIZATION

SYSTÈME DE SANTÉ MEXICAIN:
DE LA DÉCENTRALISATION À LA RECENTRALISATION

María Magaly VARGAS-RUIZ*

RESUMEN: En México, el sistema de salud es esencial dentro de las responsabilidades del Estado. Históricamente, se han implementado modificaciones en su estructura en la búsqueda de eficientar su operación, y con ello contribuir a la equidad y a la justicia social. El objetivo de este trabajo fue analizar el impacto de la última modificación orgánico-estructural realizada al sistema de salud relativa a la recentralización de los servicios de salud. A través de un análisis legislativo de la última modificación al sistema de salud y de investigación documental por el periodo 1970-2018, se identificaron los principales cambios organizacionales y su impacto. Se encontró que el proceso de recentralizar propuesto no está bien definido, prevaleciendo el establecimiento de acuerdos de coordinación entre el gobierno federal y las entidades federativas. Se concluye que la propuesta de recentralizar a través del Instituto Nacional de Salud para el Bienestar se limita a una modificación en la denominación, ya que continúa sustentada en la concurrencia con las entidades federativas;

* Recibido el 11 de mayo de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Programa de Becas Posdoctorales, Coordinación de Humanidades, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Ciudad de México, México. Autor de correspondencia: mm.vargasruiz@gmail.com

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.



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. 36, pp. 193-221

por lo que no representa una transformación sustancial para superar la fragmentación del sistema, ya que la recentralización implica la búsqueda de mecanismos legales, de organización y financiamiento que impacten en la mejora de su desempeño.

Palabras claves: organización del sistema de salud, descentralización, recentralización.

ABSTRACT: In Mexico, the health system is essential within the responsibilities of the State. Historically, modifications implemented in its structure in the search to make its operation more efficient, and thereby contribute to equity and social justice. The objective of this work was to analyze the impact of the last organic-structural modification made to the Health System related to the re-centralization of health services. Through a legislative analysis of the last modification to the health system and documentary research for the period 1970-2018, the main organizational changes and their impact were identified. It was found that the proposed re-centralization process is not well defined, prevailing on the establishment of coordination agreements between the federal government and the states. In conclusions the proposal to re-centralize through the National Institute of Health for Welfare, is limited to a change in the denomination, since it continues supported by the concurrence with the federal entities. Therefore, it does not represent a substantial transformation to overcome the fragmentation of the system, since re-centralization implies the search for legal, organizational and financing mechanisms that have an impact on improving its performance.

Keyword: health system, decentralization, centralization.

RÉSUMÉ: Au Mexique, le système de santé est essentiel dans le cadre des responsabilités de l'État. Historiquement, des modifications ont été apportées à sa structure dans le but de rendre son fonctionnement plus efficace, et ainsi contribuer à l'équité et à la justice sociale. L'objectif de ce travail était d'analyser l'impact de la dernière modification organique-structurelle apportée au système de santé liée à la recentralisation des services de santé. A travers une analyse législative de la dernière modification du système de santé et une recherche documentaire pour la période 1970-2018, les principaux changements organisationnels et leurs impacts ont été identifiés. Il a été constaté que le processus de recentralisation proposé n'est pas bien défini, prévalant l'établissement d'accords de coordination entre le gouvernement fédéral et les États. Il est conclu que la proposition de recentralisation à travers l'Institut national de

la santé pour le bien-être se limite à un changement de dénomination, car elle continue d'être soutenue par l'accord avec les entités fédérales; par conséquent, cela ne représente pas une transformation substantielle pour surmonter la fragmentation du système, puisque la recentralisation implique la recherche de mécanismes juridiques, organisationnels et financiers qui ont un impact sur l'amélioration de sa performance.

Mots clés: organisation du système de santé, décentralisation, recentralisation.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Organización de los sistemas de salud.* III. *De la descentralización hacia la re-centralización.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde la década de los setenta, con la Declaración de Alma-Ata, se reconocieron los valores que deben sustentar los sistemas de salud: equidad, justicia social, derecho a una mejor atención para todos, participación y solidaridad; en la búsqueda de su logro resulta importante eficientar su operación y garantizar su sustentabilidad a través de su diseño organizacional.

Garantizar que los sistemas de salud respondan a los desafíos de un mundo en transformación y a las crecientes expectativas de mejores resultados conlleva una reorientación y reformas sustanciales a los sistemas de salud; asimismo, requiere de una fuerte articulación con otros sectores implicados en el cumplimiento de los derechos sociales interrelacionados, como es el caso de la educación, la alimentación, la vivienda, entre otros.

El objetivo de este trabajo es analizar el impacto de la última modificación orgánico-estructural realizada al sistema de salud relativa a la recentralización de los servicios de salud.

Se consideró importante abordar este tema debido al relevante papel que juega el sistema de salud en la disminución de las desigualdades, dados sus vínculos con el desarrollo social y económico; sin embargo, a lo largo de su historia no se han logrado los objetivos relativos a la equidad y justicia social debido a sus características organizacionales, que obstaculizan su óptimo desempeño.

Este trabajo se integra de los siguientes apartados: en el primero, se presentan los antecedentes de la necesidad de conformación de los sistemas de

salud, así como los relativos a la organización y evolución del sistema de salud mexicano del periodo 1970-2018; en el siguiente, se expone el proceso de descentralización y la propuesta de su federalización o recentralización, para finalizar con la exposición de las conclusiones de los principales hallazgos.

II. ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SALUD

En este apartado se presentan los antecedentes de la necesidad de creación de un sistema de salud en el contexto internacional, así como la organización y evolución del sistema de salud mexicano a partir de sus estrategias, planes y ejes por el periodo de 1970 a 2018, como marco de referencia para el mejor entendimiento de la estructura a través de la que ha operado.

1. *Antecedentes de la organización de los sistemas de salud*

El sistema de salud es definido como la red de servicios con el objetivo de proporcionar a la población un nivel óptimo de salud, para proteger el riesgo de enfermedad, para 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.¹

El primer antecedente de la conformación de un sistema de salud es posterior a la Primera Guerra Mundial, cuando en Reino Unido se reconoció la necesidad de reorganización de los gobiernos y, por lo tanto, de los sistemas de salud, bajo el principio de cobertura universal, entendido como el aseguramiento de los servicios de salud a toda la comunidad.

En este contexto, el Informe Dawson de Penn fue emitido en 1920, derivado de la urgencia por el establecimiento metódico de una política de salud constructiva, y la importancia de la vinculación del gobierno local con los servicios médicos y las necesidades de salud de la comunidad. Las recomendaciones de este Informe estaban dirigidas a ofrecer mejores servicios tanto para la atención de las necesidades de salud como para asegurar la adquisición de infraestructura (edificios y equipos), la organización de servicios de salud correlacionados, asequibles y de calidad; la coordinación entre la medicina preventiva y curativa, y el respeto a la libertad de acción para el médico y el paciente.

¹ Pan American Health Organization, *Biblioteca Virtual. Descriptores en Ciencias de la Salud (DeCS)*, 2020.

Este Informe fue el primer precedente de la organización de los servicios de salud, clasificados en domiciliarios versus institucionales, e individuales versus públicos; articulados hacia centros primarios de salud con distinta complejidad y tamaño de acuerdo con las condiciones locales y situación geográfica (rural o urbana), que otorgaban medicina curativa y preventiva. Estos centros primarios tenían como base un centro secundario de salud, para la atención de los casos complicados o especiales. Paralelamente, se implementaron servicios complementarios como parte esencial del esquema, vinculados con los centros primarios y secundarios. Este movimiento intentó aportar respuestas racionales, basadas en datos científicos y con visión de futuro, a las necesidades sanitarias y a esas expectativas sociales.²

Más adelante, en la década de los setenta, con la Declaración de Alma-Ata, surgida del movimiento en pro de la Atención Primaria de Salud (APS), se establecen los valores que deben buscar los sistemas de salud: la equidad, la justicia social y el derecho a una salud para todos. Estas recomendaciones otorgaban a los Estados la responsabilidad de la mejora de las condiciones de la salud de su población, mediante la organización de sistemas de salud basados en la APS, así como el aseguramiento de recursos humanos, financieros y materiales que garantizaran su adecuada operación.³

Los valores de la Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de Salud continúan vigentes; sin embargo, son aún un reto a pesar de los avances en salud en el ámbito global. Estas premisas aún se constituyen como un reto, dado que los sistemas de salud no son totalmente eficientes debido a defectos evitables; esto se observa diariamente con los obstáculos de acceso a la atención en salud y la falta de cobertura de los servicios esenciales de salud, como la cobertura de los esquemas de vacunación completos, las diferencias en las tasas de mortalidad infantil entre las áreas rurales y urbanas, o el empobrecimiento generado por los pagos de bolsillo, entre otros.⁴

² 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*, trad. 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.

³ Ejecutivo, C., *Evaluación: actualización y proyecto de plan de trabajo para 2020-2021* (núm. EB146/38 Add.1), Organización Mundial de la Salud, 2019, p. 3.

⁴ 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.

La APS ha promovido una importante cooperación técnica internacional generadora de políticas públicas, bajo premisas de acceso, cobertura y capacidad resolutiva universales, al constituirse como el eje conductor para la organización de los sistemas de salud y el establecimiento de los resultados en salud a obtener dadas las características y el contexto del sistema de salud (abiertos, flexibles, intersectoriales).⁵

Los sistemas de salud han sido influidos por los cambios globales; las crisis económicas y políticas plantean a los servicios estatales e institucionales el reto de garantizar la cobertura universal que implica el acceso a los servicios de salud y su financiamiento, lo que limita su capacidad de respuesta, y obstaculiza el cumplimiento de los objetivos de la salud para todos por medio de la atención primaria, establecidos en la Declaración de Alma-Ata. En ese contexto, se implementa la agenda de renovación de la APS con las premisas:⁶

1. Valorar los recursos humanos como sujetos protagonistas de la construcción y consolidación de modelos de atención basados en la APS.
2. Promover la utilización racional y la innovación de los recursos tecnológicos al servicio de las necesidades de salud de la población, y
3. Desarrollar un modelo de financiamiento que asegure la suficiencia, la calidad, la equidad, la eficiencia y la sostenibilidad.⁷

Considera además la necesidad de introducir mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, que permitan la participación social en la búsqueda de soluciones e innovaciones para hacer efectivo el derecho a la salud, tanto en las instancias nacionales como supranacionales.

En este marco, el sistema de salud se constituye como un subsistema dentro del sistema económico; con independencia del modelo económico, todos los sistemas de salud están sujetos a un grado más o menos importante de intervencionismo y regulación por parte de los poderes públicos respecto al qué, cómo y para quién se produce. En ese sentido, la mayoría de los sistemas de salud se encuentran entre los públicos, totalmente otorgados por el Esta-

⁵ Rovere, M., "La atención primaria en la encrucijada: desplegar su potencial transformador o quedar instrumentados en una nueva ofensiva privatizadora", *Saúde em Debate*, 2018, núm. 42, pp. 325 y 326.

⁶ Organización Mundial de la Salud, "Informe sobre la salud en el mundo 2008...", *cit.*, p. 8.
Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Salud Universal*, 2020.

⁷ 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.

do, y los privados; en cada tipo de organización el Estado asume un mayor o menor protagonismo en la regulación, financiamiento y prestación de servicios de salud, y en el establecimiento de un conjunto de prestaciones.⁸

En México, el Sistema Nacional de Salud data de 1943, con la creación de sus principales instituciones: la Secretaría de Salubridad y Asistencia, hoy Secretaría de Salud (SS), y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); a lo largo de su historia, la fragmentación ha sido la principal característica organizacional, la cual segmenta sus principales funciones (regulación, financiamiento, operación), así como la población objetivo a atender.⁹

El sistema de salud mexicano se integra de tres subsectores: la seguridad social a cargo del IMSS; los servicios de salud pública de la Secretaría de Salud y el privado. Cada uno tiene la responsabilidad del financiamiento y prestación de los servicios de salud en los distintos niveles de atención, a través de las instituciones que los conforman, sin articulación entre ellos.¹⁰ El gobierno federal, a través de la Secretaría de Salud, ha sido el responsable de la función regulatoria.

2. Evolución del sistema de salud mexicano: 1970-2018

Durante el sexenio 1970-1976, en el Plan Nacional de Salud se enmarcaron todas las actividades a desarrollarse en este sector; con el fin de que tuviera un seguimiento transexenal, se definió también el PNS correspondiente al periodo 1977-1983. Se desglosó en veinte programas y 56 subprogramas; asimismo, se complementó con los 32 planes correspondientes a cada una de las entidades federativas. La relevancia de este Plan fue el establecimiento de nuevas bases para la planeación y la programación de acciones en salud; asimismo, incorporó la responsabilidad social a todos los niveles; además, se recomendó la constitución del sistema nacional de hospitales.¹¹

En este periodo, la integración federal de las instituciones hospitalarias se re-configuró, con el fin de permitir que las erogaciones realizadas en este

⁸ Rovira, J. *et al.*, “Conjuntos de prestaciones de salud: objetivos, diseño y aplicación”, en *Conjuntos de prestaciones de salud: objetivos, diseño y aplicación*, 2000, p. 110.

⁹ Secretaría de Salud, *Salud México 2006. Información para la rendición de cuentas*, México, 2007.

¹⁰ 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.

¹¹ Plan Nacional de Salud 1974-1976, 1977-1983, 3 vols., México, SSA, Talleres Gráficas de la Nación, 1974.

aspecto por las entidades federativas se transfirieran a los presupuestos de los servicios coordinados de salud pública, para reforzar sus programas, en especial en el medio rural, lo que significó la centralización de sus recursos. En este periodo se implementaron las casas de salud, en pequeñas comunidades rurales, como centros para orientar los programas de carácter higiénico de la localidad y ofrecer atención médica elemental, las cuales servían también de apoyo a brigadas médicas móviles.

Una de sus principales premisas fue que la población sin recursos económicos recibiera servicios de salud en forma gratuita, sin límite, en los establecimientos de la Secretaría de Salud y Asistencia (SSA), y en una porción de la capacidad instalada de otros servicios oficiales y privados. La relevancia de este Plan se sustenta en la ampliación de la cobertura de atención médica al sector rural, así como la disposición de un nuevo equipo integrado por personas de la misma comunidad con funciones fundamentalmente preventivas, clasificados en tres tipos: el técnico en salud, el promotor de salud y el personal empírico previamente capacitado.

En los aspectos relativos a la legislación sanitaria, se propuso el fortalecimiento del fundamento jurídico para uniformar los principios técnicos y los procedimientos que garantizaran la salud, la asistencia y la seguridad social de toda la población, a través de la unificación de todos los principios y procedimientos, a fin de favorecer la coordinación, en todos los reglamentos, normas técnicas, instructivos y demás disposiciones dictadas en el campo de la salubridad, la asistencia y la seguridad social.

En este periodo, las políticas en salud se enfocaron a la prevención y promoción a la salud, higiene y saneamiento, a la erradicación y control de enfermedades transmisibles y degenerativas, así como de accidentes; a la ampliación de la cobertura de la atención; además, se consideraron para la investigación y la formación de recursos humanos.

En el siguiente sexenio, la política en salud se centró en la descentralización de los servicios del sector salud, establecida en el Programa Nacional de Salud 1977-1986.¹² Se señaló como prioridad dar plena vigencia al derecho a la salud para lograr el bienestar físico, mental y social de los mexicanos, para lo que se requeriría el incremento de los servicios curativos y de rehabilitación.¹³

¹² Secretaría de Salubridad y Asistencia, *Programa Quinquenal del Sector Salud y Seguridad Social (1978-1982)*, México, Subsecretaría de Planeación, 1979, pp. 1-32.

¹³ Cámara de Diputados, *Informes Presidenciales-José López Portillo*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.

3. *La estructura institucional*

En 1984 se inicia formalmente el proceso de descentralización y se promulga la Ley General de Salud, en la que se establecen las facultades del gobierno federal y las concurrentes de las entidades federativas; en este marco, en 1986 se modifica la denominación de la Secretaría a Secretaría de Salud. Lo anterior, se implementa a través de dos etapas; en la primera, de coordinación programática, se desconcentra hacia los estados la Dirección de los Servicios Coordinados de Salud Pública, así como la coordinación de los programas IMSS-Coplamar y de la Secretaría de Salud; en la segunda, denominada “de integración orgánica”, se otorga a las entidades federativas la dirección, coordinación y operación de los servicios que se prestan a la población abierta (la atención médica, la salud pública y el control sanitario).¹⁴

Con el fin de establecer y consolidar el sistema de salud, en este periodo se diseñó su estructura, que agrupa a todas las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, con el fin de implementar políticas generales, evitar la duplicidad de servicios, establecer metas de alcance nacional y para la descentralización de los servicios. Se establece la separación de competencias entre la federación y las entidades federativas bajo la adopción de una coordinación programática de acuerdo con normas y sistemas establecidos por la Secretaría de Salud, la cual comenzó por la unificación en cada estado, de las instituciones encargadas de otorgar servicios a población abierta.

En ese marco, el Programa Sectorial de Salud se enfocó en hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, a través de cinco estrategias macro: la sectorización, la descentralización, la modernización administrativa, la coordinación intersectorial y la movilidad social. Además de cuatro estrategias micro: el financiamiento, la investigación en salud, la formación de recursos humanos, y los insumos para la salud. Los principales logros en salud reportados se enfocaron en la integración de un sistema nacional de salud para garantizar una cobertura nacional de los servicios, para incrementar la participación de las entidades federativas y los municipios en la prestación y administración de servicios médicos de primero y segundo nivel.¹⁵

Durante el periodo 1988-1994 se mantuvo la estrategia descentralizadora; no obstante, se centralizaron recursos para la implementación del Programa

¹⁴ Chávez, A. H., *¿Hacia un nuevo federalismo?*, Fondo de Cultura Económica, 2016.

¹⁵ Cámara de Diputados, *Informes Presidenciales-Miguel de la Madrid Hurtado*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2012.

Nacional de Solidaridad y la creación de la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol), así como para construir y administrar hospitales a través de IMSS-Solidaridad.¹⁶ El objetivo del área de atención médica fue contribuir a elevar el nivel de salud y bienestar de los grupos vulnerables, mediante el otorgamiento en el primer nivel de atención del paquete básico de servicios de salud, a través del Programa de Ampliación de Cobertura (PAC). El paquete básico, integrado de intervenciones, se enfocó a las necesidades de los grupos más vulnerables, y a las diez principales causas de mortalidad.¹⁷

En el siguiente sexenio, las principales políticas de salud se vincularon con la reorganización del sistema, con el fin de ampliar la cobertura y prestar servicios eficientes y de calidad a la población, contenidas en el Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000. En 1995, México inicia un proceso de reforma, que incluye la descentralización administrativa, la profesionalización de los servidores públicos, la modernización de la gestión pública, la simplificación y adecuación del marco normativo y la actualización de la legislación en materia de responsabilidades de los servidores públicos.

Con esta reforma se identifica la necesidad del fortalecimiento de la coordinación interinstitucional e intersectorial, con énfasis en las relaciones con los demás sectores del desarrollo y con los responsables de la planeación nacional. Las políticas de salud se contemplan dentro del marco del desarrollo humano sostenible y de la renovación de la estrategia de Salud para Todos; considera a la salud y a la educación como pilares para el bienestar de la población, considera que los resultados de las acciones del sector salud se multiplican con estrategias intersectoriales.¹⁸ Cabe mencionar que durante el periodo 1984-2000 se dio prioridad a la implementación y fortalecimiento de la descentralización de los servicios de salud.

Posteriormente, en la administración pública federal (APF) 2000-2006, la política social se dirige hacia el logro de la equidad, la calidad y la protección financiera; el Programa Nacional de Salud 2001-2006 “La democratización de la salud en México: hacia un sistema universal de salud”, señala la importancia de promover la creación de capacidades básicas, patrimoniales y de protec-

¹⁶ Chávez, A. H., *op. cit.*

¹⁷ 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. Presidencia de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, Informe de Ejecución*. 1998. Decreto por el que se aprueba el “Programa Nacional de Salud 2013-2018”, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de diciembre de 2013.

¹⁸ Ejecutivo Federal, *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000*, México, 1996.

ción contra riesgos sanitarios.¹⁹ En ese contexto, se implementan 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).²⁰ Esta modificación implicó la reorganización del sistema de salud más importante de la institución de la Secretaría de Salud, con la creación del Seguro Popular como ente financiador de los servicios de salud a la población sin seguridad social.²¹

La reforma de 2003 a la LGS “democratización de la salud” se implementó como estrategia para hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud; el concepto rector de esta modificación enmarca la atención de la salud como un derecho social. En este marco, propuso la reorganización horizontal de las funciones básicas del sistema de salud: rectoría, financiamiento y prestación. Se enfocó en el fortalecimiento de la función rectora de la Secretaría de Salud; prioriza la universalización del derecho al financiamiento público para la protección de la salud; asimismo, fortaleció la oferta de servicios. El 1o. de enero de 2004 entró en operación el Sistema de Protección Social en Salud, diseñado para financiar servicios de APS (no especializados), como eje principal ejecutorio para garantizar el seguro universal.²²

Durante su existencia, la fragmentación del sistema de salud, y la duplicidad de funciones, fueron sus principales características, lo que representó un obstáculo para garantizar la cobertura universal y mejorar la calidad de los servicios de salud públicos, a pesar de su contribución en el incremento del gasto público en salud a través del Seguro Popular y Oportunidades.²³

¹⁹ Secretaría de Salud, *Memoria Documental. Aportes Normativos en el Ejercicio del Derecho de la Salud 2001-2006*, México, 2007.

Cámara de Diputados, *Informes Presidenciales – Vicente Fox Quesada*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.

²⁰ Cámara de Diputados, *Informes Presidenciales – Ernesto Zedillo Ponce de León*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.

²¹ Knaul, F. M. *et al.*, “Hacia la cobertura universal en salud: protección social para todos en México”, *Salud Pública de México*, 2013, núm. 55, pp. 207-235.

²² Gómez-Dantés, O. y Frenk, J., “Ethics and Public Health: definition of priorities in the Mexican Health Reform”, *Acta Bioeth*, 2020, vol. 26, núm. 2, p. 191; Knaul, F. *et al.*, *Financiamiento justo y protección social universal. La reforma estructural del sistema de salud en México*, Secretaría de Salud, 2004, pp. 13-49.

²³ Narro Robles, J. *et al.*, “Hacia un nuevo modelo de seguridad social”, *Economía UNAM*, 2010, vol. 7, núm. 20, p. 26.

Para el siguiente sexenio, los principales objetivos contenidos en el PNS 2007-2012 se enfocaron a “mejorar las condiciones de salud de la población”, “reducir las brechas o desigualdades en salud mediante intervenciones focalizadas en grupos vulnerables y comunidades marginadas” y “garantizar que la salud contribuya al combate a la pobreza y al desarrollo social del país”.²⁴ Con el fin de promover la atención preventiva y garantizar la cobertura integral de servicios de salud a la población infantil mexicana (menores de cinco años) no derechohabiente de alguna institución de seguridad social, se implementó el 1 de diciembre de 2006 el Seguro Médico para una Nueva Generación (SMNG), como una política de salud complementaria a los programas de salud pública y de vacunación universal, a través del que se proporcionó una cobertura adicional en padecimientos no contemplados por el Sistema de Protección Social en Salud y del Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos; consideró además acciones intersectoriales en materia de salud con el Programa Desarrollo Humano Oportunidades.²⁵

Durante la APF 2013-2018, como estrategia general del Programa Nacional de Desarrollo se contempló “elevar la productividad para llevar a México a su máximo potencial”; a través de cinco metas nacionales como guía para la acción gubernamental: México en Paz, México Incluyente, México con Educación de Calidad, México Próspero y México con Responsabilidad Global; asimismo, contó con tres estrategias transversales: Democratizar la productividad, Gobierno Cercano y Moderno, y Perspectiva de Género.

El Programa Sectorial de Salud 2013-2018 contempló seis objetivos, 39 estrategias y 274 líneas de acción; alineadas a la meta nacional México Incluyente, con el fin de “asegurar a los mexicanos el acceso efectivo y la calidad de los servicios de salud”, mediante la construcción de un Sistema Nacional de Salud Universal que articule las acciones de protección, promoción y prevención para el mejoramiento de la salud, principalmente de la población vulnerable. Este Programa tuvo los siguientes objetivos: consolidar las acciones de protección, promoción de la salud y prevención de enfermedades; asegurar el acceso efectivo a servicios de salud con calidad; reducir los riesgos

²⁴ Secretaría de Salud, *Programa Nacional de Salud 2007-2012. Por un México sano: construyendo alianzas para una mejor salud*, 2007.

²⁵ Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Médico para una Nueva Generación para el ejercicio fiscal 2008, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de marzo de 2008; Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo, *Seguro Médico para una Nueva Generación/ Seguro Médico Siglo XXI, Comisión Nacional de Protección Social en Salud. Ficha de Monitoreo 2012-2013*, Coneval, 2012.

que afectan la salud de la población en cualquier actividad de su vida; cerrar las brechas existentes en salud entre diferentes grupos sociales y regiones del país; asegurar la generación y el uso efectivo de los recursos en salud; avanzar en la construcción del Sistema Nacional de Salud Universal bajo la rectoría de la Secretaría de Salud.²⁶

Al cierre de 2019, el SPSS operaba a través de tres programas: el Seguro Popular como mecanismo de ejecución para la atención médica; el Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos (FPGC), para otorgar acceso a servicios médicos de alta especialidad, y el Seguro Médico Siglo XXI (SMSXXI). El Cabeme se había transformado en el Catálogo Universal de Servicios de Salud (Causes), que integraba 294 intervenciones, de las cuales se garantizaba su atención a través del acceso a la red de servicios de salud acreditada, clasificadas en los siguientes grupos de cobertura: medicina preventiva, cirugía general, ginecología, medicina general y de especialidad, neurodesarrollo, odontología, planificación familiar, traumatología y ortopedia, urgencias médicas y nutrición. Este Catálogo contempló intervenciones de alto costo, que eran financiadas por el FPGC, así como las cubiertas por el SMSXXI.²⁷

4. Una nueva modificación estructural

Desde 2000, el sistema de salud mexicano no había sido modificado hasta inicios de la administración pública federal 2018-2024, cuando se impulsó la creación del Instituto de Salud para el Bienestar (Insabi) el 29 de noviembre de 2019, en sustitución de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud (CNPSS). A través del Insabi como organismo descentralizado de la APF, con personalidad jurídica y patrimonios propios, sectorizado a la Secretaría de Salud, se prevé garantizar la gratuidad de los servicios de salud mediante el otorgamiento de medicamentos y otros insumos asociados a la atención. Esta propuesta considera la provisión de servicios de salud en el primero y segundo nivel de atención a toda la población sin seguridad social, independientemente de su estatus migratorio. Lo anterior implica el fortalecimiento del primer nivel de atención, y de la función rectora, dirigidas a una adecuada integración y articulación de las instituciones que integran el Sistema Nacio-

²⁶ Secretaría de Salud, Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional de Salud 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de diciembre de 2013.

²⁷ Secretaría de Salud, *Catálogo Universal de Servicios de Salud (Causes)*, Comisión Nacional de Protección Social en Salud, 2019.

nal de Salud, así como lograr un financiamiento suficiente y adecuado para su operación.²⁸

En este marco, es responsabilidad de la Secretaría de Salud, auxiliada del Insabi, la organización de las acciones para la gratuidad de los servicios de salud, medicamentos y demás insumos que requiera la atención a la población sin seguridad social,²⁹ para lo que se redefine la competencia entre la Federación y las entidades federativas, correspondiendo a la Federación por sí, o a través del Instituto de Salud para el Bienestar, la formulación del programa estratégico en el que se defina la progresividad en la cobertura de los servicios y el modelo de atención, así como el establecimiento del modelo nacional de los acuerdos de coordinación para la ejecución por parte de las entidades federativas coordinadas, de la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados para las personas sin seguridad social.³⁰

III. DE LA DESCENTRALIZACIÓN HACIA LA RE-CENTRALIZACIÓN

En este apartado se expone el proceso de descentralización y el impacto que éste ha tenido en la operación del sistema de salud desde su implementación; se abordan los posibles efectos de revertir dicho proceso con la modificación estructural basada en la “federalización” propuesta en la presente APF 2018-2024.

Durante la segunda mitad del siglo XIX se fortaleció el centralismo dentro del sistema federal como medida para tener un mayor control y un poder arbitrario hacia los estados, lo que resultó en una resistencia en la colaboración entre los diferentes niveles de gobierno, situación que se expandió hacia las instituciones federales.³¹

Ruiz-Massieu apuntó que al ser programático el derecho a la salud, la acción en salud federal requiere del concurso de los demás niveles de gobierno (el estatal y el municipal) a través de formas de colaboración, que implican

²⁸ Secretaría de Salud, 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.

Ley General de Salud (LGS), “Última reforma publicada”, artículos 77, bis 35 y 35 b, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2020.

²⁹ *Ibidem*, artículo 77, bis 2.

³⁰ *Ibidem*, artículo 77, bis 5 y 6.

³¹ Chávez, A. H., “¿Hacia un nuevo federalismo?...”, *cit.* p. 16.

una responsabilidad institucional compartida. Señaló que al no estar precisada la distribución de competencias, en 1973 se centralizó la salubridad general, proceso que se trató de revertir en 1983, a través de la descentralización, con el fin de establecer la concurrencia entre la federación y las entidades federativas, correspondiendo a estas últimas la salubridad local, y en concurrencia con la federación, la salubridad general; con esta modificación, la distribución de competencias se realizó mediante convenios de coordinación. Sin embargo, los servicios de salud de la seguridad social continuaron basados en la capacidad contributiva dependiente del estatus laboral.³²

En este contexto, en 1984 se inicia en México el proceso de descentralización de los servicios de salud, a través de dos etapas: la programática y la orgánica. Este proceso implicó la separación de competencias entre la federación y las entidades federativas, bajo la implementación de una coordinación programática de acuerdo con normas y sistemas establecidos por la Secretaría de Salud, que comenzó con la unificación en cada estado de las instituciones encargadas de otorgar servicios a población abierta.³³

El proceso de descentralización fue impulsado desde el nivel central por razones políticas, fiscales y administrativas, con el fin de fortalecer el federalismo al aumentar la participación en el poder político de las entidades federativas; ampliar la cobertura a través de la prestación de servicios de salud a la población abierta más eficientes y de calidad, adecuados a su contexto local; promover una mayor participación de las entidades federativas en la toma de decisiones, así como en el financiamiento de la salud de su población. El proceso de descentralización se caracterizó por su gradualidad; en la primera fase se descentralizaron las facultades operativas, pero no los recursos, hasta la creación o fortalecimiento de las capacidades locales para su control y ejecución.³⁴

³² Ruiz-Massieu, F. J. F., “El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado”, *Salud Pública*, Mex., núm. 27, 1985, pp. 3-9; Ruiz-Massieu, F. J. F., “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección a la salud”, *Salud Pública*, Mex., vol. 25, núm. 4, 1983, pp. 351-358.

³³ Chávez, A. H., “¿Hacia un nuevo federalismo?..”, *cit.* pp. 160 y 161.

³⁴ Ornelas, C., “La descentralización de los servicios de educación y salud en México”, *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana-LC/L*, núm. 1132, 1998, pp. 84-87 y 198 disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/31149/S9800076_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Cardozo-Brum, M. I., “La descentralización de servicios de salud en México: hacia la amnesia total o hacia la resurrección de la política”, *Gestión y Política Pública*, julio-diciembre de 1993, vol. II, núm. 2, pp. 369 y 370, disponible en: http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/2782/CBM_Vol.II_No.II_2dosem.pdf?sequence=1

En este contexto, durante el periodo 1984-2000 se dio prioridad a la descentralización de los servicios de salud, como la principal estrategia para la ampliación de la cobertura y mejora de la eficiencia y la calidad de la atención; se dirigieron esfuerzos y recursos al fortalecimiento de la coordinación interinstitucional e intersectorial; asimismo, se les otorgaron a las entidades federativas las capacidades técnicas y de infraestructura mediante la reforma del sistema de salud, que implicó su reorganización administrativa.

El proceso descentralizador se sustenta en la importancia de la distribución de competencias a través de acuerdos de coordinación para su operatividad; actualmente, en México la distribución de competencias se establece mediante el sistema de ordenación de normas que articulan los distintos niveles de gobierno, las cuales se rigen bajo el principio de la supremacía de la Constitución y de las reglas de colisión entre el derecho federal y el local. Este modelo regula las relaciones de colaboración del sistema federal mexicano, y es aplicable a salud; se encuentra establecido en el artículo 4o., párrafo cuarto, de la Constitución, que dispone: “La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general...”; la fracción XVI del artículo 73 otorga facultad al Congreso de la Unión para “dictar leyes en materia de salubridad general de la República”.³⁵

La distribución de competencias del sistema federal mexicano es compleja, pero flexible; se basa en la colaboración bajo un esquema centralizado que regula las relaciones de colaboración de carácter vertical (régimenes competenciales de coordinación y concurrencia). No obstante, la práctica real del federalismo mexicano ha dependido de las relaciones intergubernamentales, que flexibilizan la distribución formal de competencias; en este marco, las relaciones intergubernamentales se han dado principalmente bajo la intervención y dirección de la federación.

A través de la facultad para determinar el alcance de su competencia en materia de salud, se otorga a la Federación el poder de dirección; corresponde al Congreso de la Unión dictar las leyes que establecen la participación de las entidades federativas en la prestación del servicio público de salubridad general, así como la definición del tipo de relaciones de colaboración entre los tres niveles de gobierno. Esto es congruente con la Ley General de Salud (LGS), que considera entre sus objetos de regulación en el artículo 1o. “...la concu-

³⁵ 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>.

rrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”; además, define lo que ha de considerarse como salubridad general; determina la conformación del sistema nacional de salud, integrado por las dependencias y entidades de la administración pública federal y local, personas físicas y morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, y los mecanismos de coordinación de acciones.

En el artículo 7o. de la última reforma a la LGS se establece que la coordinación del Sistema Nacional de Salud es responsabilidad de la Secretaría de Salud, con facultades de regulación y coordinación, consistentes en establecer y conducir la política nacional en materia de salud; las relativas a la organización, coordinación, evaluación y financiamiento de la prestación de atención médica. El Sistema Nacional de Salud, a cargo de la Secretaría de Salud, también tiene entre sus facultades las correspondientes al desarrollo de investigación en salud, e incorporación, sistemas de información en salud, y uso de tecnología de la información, así como las relacionadas con la formación y capacitación de los recursos humanos para la salud y la promoción de la participación comunitaria en el cuidado de su salud, además de las relativas a la prevención y promoción de la salud.³⁶

La última reforma a la LGS en su artículo 9o. establece que los gobiernos de las entidades federativas coadyuvarán a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, con lo que corresponde a las entidades federativas la planeación, organización y desarrollo de los sistemas estatales de salud en sus circunscripciones territoriales; con la participación programática en el Sistema Nacional de Salud, y acciones de descentralización a los municipios, con el apoyo de la Federación, a través de la Secretaría de Salud.

Asimismo, en la LGS, en el capítulo II del título segundo, se establecen las reglas sobre la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general; los mecanismos de coordinación para la prestación de servicios de salubridad general, mediante acuerdos de coordinación se regula en los artículos 18 al 22.

En este contexto, la APF 2018-2014 propone la reorganización del sistema para garantizar la gratuidad de la atención y los medicamentos a partir de la federalización o recentralización de los servicios de salud, así como de la transformación del modelo de producción y abasto, para lo que se contempla una “política de Estado integral e intersectorial”, que implica el fortalecimiento

³⁶ Ley General de Salud (LGS), última reforma publicada..., *cit.*, artículo 7o.

to y reorganización del primer nivel de atención y el fomento del uso racional de medicamentos.³⁷

El Programa Sectorial de Salud 2019-2024 se deriva del PND 2019-2024, y contempla el establecimiento de un sistema único, público y gratuito que integre todos los servicios públicos de salud, a través de una reforma estructural a la LGS para la ampliación progresiva del acceso a los servicios de salud, con un enfoque de derechos humanos y de ciclo de vida, considerando las características socioeconómicas, demográficas y regionales de los mexicanos.

La creación del Insabi es el mecanismo para hacer efectivo el acceso universal a los servicios de salud y medicamentos gratuitos a la población sin seguridad social. En esta estrategia se identifica la descentralización, la fragmentación y la falta de coordinación del sector salud; el acceso limitado e inequitativo a los servicios de salud, así como la disponibilidad parcial de medicamentos, como las principales causas de la baja cobertura y protección social en salud; el aumento del gasto del bolsillo, y el incremento en el costo de los medicamentos, lo que sustenta el impulso de la reforma integral de la LGS.

Del análisis legal desarrollado en este trabajo se encuentra que se realizará a través del Insabi, al otorgarle mediante decreto, atribuciones para organizar, operar, supervisar y evaluar los servicios de salud de primer y segundo nivel para la población sin seguridad social, a través del establecimiento de acuerdos de coordinación en los que las entidades estatales ceden a la federación estas facultades.³⁸ Sin embargo, no contar con la normatividad secundaria implica la carencia de bases legales que guíen el proceso de centralización.

En este marco, propone acciones dirigidas a la federalización progresiva de los sistemas de salud como principal estrategia para la garantía del acceso a los servicios de salud para la población sin seguridad social, a través del

³⁷ Secretaría de Salud, “Programa Sectorial de Salud 2019-2024”, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de agosto de 2020, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598474&fecha=17/08/2020. Ejecutivo Federal, “Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024”, pp. 3-6, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de julio de 2019, disponible en: <https://www.insp.mx/transparencia-y-rendicion-de-cuentas/plan-nacional-desarrollo.html>. 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, pp. 33-66 y 93-103, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/631068/2021_Modelo_SABI_FINAL_17_feb_21.pdf.

³⁸ Secretaría de Salud, “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.

Gómez-Dantés, O., “Descentralización de la salud”, *Nexos*, 1 de julio de 2021, disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=57778>.

Programa IMSS-Bienestar, para lo que prevé la organización de los recursos financieros, humanos y materiales de origen federal y estatal conforme a este proceso de federalización o recentralización, así como la promoción de la vinculación interinstitucional en la integración y fortalecimiento del Sistema Nacional de Salud.

Cabe mencionar que el actualmente denominado IMSS-Bienestar, históricamente a cargo del IMSS, cuenta con una red de servicios para apoyar la ampliación de la cobertura principalmente en zonas marginadas, instaurados en el sexenio de 1988-1994; sin embargo, dada su antigüedad resulta necesario considerar sus capacidades de infraestructura y recursos. Por otro lado, en la legislación revisada no se encuentra la definición de su articulación con el Insabi como responsable del acceso universal a los servicios de salud y medicamentos gratuitos a la población sin seguridad social.

En lo que respecta a las implicaciones jurídico-institucionales de este proceso re-centralizador, se tiene que considerar que la salud se regula por reglas establecidas por el gobierno federal, a través de una ley federal: la Ley General de Salud, que es aplicable en los distintos niveles de gobierno, ya que establece las reglas para su operación; esto es, norma las facultades, responsabilidades y competencias de los órganos gubernamentales que participan en las distintas funciones del sistema de salud; en este marco, la recentralización debería haberse iniciado con la definición y establecimiento de las bases jurídicas que guiarán la reestructura orgánico-programática de las instituciones que conforman el Sistema de Nacional de Salud; esto, debido a que la distribución de competencias se ha sustentado en la colaboración entre los diferentes niveles de gobierno, y presenta una verticalidad respecto a la planeación, dirección y coordinación (función rectora); no así en lo relativo a la operación de los servicios de salud.

Desde la perspectiva político-institucional, el sistema federal mexicano es complejo, definido por las características de la organización estatal, a través de la que diferentes órganos y dependencias públicas de los distintos niveles de gobierno ejercen en un régimen descentralizado tanto actos de autoridad como funciones de ejecución y operación. Esto, dada la complejidad del sistema político mexicano, que requiere de la intervención de los distintos niveles de gobierno para la ejecución de las políticas públicas; en ese marco, a pesar de su organización piramidal, las relaciones entre el gobierno federal y las entidades federativas requieren de la colaboración intergubernamental.³⁹

³⁹ Chávez, A. H., *¿Hacia un nuevo federalismo?... cit.*, pp. 31 y 124.

Respecto a la dimensión institucional, por su magnitud, la gestión pública de los servicios de salud conlleva una complejidad técnica y operativa; en este marco, la propuesta de recentralizar los sistemas estatales de salud puede resultar en el debilitamiento de la función rectora de la Secretaría de Salud, al verse saturada por las cuestiones administrativas y de organización que implica la operación de los servicios de salud.

Por otro lado, el sistema de salud, como responsable de la garantía del derecho a la protección de la salud, requiere de un eje normativo y programático que ordene de manera integral y no fraccionada las actividades, bienes y servicios, lo que implica una reformulación jurídica a partir de la definición de los alcances de este derecho, a fin de que sea exigible, orientadas hacia dos fines: contenidos normativos que permitan el desarrollo de las funciones constitucionales, y la determinación de las provisiones presupuestales que permitan a las autoridades administrativas contar con los recursos necesarios para la prestación del derecho a la salud.⁴⁰

En resumen, federalizar la salud tiene implicaciones jurídico-constitucionales, ya que conlleva la definición de facultades atribuidas a la federación y a las entidades federativas, así como la distribución de competencias entre los órganos federales y locales, lo que implica su modificación a nivel constitucional; esto, con el fin de normar lo relativo a la concurrencia y la participación entre los distintos niveles de gobierno, ya que implica una consentida relación de subordinación de las entidades federativas al gobierno federal, que requiere del acuerdo político-institucional para la reorganización vertical o piramidal similar a la década de los ochenta antes del proceso de descentralización (1984); en ese sentido, el contexto en el que se implementa esta propuesta centralizadora es más de orden político, lo que podría ser una debilidad, al no considerarse el consenso y análisis de las instituciones que conforman el sistema.

Por lo anterior, la sola voluntad de un actor político, sin una adecuada planeación del proceso de recentralización, no otorga por sí misma el andamiaje legal ni las capacidades técnicas y de infraestructura al gobierno federal para la gestión y operación de los servicios de salud dirigidos a la población abierta, a cargo de las entidades federativas desde hace aproximadamente treinta años en la mayoría de los casos, lo que podría traducirse en un retroceso en la participación de las entidades estatales en la toma de decisiones y en el fi-

⁴⁰ Martín, A. C., “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2009, núm. 23, pp. 149-188.

nanciamiento, así como un impacto negativo en la eficiencia y calidad de los servicios de salud y falta de oportunidad del abasto de insumos prioritarios como son los medicamentos.

IV. CONCLUSIONES

En la búsqueda del logro de objetivos del sistema de salud, debe considerarse lo propuesto en la Declaración de Alma-Ata, acerca del fortalecimiento de la atención primaria de la salud, con el fin de resolver un mayor porcentaje de los problemas de salud a menor costo. Esto resulta importante en el momento de diseñar e implementar políticas públicas, con el fin de enfocar los recursos hacia acciones de mayor impacto potencial para disminuir las desigualdades en el acceso a la salud, e impactar en los resultados en salud y en las condiciones de vida.

En ese contexto, desde la década de los ochenta se ha modificado el sistema de salud; sin embargo, a pesar de sustentarse en los valores de universalidad y equidad, estas modificaciones no han logrado superar los principales retos que enfrenta como resultado de su fragmentación; esto es, no se cuenta con un sistema unificado o integrado que garantice el acceso a la población, independientemente de su estatus laboral, lo que conlleva a diversas desigualdades tanto en el acceso como en los resultados en salud.

La estructura fragmentada del sistema de salud representa el principal obstáculo en México para el logro de la garantía institucional de la protección del derecho a la salud. Lo anterior, resulta en una falta de integración y articulación interinstitucional, así como en una heterogeneidad en la oferta de los servicios de salud respecto a la disponibilidad, accesibilidad, tipo, calidad y costo, lo cual genera desigualdad en los resultados en salud.

A lo largo de la historia del sistema de salud mexicano se han identificado las principales problemáticas presentadas según su característica orgánico-estructural; antes de la descentralización, el sistema centralizado presentaba desde resistencia a la colaboración entre los diferentes niveles de gobierno, hasta ineficiencia en la toma de decisiones ante las diversas necesidades de salud de la población mexicana.

En ese contexto, en la década de los ochenta se impulsó la descentralización como medida para fortalecer el federalismo, al aumentar la participación de las entidades federativas en la toma de decisiones y en el financiamiento, y ampliar la cobertura de los servicios de salud adecuada al contexto local.

El proceso de descentralización se sustentó en la concurrencia entre la federación y las entidades federativas, y se otorgó a las entidades federativas la responsabilidad de los servicios de salud del primer y segundo nivel de atención para la población abierta, mediante la concurrencia, correspondiendo al gobierno federal la definición del modelo de atención y el financiamiento.

Como se expuso a lo largo de este trabajo, la última reforma al Sistema Nacional de Salud contempla la recentralización de los servicios de salud a la población sin seguridad social o no derechohabiente; con estos antecedentes, se puede prever que reemergerán las problemáticas prevalentes en la década de los ochenta antes de la descentralización, por lo que resulta necesario anticiparse con la implementación de estrategias para su abolición, tales como la definición de mecanismos para fortalecer el vínculo entre el gobierno federal y las entidades estatales; lo anterior, al continuar operándose a través de los acuerdos de coordinación; esto es, en la concurrencia.

Al contrario del proceso de descentralización que se dio en dos etapas en los década de los ochenta, esta última modificación se inicia con la etapa orgánica mediante la creación del Insabi; sin embargo, continúa a cargo de las entidades federativas la operación de los servicios; paralelamente, se recentraliza la coordinación del ahora denominado IMSS-Bienestar, a fin de otorgarle mayores facultades de coordinación para la dirección y coordinación de la atención médica, así como para la construcción y administración de hospitales a la población no derechohabiente por su estatus laboral. No obstante que la provisión de servicios de salud en el primero y segundo nivel de atención a toda la población sin seguridad social, independientemente de su estatus migratorio, es una de las justificaciones que sustentan la creación del Insabi, con lo que se observa una duplicidad en la responsabilidad interinstitucional a nivel federal (entre el Insabi y el IMSS), lo que representa una contradicción en la reorganización del sistema de salud planteada en la última reforma.

Cabe mencionar que esta propuesta implica un retorno a una estructura similar a la de hace casi cuarenta años, con lo que se infiere que se tendrán los mismos resultados; en otras palabras, no se eliminan los problemas orgánicos, programático-estructurales del sistema de salud que obstaculizan el logro de sus objetivos ante el debilitamiento de la intervención del Estado por la falta de claridad en la definición de las responsabilidades y mecanismos de coordinación entre las diferentes entidades y niveles de gobierno. Al prevalecer las características de la organización centralizada, señalado anteriormente por Medina-Peña: saturación de los servicios de salud; falta planeación y de eficacia en la operación de los servicios; disolución de la responsabilidad entre las

entidades centralizadoras de los servicios, debilitamiento de las facultades de las autoridades locales, lo que impactará en la oportunidad para la adecuada toma de decisiones para la atención de los problemas locales.⁴¹

En este contexto, no es clara la contribución de la recentralización para superar los desafíos prevalentes en el sistema de salud mexicano relacionados con su sustentabilidad y eficiencia, tales como la necesidad del fortalecimiento de la APS; garantía de la protección financiera del derecho a la salud, aseguramiento de los recursos humanos y financieros suficientes para la adecuada operación de los servicios, mejora de la eficiencia del gasto público en salud, fortalecimiento de las relaciones de colaboración intersectoriales y de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno. De los principales componentes estructurales analizados, se concluye:

Cambio estructural del sistema de salud. En lo relativo a la organización estructural del sistema de salud, se encontró que con la creación del Insabi no se está contribuyendo a eliminar la fragmentación del sistema de salud en México, dado que prevalece el acceso a los servicios de acuerdo con la capacidad de pago y estatus laboral, así como la heterogeneidad en el tipo y la calidad de los servicios y las prestaciones, dependiente de su financiamiento. La última reforma a la LGS conserva el precepto de que la garantía del derecho a la protección de la salud corresponde al Estado; además, se mantiene el concepto de atención médica integral; asimismo, se adiciona considerar los determinantes sociales de la población y dar prioridad a la población vulnerable, con lo cual se alinea con la nueva declaración de Alma-Ata; sin embargo, se deben buscar estrategias adicionales para su logro, enfocadas a eliminar la fragmentación del sistema de salud, y no limitarse a modificaciones denominativas.

A pesar de que en el modelo de atención considera su operación a través de redes, como estrategia para garantizar el acceso universal a la atención médica, deja a un lado algunos aspectos cruciales para la salud derivados de los derechos humanos, como la educación, la alimentación y la vivienda; es decir, se observa que este planteamiento limita el derecho a la salud al acceso a la atención médica, por lo que carece de una dimensión integral de salud. Esto, debido a que la última modificación estructural del sistema de salud mexicano no supera su segmentación orgánico-programática, lo que seguirá siendo el principal factor para la obtención de resultados desiguales en salud con sus consecuentes efectos en la estratificación social, principalmente a la población vulnerable.

⁴¹ Medina-Peña, L., *Invencción del sistema político mexicano. Forma de gobernabilidad en México en el siglo XIX*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 152.

En resumen, la última modificación al sistema de salud mexicano con la creación del Insabi, impulsada principalmente desde el contexto político, parece limitada e inoperante desde el punto de vista del derecho social, en el sentido de que no garantiza la protección del derecho a la salud por parte del Estado, al enfocarse al acceso a los servicios de salud; lo anterior, debido a que no se trata de una transformación estructural bajo los valores de integralidad y universalidad del sistema de salud como el principal responsable, que asegure el acceso equitativo a la atención independientemente del estatus laboral y geográfico, lo cual no es un reto menor, ya que conlleva la búsqueda de la sustentabilidad financiera y estrategias para redefinir la participación entre el gobierno federal y las entidades federativas, así como la integración y articulación de todas las instituciones y niveles de atención que lo conforman en los diferentes niveles de gobierno.

Federalización. La descentralización implicó un proceso durante varios sexenios para fortalecer la función rectora de la Secretaría de Salud federal en lo relativo a la organización, planeación, coordinación y evaluación de los servicios. Por otra parte, se buscó el fortalecimiento de los servicios estatales de salud (SESA) en lo que respecta a la operación de los servicios de salud en el nivel primario y secundario.

Con la recentralización de los recursos a cargo ahora de las entidades federativas para la operación de los SESA, planteada en la última reforma a la LGS y en el Plan 2019-2024, no se observa un proceso planeado que defina el regreso programático de los servicios de salud a cargo ahora de las entidades estatales hacia el gobierno federal; asimismo, tampoco es claro respecto a la federalización orgánica de la dirección, coordinación y operación de los servicios de salud que se prestan a la población abierta, los cuales incluyen la atención médica, la salud pública, así como la regulación y el control sanitario.

En ese sentido, federalizar o recentralizar implica un retroceso en los esfuerzos y recursos invertidos; asimismo, al establecerse de manera general en el PNS 2019-2024, no se especifica cómo se realizaría el proceso, para contar con el acuerdo político, y lograr una organización, coordinación y financiamiento óptimos; asimismo, la sola voluntad política no dota a la federación de las capacidades para la gestión y operación de los servicios de salud.

Se concluye que con la creación del Instituto Nacional de Salud para el Bienestar no se modificó sustancialmente el sistema de salud, ya que se limita a una modificación en la denominación, por lo que no representa una transformación para superar la fragmentación como su principal reto en la garantía de la gratuidad y la universalidad del derecho a protección de la sa-

lud; lo anterior implica la búsqueda de mecanismos legales, de organización y financiamiento que impacten en la mejora de su desempeño, dadas las características del sistema político mexicano.

Además, cabe mencionar que el presente trabajo se enfocó al análisis de la LGS como marco legal vigente, por lo que no contempla el estudio de la legislación secundaria como parte del marco jurídico; lo anterior, debido a que a la fecha de revisión no se había modificado en su totalidad, ya que la última actualización encontrada del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Protección Social en Salud fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de diciembre de 2014; asimismo, no se encontró actualizado el Reglamento Interior de la Secretaría de Salud;⁴² en ese contexto, no fue posible analizar si se le otorgan las atribuciones necesarias, su congruencia con otros marcos jurídicos, o si considera mecanismos de control o monitoreo, ni su interrelación con otra legislación para identificar posible sobrerregulación y superposición de leyes.

Finalmente, se sugiere el desarrollo de investigación futura que complemente variables de otro tipo relacionadas con la sustentabilidad del sistema de salud, como las relativas al financiamiento (fuentes, asignación, distribución y ejecución de recursos presupuestales), y a los fondos (de aportaciones para los servicios de salud a la comunidad, y de salud para el bienestar), así como las de transparencia, supervisión, control y fiscalización.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuerdo por el que se aprueba el Programa Nacional de Salud 2013-2018, 12 de diciembre 2013, disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/4123/decreto.pdf>.

Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Médico para una Nueva Generación para el ejercicio fiscal 2008, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de marzo de 2008, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5032276&fecha=31/03/2008

CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informes presidenciales – Ernesto Zedillo Ponce de León”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.

⁴² Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2018, disponible en: http://dgrh.salud.gob.mx/Normatividad/Reglamento_Interno_Salud-DOF_%207-02-2018.pdf.

- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informes presidenciales-Vicente Fox Quesada”, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2006.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informes presidenciales-José López Portillo”, 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.
- CARDOZO-BRUM, M. I., “La descentralización de servicios de salud en México: hacia la amnesia total o hacia la resurrección de la política”, *Gestión y Política Pública*, vol. II, núm. 2, julio-diciembre de 1993, disponible en: http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/2782/CBM_Vol.II_No.II_2dosem.pdf?sequence=1.
- CHÁVEZ, A. H., *¿Hacia un nuevo federalismo?*, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- 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”, trad. Dawson Report on the Future Provision of Medical Allied Services, 1920, Oficina Sanitaria Panamericana. Publicado con el permiso de H.M. Stationery Office, Londres. Propiedad del Gobierno del Reino Unido. Publicación científica núm. 93.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo, “Seguro Médico para una Nueva Generación/Seguro Médico Siglo XXI, Comisión Nacional de Protección Social en Salud. Ficha de Monitoreo 2012-2013”, CONEVAL, 2012, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Informes/Evaluacion/Ficha_Monitoreo_2012/SALUD/12_S201_FM.pdf.
- 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, 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 (No. EB146/38 Add.1)*, Organización Mundial de la Salud, 2019, pp. 2-15, disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB146/B146_38Add1-sp.pdf.

- GÓMEZ-DANTÉS, O. y FRENK, J., “Ethics and Public Health: definition of priorities in the Mexican Health Reform”, *Acta Bioeth*, 2020, vol. 26, núm. 2), disponible en: <https://revistahistoriaindigena.uchile.cl/index.php/AB/article/view/59888>.
- GÓMEZ-DANTÉS, O., “Descentralización de la salud”, *Nexos*, 1 de julio de 2021, disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=57778>.
- INSTITUTO DE SALUD PARA EL BIENESTAR, *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. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/631068/2021_Modelo_SABI_FINAL_17_feb_21.pdf.
- KNAUL, F. et al., *Financiamiento justo y protección social universal. La reforma estructural del sistema de salud en México*, Secretaría de Salud, 2004, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050697.
- KNAUL, F. M. et al., “Hacia la cobertura universal en salud: protección social para todos en México”, *Salud Pública de México*, 2013, núm. 55, disponible en: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/spm/v55n2/v55n2a13.pdf.
- Ley General de Salud, 4 de diciembre de 2020, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Salud.pdf.
- Ley General de Salud, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://legislacion.scn.gob.mx/Buscador/Paginas/wjOrdenamientoDetalle.aspx?q=yjVZCb0tzykxx2HBZO2THzPCeco7EyCO1y3hYjCc1+r0wYovuRr41gShJBGHHot5G>.
- MEDINA-PEÑA, L., *Invencción del sistema político mexicano. Forma de gobernabilidad en México en el siglo XIX*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe sobre la salud en el mundo 2008: La atención primaria de salud, más necesaria que nunca*, 2009, disponible en: <https://www.who.int/wbr/2008/es/>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “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, “Salud Universal en el Siglo XXI: 40 años de Alma-Ata”, Informe de la Comisión de Alto Nivel, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.37774/9789275320778> y <https://iris.paho.org/handle/10665.2/50960>.

- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), 2020, https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_topics&view=article&id=403&Itemid=40987&lang=es.
- ORNELAS, C., “La descentralización de los servicios de educación y salud en México”, *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana, 1998*, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/31149/S9800076_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION, “Biblioteca Virtual. Descriptores en Ciencias de la Salud (DeCS)”, 2020, disponible en: <http://decs2020.bvsalud.org/cgi-bin/wxis1660.exe/decsserver/>.
- Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, México, 1996.
- Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, 12 de julio de 2019, disponible en: <https://www.insp.mx/transparencia-y-rendicion-de-cuentas/plan-nacional-desarrollo.html>.
- Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, 12 de julio de 2019, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019.
- Plan Nacional de Salud 1974-1976, 1977-1983, 3 vols., México, SSA, Talleres Gráficas de la Nación, 1974.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, “Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000”, Informe de Ejecución, 1998.
- Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, 7 de febrero de 2018, disponible en: http://dgrh.salud.gob.mx/Normatividad/Reglamento_Interno_Secretaria_Salud-DOF_%207-02-2018.pdf.
- ROVERE, M., “La atención primaria en la encrucijada: desplegar su potencial transformador o quedar instrumentados en una nueva ofensiva privatizadora”, *Salúde em Debate*, 2018, núm. 42, disponible en: <https://www.scielo.org/articulo/sdeb/2018.v42nspe1/315-327/>.
- ROVIRA, J. *et al.*, “Conjuntos de prestaciones de salud: objetivos, diseño y aplicación”, *Conjuntos de prestaciones de salud: objetivos, diseño y aplicación*, 2000.
- RUIZ-MASSIEU, J. F., “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección a la salud”, *Salud Pública*, México, 1983, vol. 25, núm. 4.
- RUIZ-MASSIEU, J. F., “El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado”, *Salud Pública*, México, 1985, núm. 27.
- SECRETARÍA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA, “Programa Quinquenal del Sector Salud y Seguridad Social (1978-1982)”, *Subsecretaría de Planeación*, México, 1979.

- 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*, 23 de abril de 1999.
- 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.
- SECRETARÍA DE SALUD, *Memoria Documental. Aportes Normativos en el Ejercicio del Derecho de la Salud 2001-2006*, México, 2007.
- SECRETARÍA DE SALUD, *Programa Nacional de Salud 2007-2012. Por un México sano: construyendo alianzas para una mejor salud*, 2007, disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/ProNalSalud-2007-2012.pdf>.
- SECRETARÍA DE SALUD, *Programa Sectorial de Salud 2019-2024*, 17 de agosto de 2020, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598474&fecha=17/08/2020.
- SECRETARÍA DE SALUD, *Salud México 2006. Información para la rendición de cuentas*, México, 2007.

COMENTARIOS



**COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA 2a./J.19/2022
RELATIVA A LA OBLIGACIÓN DE AGOTAR
LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL EN LAS PENSIONES
DE CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y VEJEZ,
ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN Y PAGO DE APORTACIONES
DE SEGURIDAD SOCIAL***

COMMENTARY ON JURISPRUDENCE 2a./J.19/2022 RELATING
TO THE OBLIGATION TO EXHAUST THE PRELIMINARY
CONCILIATION IN ADVANCED-AGE AND OLD-AGE
UNEMPLOYMENT PENSIONS, AS WELL AS THE RETURN
AND PAYMENT OF SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS

COMMENTAIRE SUR LA JURISPRUDENCE 2a./J.19/2022 RELATIF
À L'OBLIGATION D'ÉPUISER LA CONCILIATION PRÉALABLE
DANS LES PENSIONS DE CHÔMAGE AVANCÉES ET DE
VIEILLESSE, AINSI QUE LE RETOUR ET LE PAIEMENT DES
COTISATIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE

María Ascensión MORALES RAMÍREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Análisis de la resolución de la Sala de la SCJN*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Las controversias en materia de las prestaciones de seguridad social desde su origen han ocupado un lugar secundario en el sistema jurídico nacio-

* Recibido el 15 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Profesora de derecho del trabajo y seguridad social en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Agradezco al doctor José de Jesús Orozco Henríquez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, las observaciones y comentarios al presente trabajo.



nal. A nivel constitucional, existe una laguna sobre su instancia jurisdiccional. A nivel legal, la regulación, tramitación y resolución de los conflictos en ese campo han pasado diversas etapas y bajo un marco normativo e instituciones jurídicas diseñadas para otras disciplinas, no obstante que los conflictos de esta naturaleza presentan características y sujetos diferentes a los laborales. Además, estos asuntos han constituido el grueso de los conflictos que se deben ventilar en las diversas instancias jurisdiccionales (Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y Tribunal Federal Contencioso Administrativo).¹

La reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) del 30 de noviembre de 2012, en un intento por atender el debate histórico en torno a la competencia para conocer de las controversias entre los asegurados y beneficiarios en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), así como los conflictos en contra de las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore), y a la vez, subsanar la falta de un procedimiento, incorporó los denominados “conflictos individuales de seguridad social”.

Sin embargo, la reforma constitucional del 24 de febrero de 2017 y la legal del 1o. de mayo de 2019, una vez más, fueron omisas en materia de impartición y administración de justicia de los conflictos en seguridad social, con los consecuentes perjuicios para los asegurados, los pensionados actuales y los pensionados futuros, así como para los beneficiarios.

Lo anterior, se evidencia una vez más con la resolución a la contradicción de tesis 360/2021. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el 10 de marzo de 2022, mediante el comunicado 082/2022, dio a conocer que “Al demandar prestaciones de seguridad social relativas a la pensión de cesantía en edad avanzada y vejez o la devolución y pago de aportaciones del IMSS, Infonavit y Afore se debe agotar la etapa de conciliación prejudicial”.²

Dicha contradicción de tesis dio origen a la jurisprudencia 2a./J.19/2022 (11a.), la cual se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* el 29 de abril de 2022, bajo el rubro “Prestaciones de seguridad social. La pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de aportaciones

¹ Además de las instancias para los sistemas de seguridad social de las entidades federativas.

² Dicha contradicción fue aprobada por mayoría de votos por los ministros Yasmín Esquivel Mossa (ponente), Alberto Pérez Dayán, y Luis María Aguilar Morales. El voto de minoría fue formulado por los ministros Loretta Ortiz Ahlf y Javier Laynez Potisek.

de seguridad social no se consideran excepciones para agotar la instancia de conciliación prejudicial, en términos del artículo 685 ter, fracción III de la Ley Federal del Trabajo”,³ conforme a lo siguiente:

Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes analizaron si los conflictos inherentes a diversas prestaciones de seguridad social que se demandaron en los respectivos juicios laborales, concernientes a la pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como a la devolución y pago de aportaciones de seguridad social correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) y al Sistema de Ahorro para el Retiro (Afore), pueden o no considerarse como hipótesis de excepción a la instancia de conciliación prejudicial en materia laboral.

Criterio jurídico: La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que los conflictos inherentes a las prestaciones de seguridad social de pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como a la devolución y pago de aportaciones de seguridad social correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y al Sistema de Ahorro para el Retiro, no pueden considerarse como excepciones para agotar la instancia conciliatoria prejudicial, previstas en el artículo 685 Ter, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo.

Justificación: La conciliación como instancia prejudicial obligatoria, elevada a rango constitucional en el artículo 123, apartado A, fracción XX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye uno de los ejes centrales que motivó la reforma en materia de justicia laboral, pues resulta un componente esencial del derecho de acceso a la justicia, acorde a la realidad nacional e internacional en esa materia, con el propósito de eliminar todo elemento que la convierta en lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable. Además, atiende la intención de privilegiar que los nuevos órganos de impartición de justicia laboral concentren su atención en las tareas jurisdiccionales, propias de su nueva responsabilidad y, de esta forma dar atención a la demanda de la sociedad mexicana, consistente en acceder a una justicia cercana, objetiva, imparcial y eficiente. Por tanto, analizado el proceso legislativo que dio origen al artículo 685 Ter, fracción III, de la Ley

³ Dicha contradicción fue aprobada por mayoría de votos por los ministros Yasmín Esquivel Mossa (ponente), Alberto Pérez Dayán, y Luis María Aguilar Morales. El voto de minoría fue formulado por los ministros Loretta Ortiz Ahlf y Javier Laynez Potisek.

Federal del Trabajo, si bajo la óptica del legislador federal se suprimieron el supuesto de cesantía en edad avanzada y vejez del catálogo de trato, así como las prestaciones de seguridad social relativas a la devolución y pagos acumulados correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social y al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y los rendimientos del Sistema de Ahorro para el Retiro, ello conlleva entender que tal situación particular la visualizó como un aspecto conciliable entre las partes. Considerar lo contrario implicaría el riesgo de desnaturalizar la vía conciliatoria que el Poder Reformador plasmó a nivel constitucional, como una de las piezas torales para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral de manera expedita y gratuita.

II. ANTECEDENTES

1. *Demandas laborales*

Cuatro asegurados promovieron demandas ante los tribunales laborales federales. Dos de ellos, en contra de la afore Siglo XXI-Banorte, S. A. de C. V. y del Infonavit.⁴ El primero, exigió el pago por concepto de las aportaciones de los recursos de vivienda y demás aportaciones. El segundo, reclamó el pago acumulado por diversos conceptos, entre ellos los correspondientes al IMSS, al Infonavit y los rendimientos del SAR.⁵

El tercer asegurado demandó de Principal Afore, S. A. de C. V. y del Infonavit la devolución de los recursos de cuenta individual, así como las aportaciones a cargo de ese instituto. El cuarto, solicitó al IMSS el otorgamiento de la pensión de vejez, el reconocimiento de las cotizaciones realizadas ante dicho instituto y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), a fin de lograr, con la acumulación de dichos recursos, la pensión solicitada.⁶

En los cuatro casos, los tribunales laborales federales exigieron exhibir la “constancia de haber agotado la conciliación prejudicial”, y, al no hacerlo, en dos asuntos, no se dio trámite a la demanda y se ordenó girar oficio al Centro

⁴ Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de México.

⁵ Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de Zacatecas.

⁶ En ambos casos, ante el Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de México.

Federal de Conciliación y Registro Laboral; en el tercero se desechó la demanda, y en el último se envió el expediente al archivo.

2. *Amparos directos*

Los asegurados, en contra de las determinaciones de los diversos tribunales laborales federales, promovieron demandas de amparos directos, *grasso modo*, bajo los argumentos principales siguientes:

- La naturaleza de la figura de la conciliación es que “las partes lleguen a un acuerdo”, lo que en los asuntos de seguridad social no puede suceder, porque en tres de los casos se trataba de la *devolución del dinero propiedad de los asegurados*, que conforme a la Ley del Seguro Social (LSS)⁷ tienen derecho a su devolución y, por tanto, no es negociable, máxime que habían solicitado previamente la devolución de las aportaciones ante las Afore y el Infonavit, y la respuesta fue negativa, razón que los obligó a acudir a la vía jurisdiccional.
- En el cuarto caso se involucraba el derecho a una pensión, que tampoco es conciliable, por versar sobre un derecho humano que no puede ser vulnerado.
- El artículo 684-A establece la conciliación prejudicial obligatoria para los conflictos *que no tengan una tramitación especial*.
- Los artículos del 899-A al 899-G instituyen un *procedimiento especial* para los conflictos de seguridad social; en consecuencia, no tiene por qué agotarse la conciliación prejudicial.
- El artículo 899 C no prevé como requisito de procedibilidad la exhibición de la constancia de la conciliación prejudicial. En estricta observancia del principio de especialidad, al requerirse a los asegurados dicha constancia, se les estarían exigiendo mayores requisitos que los previstos en dichos preceptos.
- No existe precepto legal alguno que considere a los conflictos en materia de seguridad social como “conciliables”.
- Las autoridades laborales aplicaron únicamente el artículo 685 ter, fracción III, y los artículos relativos a la conciliación prejudicial, sin observar los artículos sobre los conflictos individuales de seguridad social.

⁷ Con fundamento en el artículo décimo tercero transitorio, inciso b).

3. *Amparos negados*

Tres tribunales colegiados de circuito⁸ negaron los amparos directos en los que se reclamaba a las Afore y al Infonavit la devolución del dinero de los asegurados, con base en los argumentos principales, siguientes:

- La conciliación es uno de los pilares para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral.
- El artículo 685 ter regula los supuestos de excepción en los que no es obligatorio agotar la conciliación, dentro de los cuales no se contempla la devolución y el pago de aportaciones de seguridad social.
- El artículo 899-C de la LFT resulta intrascendente, al no prever como requisito que se añada a la demanda la constancia de no conciliación, ya que atendiendo al artículo 684-C, será el propio Centro de Conciliación Federal, o bien local, el que —en todo caso— remita en forma electrónica al tribunal correspondiente la documentación referida, es decir, la constancia de no conciliación o el convenio conciliatorio celebrado entre los contendientes.
- El artículo 684-B no hace distinción entre procedimientos ordinarios y especiales, y, por ende, se debe entender que la conciliación no es aplicable para la salvedad que alude el artículo 684-A, que son las excepciones establecidas en el 685 ter.

Los tribunales colegiados se pronunciaron por el derecho de acceso a la justicia laboral, y olvidar el acceso a la justicia en seguridad social, en donde las partes y los conflictos son de naturaleza distinta a los laborales.

4. *Amparo concedido*

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, Toluca, Estado de México, en el expediente 701/2021, determinó conceder el

⁸ Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, con residencia en Mérida, Yucatán, al resolver el cuaderno auxiliar 338/2021 (en apoyo al Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, amparo directo 329/2021), Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, al resolver el cuaderno auxiliar 642/2021 (en apoyo al Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, amparo directo 348/2021), Criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito en Zacatecas al resolver el amparo directo 75/2021.

amparo, en el que se solicitaba el otorgamiento de una pensión de vejez, con base en las consideraciones siguientes:

- Orientó su análisis de control difuso ex officio de constitucionalidad, con base en la contradicción de tesis 351/2014 sustentada por la SCJN, mediante la cual un tribunal colegiado, al revisar la legalidad del acto reclamado con base en la garantía prevista en los artículos 14 y 16 constitucionales, se puede pronunciar sobre la constitucionalidad y ordenar no aplicar ciertas normas o aplicarlas correctamente.⁹
- Consideró que a la luz del artículo 1o. constitucional, que impone deberes de tutela por el ejercicio del control de constitucionalidad, los tribunales colegiados de circuito no están limitados a ejercer un control concentrado en respuesta a conceptos de violación, causa de pedir o en suplencia de la queja, cuando proceda, sino que tienen una verdadera obligación constitucional, porque las violaciones a derechos humanos más relevantes no provienen, por lo general, de la regulación procesal del juicio de amparo, sino justamente de las normas procesales y sustantivas que se aplicaron en el acto reclamado.
- Analizó el proceso legislativo, y advirtió que la iniciativa de ley del 3 de enero de 2019 adicionaba al artículo 685 ter, fracción III, también como excepciones de agotar la instancia conciliatoria a las pensiones de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.¹⁰
- Observó que la redacción final del dictamen aprobado por ambas Cámaras modificó la fracción III del artículo 685 ter, para suprimir las prestaciones de seguridad social por cesantía en edad avanzada y vejez, de las excepciones de agotar la instancia conciliatoria, sin que existiera justificación constitucional alguna.
- Señaló que la seguridad social es un derecho humano protegido constitucional y convencionalmente, por lo que se deben ofrecer todos los medios que el Estado tiene, a fin de garantizar la máxima protección en el menor tiempo posible.

⁹ “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CUANDO ACTÚAN EN AMPARO DIRECTO E INDIRECTO, DEBEN REALIZARLO EX OFFICIO TANTO RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES PROCESALES QUE REGULAN EL PROPIO JUICIO DE AMPARO, COMO SOBRE LAS NORMAS SUBSTANTIVAS Y PROCESALES QUE SE APLICARON EN EL ACTO RECLAMADO.”

¹⁰ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 3 de enero de 2019.

- Concluyó que existió una “omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio”, al no contemplar en el artículo 685 ter, fracción III, como excepciones a la regla de agotar la etapa prejudicial, los juicios en los que se exijan las prestaciones de seguridad social por vejez y cesantía en edad avanzada.
- Determinó que no existió razonamiento lógico, social, jurídico, cultural o de cualquier otra índole para la supresión de las prestaciones de seguridad social, como la cesantía en edad avanzada y vejez, con lo que se hace ineficaz la protección del derecho humano a la seguridad social.
- Señaló que el *derecho a la seguridad social se ve obstaculizado* al sujetarlo a la conciliación prejudicial, cuando ese derecho no puede estar condicionado a un proceso de justicia alternativa.
- Estimó que al tratarse de un beneficiario que en el conflicto se presume se encuentra en una situación de vulnerabilidad (vejez), debe procurarse brindarle la mayor protección posible.
- Consideró que la obligación de agotar la etapa de conciliación prejudicial está condicionada a los conflictos entre “trabajadores y patrones”, lo que no ocurre en la especie, porque el conflicto es entre “el instituto asegurador y un beneficiario” de éste.

5. *Criterio de la SCJN*

La denuncia de la contradicción de tesis fue presentada el 27 de diciembre de 2021 por el juez de distrito adscrito al Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en Villahermosa, Tabasco.

Al respecto, la Segunda Sala de la Corte afirmó que los órganos colegiados

analizaron la misma situación jurídica, de manera particular, respecto de si las excepciones para agotar la etapa conciliatoria en materia laboral establecidas en el artículo 685 Ter, fracción III, de la LFT relativas a las prestaciones de seguridad social, por tanto, el punto a resolver era que si los supuestos de excepción de agotar la instancia conciliatoria debían concretizarse de manera restrictiva, o bien, extenderse a otras prestaciones no previstas el precepto.

Para lo anterior:

- Precisó la importancia de la conciliación en la doctrina jurídica, en el artículo 48.I, inciso f), de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y en las razones del legislador tanto a nivel constitucional como legal para constituir dicha figura en uno de los ejes centrales a la que deben acudir los *trabajadores y patrones* a fin de propiciar el establecimiento de una justicia laboral efectiva, pronta y expedita, con la visión de dar certeza jurídica, y ya no una justicia lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable.

- Analizó el proceso legislativo y advirtió que la iniciativa de Morena era la única que adicionaba las pensiones en el artículo, 685 ter, fracción III: “Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, guarderías y prestaciones en especie, revalorización de enfermedades y accidentes de trabajo”.
- Señaló que el dictamen de la Cámara de origen modificó la propuesta a la fracción III del artículo 685 ter, al suprimir de las excepciones de agotar a instancia conciliatoria a las prestaciones de seguridad social por cesantía en edad avanzada y vejez, y la Cámara de Senadores aprobó el dictamen en los mismos términos que la Cámara de origen.¹¹
- Consideró que el legislador federal, al suprimir el supuesto de la cesantía en edad avanzada y vejez, lo visualizó como un aspecto conciliable entre las partes.¹²
- Agregó que esa consideración también es aplicable a la devolución y pagos correspondientes al IMSS, al Infonavit y al Sistema de Ahorro para el Retiro (Afore). *Sic*
- Afirmó que el legislador de manera expresa distinguió cuáles de los conflictos de seguridad social quedaban exceptuados de agotar la instancia de conciliación obligatoria.
- Concluyó que no es obstáculo que las partes sean las instituciones y sus beneficiarios, porque el legislador federal, desde el artículo 123 constitucional, definió que uno de los motivos de la reforma laboral fue estatuir la función conciliatoria prejudicial a la que deberán acudir los trabajadores (*o sus beneficiarios*) y los patrones (*o demás sujetos obligados*).¹³
- Determinó que si el legislador de manera expresa distinguió cuáles de los conflictos de seguridad social quedaban exceptuados de agotar la instancia conciliatoria obligatoria, de concluirse en diverso sentido, se

¹¹ Párrafo 64.

¹² Párrafo 68.

¹³ Párrafo 70.

daría pauta a extender los indicados supuestos de excepción a hipótesis que no se encuentran explícitamente contempladas y se desnaturalizaría la conciliación como una pieza toral para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral de manera expedita y gratuita, con la finalidad de desahogar a los órganos jurisdiccionales.¹⁴

III. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA SALA DE LA SCJN

La Segunda Sala, en forma errónea, fijó la litis para resolver la contradicción de tesis, porque los criterios de los tribunales colegiados de circuito no se limitaban únicamente a resolver si los supuestos de excepción de agotar la instancia conciliatoria debían concretizarse de manera restrictiva, o bien extenderse a otras prestaciones no previstas en el precepto, ya que también se involucraba el *derecho a la seguridad social* como derecho fundamental, como fue tomado en cuenta por uno de los tribunales colegiados en su análisis.

Asimismo, los criterios y argumentos interpretativos tampoco fueron los adecuados para justificar la decisión judicial, en atención a los puntos y razones siguientes:

1. *La seguridad social como derecho humano*

La Segunda Sala fue omisa en considerar que en el caso también estaban en juego derechos humanos, como lo es el de la seguridad social, y no sólo la conciliación; por tanto, se apartó de lo establecido en la norma suprema en el artículo 1o. Debido a ello, la decisión final es incorrecta y carece de solidez y sustento adecuado.

La Sala no tomó en cuenta las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* nacional e internacional sobre el derecho a la seguridad social,¹⁵ y, en especial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

¹⁴ Párrafos 72 a 74.

¹⁵ Artículo 123 constitucional, fracción XXIX, Ley del Seguro Social, Carta de la OEA (artículo 45, inciso b); Declaración Americana (artículo 25); Protocolo de San Salvador (artículo 9o.); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 22); PIDESC (artículo 9o.), los principales instrumentos de la OIT que han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social con mayor claridad (convenios 102 y 128 y las recomendaciones 67, 167 y 202) y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (observación

IDH) dictada el 6 de marzo de 2019 en el caso Muelle Flores vs Perú, en la cual concluyó que el “derecho a la seguridad social” tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir, en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas.¹⁶

La Corte IDH afirmó que es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla.

La Corte, con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del caso, determinó que el Estado¹⁷ debe garantizar en forma oportuna y sin demoras el derecho a la pensión, por tratarse de personas mayores. Asimismo, indicó que se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concreción material de ese derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno.

De no hacerlo así, se vulnerarían los derechos de integridad personal y dignidad humana, al provocarle al asegurado angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto a su futuro (en el avance y desarrollo de su calidad de vida y de su integridad personal). Lo anterior, porque la pensión y, en general, las prestaciones de seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna.

Igualmente, la Sala contraviene el derecho a la seguridad social, al considerar que si determinadas prestaciones de seguridad social fueron excluidas es porque el legislador las *consideró conciliables entre las partes*.

Esta interpretación es inexacta, porque ni en la exposición de motivos ni en los dictámenes ni en ninguna parte del proceso legislativo se estableció lo que concluye dicha Sala, y tampoco ésta explica las razones que la llevaron a

general 19) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

¹⁶ Corte IDH, Muelle Flores vs. Perú, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf.

¹⁷ La Corte consideró que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social para lograr su efectividad implica, entre otros, la exigibilidad inmediata.

esa interpretación final, ya que las obligaciones derivadas del derecho humano a la seguridad social no pueden quedar a voluntad de las partes ni son negociables, y es obligación del Estado velar por su observancia, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, que dispone que todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismo, y, por tanto, con la decisión de la Sala se obstaculiza el acceso a la justicia para los asegurados.

2. Indevida motivación y falta de coherencia interna de la jurisprudencia bajo análisis

El criterio de la Segunda Sala de la Corte carece de coherencia interna porque, por un lado, aplicó una interpretación restrictiva respecto de los supuestos considerados en el artículo 685 ter, fracción III, de la LFT, y, por otro lado, realizó una interpretación extensiva en torno a la fracción XX del apartado A del artículo 123 constitucional, sin justificar el uso de las diferentes interpretaciones.

A. Interpretación restrictiva

Con relación al artículo 685 ter, fracción III, de la LFT, que establece: “III. Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo”, la Segunda Sala estimó que el legislador, de manera expresa, distinguió cuáles de los conflictos de seguridad social quedaban exceptuados de agotar la instancia conciliatoria obligatoria; por tanto, de concluirse en diverso sentido, daría pauta a extender los indicados supuestos de excepción a hipótesis que no se encuentran explícitamente contempladas.

B. Interpretación extensiva

Cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 123, apartado A, fracción XX, párrafos primero y segundo

La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas...

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente...

En el caso que se analiza, la Segunda Sala determinó que no es obstáculo que las partes sean *las instituciones y sus beneficiarios*, porque el legislador federal, desde el artículo 123 constitucional, definió que uno de los motivos de la reforma laboral fue estatuir la función conciliatoria prejudicial a la que deberán acudir los trabajadores (*o sus beneficiarios*) y los patrones (*o demás sujetos obligados*).

Como puede observarse, tratándose del artículo 685 ter, fracción III, de la LFT, la Sala aplicó un criterio interpretativo gramatical y un argumento *a contrario* para justificar la exclusión de las otras prestaciones de seguridad social, como excepciones para agotar la instancia de conciliación, por no estar previstas expresamente, por lo que realiza una interpretación restrictiva. Sin embargo, no sigue el mismo criterio al referirse al artículo 123, apartado A, fracción XX, constitucional, en virtud de que, no obstante que el precepto constitucional expresamente se refiere sólo a las controversias entre patrones y trabajadores, esto es, entre las partes de un conflicto de naturaleza laboral,¹⁸ a través de una interpretación extensiva a la que correspondería al criterio gramatical, amplía los supuestos de agotar la instancia de conciliación para incluir también a las controversias entre los “beneficiarios” y “demás sujetos obligados”, esto es, las partes en un conflicto relacionado con las prestaciones de seguridad social.

En suma, en la jurisprudencia bajo análisis no existe coherencia interna entre los criterios y argumentos interpretativos aplicados a cada una de las disposiciones, y tampoco tiene suficiencia en la motivación, al carecer de las razones que justifiquen por qué un criterio fue mejor para un supuesto y no para el otro.

¹⁸ Esta misma situación está prevista también en los artículos 684-B, 590-A, fracción I y 590-B, párrafo tercero de la LFT, que establecen:

Artículo 684-B. “Antes de acudir a los Tribunales, los trabajadores y patrones deberán asistir al Centro de Conciliación para solicitar el inicio del procedimiento de conciliación...”.

590-A. Corresponde al Centros Federal de Conciliación y Registro Laboral...

Fracción I. Realizar en materia federal la función conciliadora a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción XX del artículo 123 constitucional.

⁵⁹⁰⁻ B. “El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral...”.

Párrafo tercero. Será competente para substanciar el procedimiento de conciliación que deberán agotar los trabajadores y patrones, antes de acudir a los Tribunales, conforme lo establece el párrafo quinto de la fracción XX del artículo 123, apartado A...”.

C. Juicio de proporcionalidad

La decisión final resultado de la interpretación extensiva de la norma constitucional y la interpretación restrictiva de la norma legal que realizó la Segunda Sala ameritaba hacer un juicio de proporcionalidad respecto de la restricción al derecho de acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana)¹⁹ y al derecho a la seguridad social (artículo 9o. del Protocolo de San Salvador),²⁰ al exigirse que antes de acceder a la justicia ante el tribunal competente para hacer efectivo el derecho a la seguridad social se deba agotar una instancia conciliatoria de carácter administrativo, esto es, por qué se afecta o limita el derecho a la seguridad social.

Los perfiles del juicio o test de proporcionalidad han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (ligeramente distintos a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero en la misma línea):

TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a

¹⁹ “Artículo 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados parte se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

²⁰ “Artículo 9o. Derecho a la seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho, en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.²¹

Igualmente, se desprenden del precedente dictado en la acción de inconstitucionalidad 2/2014:

la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada,

²¹ Tesis 1a. CCLXIII/2016, Décima época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.²²

Al respecto, puede señalarse que si bien al lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios laborales entre trabajadores y patrones, así como una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, persigue un objetivo o fin legítimo de interés general, la instancia de conciliación prejudicial en materia de prestaciones del derecho a la seguridad social entre asegurados y beneficiarios con las instituciones de seguridad social y las Afore resulta incompatible con la Convención Americana y la propia Constitución, porque su tramitación implica un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial y ocasiona gastos innecesarios, en este caso, a las personas mayores.

En efecto, en el caso que aquí se analiza, la Sala pretendió encuadrar la conciliación a toda costa, en vulneración del derecho de la seguridad social, y, por ende, no se satisface el elemento de la estricta proporcionalidad, porque resulta desproporcionado y excesivo exigir a una persona adulta mayor, que después de haber realizado un trámite ante la institución de seguridad social o Afore y haber obtenido una resolución contraria a sus pretensiones, no obstante su avanzada edad y su derecho a que le devuelvan sus aportaciones, se vea en la necesidad de realizar nuevamente otro trámite prejudicial, ahora ante una autoridad administrativa, para realizar una gestión de conciliación con la misma institución de seguridad social o Afore que recién emitió una resolución en su contra (con lo cual se le impone a la persona que pretende pensionarse o que se le devuelvan sus aportaciones, una carga desmedida e injustificada, que se traduce en un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial a la que tiene derecho); por tanto, la medida es a todas luces inadecuada e innecesaria, porque la restricción al derecho humano a la seguridad social es mayor.

Asimismo, porque omitió tomar en cuenta el origen, las causas y la motivación de la creación de los denominados “Conflictos individuales de seguridad social”, en la reforma del 30 de noviembre de 2012 a la LFT, y el estableci-

²² *Semanario Judicial de la Federación*, 10 de abril de 2015.

miento de un “procedimiento especial” para su trámite, fruto de un plan del legislador, en donde quedó manifiesta su voluntad de que este tipo de asuntos se resolvieran con la mayor celeridad.

Además, por otro lado, no existen razones que justifiquen el trato distinto que se les da a otras prestaciones de seguridad social (riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida y guarderías), cuyo reclamo judicial sí está relevado de agotar la instancia prejudicial conciliatoria, en tanto la pensión de cesantía por edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de sus aportaciones no, lo que se traduciría en un trato discriminatorio hacia las personas adultas mayores, haciendo una diferencia sustancial, con lo que se sobrepasa el contenido axiológico y material de la Constitución, no se guarda una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines, máxime que el legislador actuó con exceso de poder apartándose de la garantía de motivación material y, por tanto, es inconstitucional.

Por otra parte, a diferencia de los conflictos de carácter laboral entre trabajadores y patrones, en donde tiene sentido agotar la instancia prejudicial conciliatoria, toda vez que sólo implica realizar una gestión ante una instancia distinta a su centro de trabajo antes de acudir a la judicial, resulta excesivo y desproporcionado pretender que las controversias sobre prestaciones de seguridad social, además de la indispensable gestión ante la respectiva institución de seguridad social o Afore, requieran agotar también la correspondiente instancia prejudicial conciliatoria de carácter administrativo, pues ello efectivamente implica un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial y un obstáculo injustificado a su derecho al acceso a la justicia, al disfrute de su derecho a la seguridad social y a la protección prevista en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En atención a lo anterior, la restricción (consistente en la necesidad de agotar una instancia conciliatoria de carácter administrativo antes de acudir a un tribunal para hacer efectivo el derecho a las prestaciones de seguridad social) resulta inconveniente.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a lo analizado y expuesto, a fin de hacer compatibles las normas jurídicas nacionales con los estándares interamericanos, contrariamente a lo previsto en la jurisprudencia objeto de análisis, el Pleno de la SCJN debería

proceder a realizar una interpretación restrictiva de la norma constitucional y una interpretación extensiva de la norma legal a fin de incluir entre las excepciones de agotar la etapa conciliatoria prejudicial a las pensiones por vejez y cesantía en edad avanzada, así como la devolución y pago de aportaciones de seguridad social.

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS



PALOMO VÉLEZ, Rodrigo *et al.*, “El debate sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile y algunos problemas conexos”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 35, julio-diciembre de 2022, pp. 59-99.

El progreso científico y tecnológico siempre ha impactado económica y socialmente a la humanidad. En su momento fueron el ferrocarril y los motores a vapor, la electricidad y la cadena de montaje, así como la computadora, la informática y el internet.¹ Nuevos dispositivos que cambiaron nuestra forma de vivir, comunicar, producir, e inevitablemente: de trabajar.

La tecnología avanza a pasos agigantados. Mientras que la Primera Revolución Industrial demoró alrededor de ciento veinte años para sembrarse fuera de Europa, al internet sólo le tomó una década para formar parte de la vida cotidiana de millones de sujetos.² Actualmente, la Cuarta Revolución Industrial adquiere una relevancia ingente, al convertirse en el punto donde —desde el ámbito digital— productos y servicios se encuentran relacionados con las personas mediante *gadgets* y plataformas digitales.

Es por ello por lo que el artículo “El debate sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile y algunos problemas conexos”, escrito por Rodrigo Palomo Vélez, Pablo Contreras Vásquez, María Soledad Jofré Bustos y Alfredo Sierra Herrero, publicado en el ejemplar número 35 de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, *va ad hoc* con el contexto digital, el cual debe ser considerado por el ordenamiento jurídico laboral lo antes posible

A través de la obra, sus autores pretenden analizar los progresos y retrocesos que existen respecto a la protección y tutela jurídica que requiere la relación laboral desempeñada a través de plataformas digitales, particularmente plataformas especializadas en conductores y repartidores.

A pesar de presentar normativa y casos judiciales limitados a la circunscripción chilena, parte de premisas útiles para establecer pautas comparativas con países como México, que no cuenta con una legislación especializada en

¹ Detonadores de la Primera, Segunda y Tercera Revolución Industrial, respectivamente.

² Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, México, Debate, 2016.



trabajadores de plataformas digitales, y su regulación laboral en el ámbito digital se limita al teletrabajo, categoría que resulta insuficiente para referirnos a los trabajadores vía plataformas digitales.

La obra, realizada bajo el pluralismo metodológico, constituye una investigación explicativa, distribuida en cuatro apartados. El primero, como elemento introductorio a las implicaciones básicas del trabajo desempeñado por medio de plataformas digitales en Chile; en el segundo, se aterrizan dichas aproximaciones a su desarrollo en sede judicial; el tercero, enfocado a la protección social que les correspondería a los trabajadores de plataformas digitales, y el último, referente a la protección y acceso de datos personales almacenados por las empresas, generados a partir del uso de estas plataformas.

El primer apartado, denominado “Primeras aproximaciones al trabajo vía plataformas digitales en Chile”, se centra en los actos administrativos y legislativos que se han llevado a cabo en el país en torno al reconocimiento de la relación laboral entre empleados y patrones enlazados mediante aplicación.

Por un lado, se cuenta con la Administración Laboral Chilena, la cual aún no ha logrado determinar la competencia de la Dirección del Trabajo para calificar o no hechos relativos al tema, concluyendo en un conflicto competencial entre la Administración Laboral y la Judicatura del Trabajo.

Mientras que, en el aspecto legislativo, los autores resaltan y critican el contenido de la reciente Ley 21.431³ —precedida por cinco proyectos legislativos—, la cual se enfoca en regular el contrato de trabajadores y empresas de plataformas digitales, partiendo de la clasificación de trabajadores dependientes e independientes.

Respecto al segundo apartado, titulado “El problema de la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en sede judicial”, éste tiene como punto de partida los casos presentados ante los tribunales chilenos y la resolución que mayoritariamente se ha obtenido al respecto.

Mientras en los últimos años han aumentado el número de demandas presentadas en tribunales por parte de trabajadores que prestaban su servicio para, principalmente, aplicaciones de transporte de pasajeros y repartidores, la tendencia jurisprudencial no se ha definido. La conclusión de los casos se ha dispersado entre desistimientos, medios alternos de solución de conflictos y sentencias —en menor proporción—. Lo que aún no logra precisarse es la calificación de laboralidad de los empleados.

³ La Ley 21.431 se encuentra vigente desde el 1 de septiembre de 2022.

En el presente apartado resalta la justificación que brindan los autores respecto al que, en su consideración, es un error en el cual recae el contenido de las sentencias: *negar la condición de trabajador independiente*. Se desentrañan los argumentos brindados por los jueces, tales como la falta de autonomía propia de un trabajador autónomo, la fijación por el empleado del precio del servicio y la relación constituida con el cliente, a partir de la aplicación de teorías de ajenidad respecto a los frutos, la utilidad patrimonial, la organización, el mercado y la marca.

A su vez, se enfatizan los indicios de subordinación o dependencia como elemento esencial de la relación de trabajo, los cuales, a pesar de alejarse de la relación tradicional que suele conocerse, deben flexibilizarse y reconocer la naturaleza laboral de la relación.

Enfocándonos ahora en la materia de seguridad social, el tercer apartado, “Protección social en el trabajo vía plataformas digitales”, concentra una serie de reflexiones en relación con la vulnerabilidad en que recaen las personas que obtienen ingresos mediante su desempeño en plataformas digitales, al no ser reconocidos como trabajadores ante la ley, imposibilitándolos para obtener una cobertura de protección social. Los autores no pierden la oportunidad de destacar el hecho de que quienes se incorporan al trabajo mediante aplicación generalmente son segmentos poblacionales que no pueden acceder a un empleo subordinado tradicional.

No debemos olvidar que con la implementación de nuevas formas de trabajo también surgen nuevos riesgos laborales, a los cuales los empleados por aplicación se encuentran desprotegidos, pues ellos absorben la carga de los costos de salud que se presenten.

Por último, respecto al apartado de “Datos personales, privacidad y control empresarial en el trabajo vía plataformas digitales”, se precisa la importancia de salvaguardar la información y datos personales del trabajador y consumidores, almacenados por las empresas como combustible del nuevo modelo de negocios digital, en el cual, mediante algoritmos, se procesa el flujo de datos y se organiza la plataforma.

Gracias al vertiginoso aumento en el número de usuarios de la red de internet, las relaciones de trabajo se han transformado, tornándose flexibles y atípicas. El derecho es dinámico, y para mantener su objetivo de protección a un grupo vulnerable, como es el caso de los trabajadores, la materia laboral debe actualizarse y asegurar una protección estable para todas aquellas personas que desempeñan labores subordinadas, *sin excepciones*.

Con el impacto que significó pandemia del SARS-CoV-2, la afiliación a plataformas digitales recibió un impulso considerable, principalmente en el caso de los *bikers* —conductores de transporte particular y repartidores—, quienes ahora representan un sector profesional que requiere de regulación y protección. No debemos olvidar que, a pesar de que los estragos de la pandemia disminuyan, esta categoría de contratación permanecerá, y, conforme a la tendencia de la Industria 4.0, no hará más que subir.

Teresa Isabel JÁUREGUI BARAJAS*

* Estudiante de la licenciatura en derecho en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia; REYNO-SO CASTILLO, Carlos y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *La justicia laboral, administración e impartición*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

El libro objeto de la presente reseña fue publicado en 2005, antes de la reforma constitucional y reglamentaria del derecho del trabajo en México, por lo que a pesar de que podría pensarse que está desfasado en su contenido, la realidad es que toca temas oportunos para el momento y las circunstancias que se presentan, derivadas de la reciente reforma laboral, lo que motivó para reseñarlo.

La publicación en comento empieza definiendo qué es la justicia social, pues para entender la justicia laboral es importante hacer un retroceso hacia la clasificación de las ramas del derecho de las cuales en un principio se consideraba que únicamente existían dos: la de derecho público, en la que hay una intervención del Estado con los gobernados, y existe una sensación de desigualdad en las partes, a una de ellas, gozar de poder político, y el derecho privado, en el que intervienen dos o más gobernables o civiles, donde existe una situación de igualdad entre ellos. Y, posteriormente, el derecho social surge de la necesidad de regular las relaciones jurídicas existentes entre los sujetos que con respecto al poder político parte de una supuesta igualdad; sin embargo, debido al poder económico, existe entre ellos una desigualdad de clase, que pone a uno de ellos en un posible estado de indefensión, es decir, no es más débil una de las partes, sino que existe la posibilidad latente de que por el nivel económico de una de ellas, que serían los trabajadores, pudieran encontrarse en estado de indefensión con respecto de la otra.

Para explicar el concepto de justicia social, los autores dicen que ésta “se basa en el respeto a la dignidad humana y pretende liberar al individuo de la esclavitud y de la explotación laboral, protegiendo el disfrute de sus derechos como trabajador”, es decir, se encarga de asegurar la vida íntegra de las personas trabajadoras, protegiéndolas de condiciones abusivas, pero también salvaguardar una sana convivencia entre empleador y trabajador, con el fin de obtener los resultados sociales esperados, pero también los económicos, gra-



cias a la productividad y bienestar de los trabajadores; los autores lo catalogan como justicia social y bien común.

El tema central del libro es hacer una distinción entre la administración, la procuración y la impartición de la justicia; comienza con la administración de la justicia social, aclarando en primera instancia que en las leyes mexicanas no existe una clara diferencia entre la administración y la impartición de la justicia, además de que la distinción entre ambas funciones se encuentra principalmente en la doctrina, y que a partir de su concepción etimológica, “administrar” implica servir a una causa; “impartir” implica distribuir y procurar; supone cuidar. Por otra parte, mencionan que la administración de justicia conlleva todo lo referente a servir al objetivo de la propia justicia, mientras que la impartición de ésta es la parte ejecutiva de la administración con efectos vinculantes para las partes, la procuración, por su lado, representa el cuidado en que se administre y/o se imparta la justicia.

En el tercer capítulo del libro se destaca que se entiende por procuración de la justicia social. Comienza definiéndola con base en el concepto de la Real Academia Española de la Lengua, la cual establece que “procurar” lleva consigo las diligencias o esfuerzos que se ejecuten para conseguir o realizar lo que se desea, y en otra acepción se refiere a facilitar o proporcionar una cosa a alguien, o intervenir para que lo tenga. En este sentido, es importante precisar que con la nueva reforma a la Ley Federal del Trabajo, las procuradurías de la defensa del trabajo tienen como finalidad representar o asesorar a los trabajadores y a sus sindicatos, siempre que lo soliciten, ante cualquier autoridad, en aquellas cuestiones que se relacionen con la aplicación de las normas de trabajo o de seguridad social, interponer los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes, para la defensa del trabajador o sindicato, y proponer a las partes interesadas, soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas, en que se asiente el acuerdo voluntario entre las partes. Es decir, que tienen las facultades necesarias para la defensa y asesoría de los trabajadores y sindicatos en los conflictos de naturaleza laboral, con el fin de alcanzar la justicia social.

El capítulo cuarto hace referencia a la impartición de justicia social; en él se expresa la importancia del denominado acceso a la justicia, pues, como ya mencionamos anteriormente, la impartición de la justicia surge de la individualización de las normas hacia los gobernados; en este contexto, el acceso a la justicia trata de minorar los obstáculos que puedan existir para conseguir la impartición de justicia pronta, expedita, imparcial, independiente de los otros poderes y accesible para todos los sujetos de la sociedad. En este apartado es

importante hacer la aclaración de que el libro en comento fue escrito en 2005, cuando en México la impartición de justicia laboral estaba encomendada a las juntas de conciliación y arbitraje, que dependían del Poder Ejecutivo federal o estatal; sin embargo, para 2022 está a cargo de los tribunales de trabajo, órganos dependientes del Poder Judicial, que precisamente el 3 de octubre de 2022 terminó la entrada en funciones, pero fueron legislados y creados en la reforma de 2019 gracias a la modificación constitucional del 24 de febrero de 2017.

En el capítulo quinto se hace un análisis sobre qué se entiende por conflictos de trabajo, explicando que “conflicto” no es lo mismo que “controversia”, pues un conflicto es la oposición de intereses, mientras que las controversias son discusiones. Es decir, en derecho del trabajo el empleador y el trabajador no necesariamente tienen que pelear para conseguir sus pretensiones, situación que ha sido frecuente en el derecho privado, sino que, mediante una conciliación laboral, las partes resuelven las diferencias de intereses que pueden existir entre los dos, muchas veces sin la necesidad de concluir con la relación laboral.

Sobre todo, en dicho capítulo los autores explican de una manera muy detallada que los conflictos laborales no en todas las ocasiones son entre los empleadores y los trabajadores, sino que pueden existir conflictos entre trabajadores, entre sindicatos, entre trabajadores con sindicatos, entre sindicatos con empleadores o incluso entre varios empleadores.

También se mencionan los medios de solución de conflictos, con una clasificación principalmente de directos o indirectos, considerando que la solución directa es entre las partes, la indirecta, por medio de un tercero, y finalmente, hacen una tercera clasificación de solución mediante juicio. En el caso de los medios alternos de solución de controversias, en específico la conciliación, se aborda en el sexto capítulo; sin embargo, como sabemos, antes de la reforma de 2019 la conciliación era voluntaria y se llevaba durante todo el proceso ante las juntas de conciliación y arbitraje, y posterior a dicha reforma es ahora una etapa obligatoria del procedimiento y se lleva a cabo mediante los centros de conciliación y registro laboral, sin perder la oportunidad las partes de conciliar en cualquier etapa del procedimiento.

Continúa el libro conceptualizando a la mediación en los conflictos laborales, y hace hincapié en que no se trata de un procedimiento judicial, pues el mediador no se encarga de darle una solución al conflicto, sino ser el medio por el cual las partes pueden, de una manera más eficaz, ponerse de acuerdo con respecto a los intereses de cada uno de ellos, y así llegar a acuerdos que

sean prácticos para las partes, y sobre todo que todas cumplan, pues al ser propuestas por ellas mismas se elimina la sensación de que hubo un ganador y un perdedor en el conflicto, además de que se ha convertido en el puente entre los ciudadanos y la autoridad laboral.

El resultado de una mediación siempre es voluntario; sin embargo, la existencia de la mediación puede ser voluntaria, obligatoria u opcional. La voluntaria sería cuando las dos partes, una vez que existe el conflicto, deciden someterse a ella; la obligatoria, antes de que exista un conflicto, las partes acuerdan someterse a la mediación, o la ley se los impone como requisito previo a la etapa judicial, y la opcional, cuando una de las partes desea someter el conflicto a mediación.

Finalmente, en este capítulo los autores explican que en México no existe como en otros países la mediación regulada en la ley para resolver conflictos, sino que por medio de la función de la Secretaria del Trabajo y Previsión Social, que atiende pláticas entre sindicatos y empleadores derivadas de conflictos colectivos es que podemos tener de alguna manera esta figura en México, sin dejar de lado la oportunidad que tienen los sujetos de las relaciones laborales de someterse a la mediación si lo desean. En la nueva LFT únicamente se habla de “mediación”, en cuanto a que el conciliador de los centros de conciliación y registro laboral debe contar preferentemente con certificados de mediación.

En el último capítulo se aborda el tema del arbitraje, que como sabemos en nuestro país fue durante muchos años la manera en la que se resolvían los conflictos laborales, toda vez que con la existencia de las juntas de conciliación y arbitraje, que dependían del Poder Ejecutivo, donde había un representante del Estado, de los empleadores y de los trabajadores, formando así el tribunal arbitral de cualquier instancia de arbitraje, pero con la reforma de 2019 a la LFT ahora esta figura ha desaparecido, para convertirse en un tribunal laboral dependiente del Poder Judicial.

La diferencia entre el arbitraje, la conciliación y la mediación es que en éste, las decisiones de los árbitros sí son obligatorias, y se conocían en el sistema mexicano como “laudos”, por lo que al someterse los sujetos de la relación laboral a ellos, sus resoluciones eran vinculantes para los dos. Y en el caso de México no existía una segunda instancia donde se pudiera apelar el laudo, sino únicamente interponer una demanda de amparo ante los tribunales colegiados de circuito o ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como conclusión del libro, estimamos que la justicia no puede ser ni más justa ni más social, sino que debe existir un equilibrio, que únicamente se logra

por el derecho positivo, es decir, por lo regulado. De esta manera, se puede lograr tener una justicia laboral y social más pronta y expedita, pero sobre todo basada en las necesidades de la sociedad actual, de manera que los conflictos efectivamente se resuelvan.

Kate Aurora GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN