

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 37, julio-diciembre de 2023



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Mónica González Contró

Secretario académico

Mauricio Padrón Innamorato

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 y formación en computadora: Isidro Saucedo

Diseño de interiores: Wendy Vanesa Rocha Cacho



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

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); Jorge Rosenbaum Rimolo (Uruguay); 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 versión electrónica: 04-2015-060912251700-203

ASISTENTES DE REVISTA

Kate Aurora Gómez Díaz de León y Teresa Isabel Jáuregui Barajas

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: 8 de septiembre 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 (impreso)

ISSN 2448-7899 (electrónico)

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- Insuficiencias de la legislación procesal jurisdiccional cubana en materia de solución de litigios disciplinarios del trabajo 3
Roberto Jesús RODRÍGUEZ COQUET
- El nivel de reconocimiento y de las garantías para la efectividad del derecho de no discriminación remunerativa en razón del sexo en América Latina 35
Irene ROJAS MIÑO
- Protección del derecho a la desconexión digital: derecho fundamental o compromiso constitutivo 67
Magali Beatriz BOBADILLA YZAGUIRRE
Vladimir RODRÍGUEZ CAIRO
- Tiempo de desconectarse: reflexiones sobre un “nuevo” derecho con viejos contenidos. 91
Guillermo BOZA PRÓ
Joaquín BRIONES ZEGARRA
- Problemáticas actuales del constitucionalismo social: una crisis contemporánea con soluciones latinoamericanas 145
Ulises Nelson MEDINA ÁLVAREZ
- Las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Una aproximación al estado de la cuestión desde la perspectiva femenina. 157
María SALAS PORRAS



Doble identidad, doble condena: una mirada a la discriminación y desigualdad laboral de las personas indígenas LGTB+ en Cuetzalan del Progreso, Puebla 195

María del Pilar HERNÁNDEZ LIMONCHI

Esteban David PÉREZ LÓPEZ

Nancy Elizabeth WENCE PARTIDA

INFORME

Informe: seguridad social en México, 2022 219

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

ARTÍCULOS



INSUFICIENCIAS DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL JURISDICCIONAL CUBANA EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS DISCIPLINARIOS DEL TRABAJO*

INSUFFICIENCIES OF THE CUBAN JURISDICTIONAL
PROCEDURAL LEGISLATION REGARDING THE SOLUTION
OF LABOR DISCIPLINARY LITIGATION

INSUFFISANCES DE LA LÉGISLATION PROCÉDURALE
JURIDICTIONNELLE CUBAINE CONCERNANT LA SOLUTION
DES LITIGES DISCIPLINAIRES DU TRAVAIL

Roberto Jesús RODRÍGUEZ COQUET**

RESUMEN: Determinamos la calidad de las disposiciones jurídicas normativas procesales para la solución de litigios individuales disciplinarios del trabajo para trabajadores civiles del sector público cubano en los tribunales de justicia y el establecimiento del debido proceso de trabajo. Objetivos: diagnosticar la calidad de las disposiciones jurídicas normativas procesales para solucionar estos litigios identificando las posibles insuficiencias jurisdiccionales que contradicen el debido proceso y formular propuestas de perfeccionamiento para las mismas que consagren las garantías del debido proceso judicial. Métodos: de los generales de la investigación científica teórica: dialéctico, análisis-síntesis, inducción-deducción y exegético-jurídico de las normas. De los generales de la investigación empírica: observación, variante del análisis de documentos; medición, con técnica de entrevista; análisis histórico jurídico y análisis comparado de las normas. Insuficiencias: no se promulgó una legislación procesal de trabajo; denominación en el Código de Procesos del Proceso de Trabajo como *Sumario*;

* Recibido el 19 de mayo de 2022, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023.

** Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del Programa de Formación Doctoral en Ciencias Jurídicas: “El derecho y sus retos en el siglo XXI” de la Universidad de Oriente y miembro permanente del Tribunal Nacional de Grados Científicos en Ciencias Jurídicas de la República de Cuba. ORCID: 0000-0002-4185-8789.



ausencia de principios generales del proceso de trabajo; dispersión legislativa y lagunas intertemporales. Aportamos: diagnóstico de la calidad de las disposiciones jurídicas normativas procesales de trabajo para sede judicial; una sistematización histórica de las formas de solución de conflictos y litigios disciplinarios del trabajo; propuestas de bases legislativas para el perfeccionamiento en sede judicial del proceso de trabajo y una monografía actualizada sobre el proceso jurisdiccional de trabajo.

Palabras clave: debido proceso, jurisdicción, proceso de trabajo, litigios disciplinarios.

ABSTRACT: We determine the quality of the procedural normative legal provisions for the solution of individual labor disciplinary litigation for civil workers of the Cuban public sector in the courts of justice and the establishment of due labor process. Objectives: to diagnose the quality of the procedural normative legal provisions to solve these litigations, identifying the possible jurisdictional insufficiencies that contradict due process and formulate improvement proposals for them that consecrate the guarantees of due judicial process. Methods: of the generals of theoretical scientific research: method of dialectical analysis, method of analysis - synthesis, induction - deduction and method of exegetical - legal analysis of norms. Of the generals of empirical research: observation, a variant of document analysis; measurement, with interview technique; legal historical analysis and comparative analysis of the rules. Insufficiencies: procedural labor legislation was not enacted; denomination in the Code of Processes of the work process as *summary*; absence of general principles of the work process; Legislative dispersion and intertemporal gaps. We provide: diagnosis of the quality of legal regulations and procedural work provisions for judicial headquarters; a historical systematization of the forms of conflict resolution and disciplinary litigation at work; proposals for legislative bases for the improvement of the work process in court and an updated monograph on the jurisdictional work process.

Keywords: due process, jurisdiction, work process, disciplinary litigation.

RÉSUMÉ: Nous déterminons la qualité des dispositions légales normatives procédurales pour la solution des litiges disciplinaires individuels du travail pour les travailleurs civils du secteur public cubain devant les tribunaux de justice et l'établissement d'un procès de travail régulier. Objectifs: diagnostiquer la qualité des dispositions légales normatives procédu-

rales pour résoudre ces litiges, en identifiant les éventuelles insuffisances juridictionnelles contraires à la légalité et formuler des propositions de perfectionnement qui consacrent les garanties d'une procédure judiciaire régulière. Méthodes: des généralistes de la recherche scientifique théorique: méthode d'analyse dialectique, méthode d'analyse - synthèse, induction - déduction et méthode d'analyse exégétique - juridique des normes. Parmi les généralistes de la recherche empirique: l'observation, variante de l'analyse documentaire; mesure, avec technique d'entretien; analyse historique du droit et analyse comparative des règles. Insuffisances: la législation procédurale du travail n'a pas été promulguée; dénomination dans le Code des Procédures du processus de travail comme *sommaire*; absence de principes généraux du processus de travail; Dispersion législative et écarts intertemporels. Nous fournissons: diagnostic de la qualité des réglementations légales et des dispositions procédurales de travail pour le siège de la justice; une systématisation historique des formes de règlement des conflits et du contentieux disciplinaire au travail; des propositions de bases législatives pour de perfectionnement du processus de travail dans les tribunaux et une monographie actualisée sur le processus de travail juridictionnel.

Mots-clés: procédure régulière, juridiction, processus de travail, contentieux disciplinaire.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Metodología.* III. *Resultados.* IV. *Propuestas de bases legislativas para el perfeccionamiento de la normación jurídica de la jurisdicción y la competencia en la solución de los conflictos individuales disciplinarios de los trabajadores civiles de la República de Cuba.* V. *Discusión: aportes del Código de Procesos cubano al proceso disciplinario de trabajo jurisdiccional, a partir del 1o. de enero de 2022.* VI. *Insuficiencias de la legislación procesal jurisdiccional en materia de solución de litigios disciplinarios del trabajo.* VII. *Epílogo.* VIII. *Reconocimientos.* IX. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

En la Universidad de La Habana presentamos ante el Tribunal Nacional de Grados Científicos en Ciencias Jurídicas nuestra tesis en opción al grado científico de doctor en ciencias jurídicas: “La jurisdicción, la competencia y los procedimientos disciplinarios en el derecho laboral cubano”, ante-

riormente sólo se habían presentado dos tesis en opción a este grado científico. Defendimos que todos los conflictos disciplinarios del trabajo, comunes,¹ tuviesen apelación y proceso de revisión jurisdiccionales.² Fundamentamos la necesidad del debido proceso en materia de trabajo, había existido en el sistema jurisdiccional cubano, resultado del proceso de institucionalización iniciado en 1976 con la Constitución de la República de Cuba (1976),³ la Ley 7 “De Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral” (1977)⁴ y la Ley de los Órganos Judiciales (1977). La legislación de trámites precisó en su tercera parte “Procedimiento laboral” que regían los principios de celeridad, sencillez, oralidad del procedimiento e impulso de oficio en su sustanciación y el debido proceso, con doble instancia de apelación y proceso de revisión. Reguló en lo que no se opusiera al procedimiento laboral, se aplicarían con carácter supletorio las normas generales de los procesos civiles hasta que en 1990 se eliminara el debido proceso jurisdiccional en materia disciplinaria del trabajo en Cuba.

Circunstancias que determinaron la realización de reformas en la solución jurisdiccional de los conflictos disciplinarios del trabajo en 1990: la primera mitad de la década de 1990 se caracterizó por transformaciones económicas

¹ Conflictos comunes disciplinarios del trabajo: los que se rigen por lo establecido en el Código de Trabajo cubano y no por disposiciones jurídico-normativas de organismos de la administración central del Estado, conocidos como procedimientos disciplinarios especiales.

² Las medidas disciplinarias que el empleador puede imponer a los trabajadores cubanos son: amonestación pública ante el colectivo del trabajador; multa de hasta el importe del 25% del salario básico de un mes, mediante descuentos de hasta el 10% del salario mensual; suspensión del vínculo con la entidad sin retribución, por un término de hasta 30 días; traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación o en condiciones laborales distintas por término de hasta un año con derecho a reintegrarse a la plaza; traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador; la separación definitiva de la entidad y la separación del sector o actividad. De éstas sólo se apelaban ante el Tribunal Municipal Popular las medidas que modificaban definitivamente el estatus jurídico del trabajo: traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador y la separación definitiva de la entidad (despido disciplinario); sin embargo, la medida de mayor severidad no se apelaba ante el órgano jurisdiccional: la separación del sector o actividad. Contra lo resuelto en primera instancia por el Tribunal Municipal Popular no procedía recurso alguno ni en la vía administrativa ni en la judicial (no había doble instancia judicial) y el proceso de revisión sólo era posible contra la sentencia del Tribunal Municipal Popular en el litigio por la inconformidad contra la sentencia que revolucionaba la litis por separación definitiva de la entidad (despido disciplinario).

³ Constitución. República de Cuba.

⁴ Ley núm. 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

en una economía estatalizada (predominio de la propiedad pública e inexistencia de la propiedad privada). En los centros de trabajo públicos (propiedad estatal) existían plantillas infladas, con exceso de trabajadores, eran declarados disponibles (no despedidos) motivando a la autoridad del trabajo a crear nuevos empleos para los trabajadores afectados por la amortización de sus plazas, un tratamiento salarial diferenciado y compensaciones económicas en correspondencia con el tiempo de servicios prestados y otros requisitos. No se resolvió el problema, sino que lo agravó, desmotivando la productividad del trabajo; se pierde la disciplina del trabajo al estar trabajadores desempeñando su contenido de trabajo y trabajadores sin contenido alguno, en un mismo centro de trabajo, devengando una compensación salarial por haberse declarado disponibles. Se agravó esta situación con la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la desaparición del campo socialista, del que dependía la economía cubana en más de 90%, unido a medidas extraterritoriales originaron una profunda crisis económica denominada “periodo especial en tiempo de paz”, tuvo un fuerte impacto en la economía nacional. Se privó al país súbitamente del 70% de las exportaciones, se eliminaron las relaciones mutuamente ventajosas desarrolladas con la Unión Soviética y otros países socialistas mediante el Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME). La falta de líneas de créditos para la obtención de materias primas, maquinarias, herramientas, piezas de repuesto y agregados para las ya obsoletas tecnologías de la industria importadas del campo socialista recrudecieron la situación del país. La dirección política del país centró sus esfuerzos en buscar las formas y los métodos para no renunciar a su ideología, reorientar y organizar la crítica situación en el contexto de las relaciones económicas.

Se decide la Reforma Constitucional (1992) a la Constitución de 1976; se reconoció la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas para garantizar el incremento de la inversión extranjera, y con ello tratar de solventar los agudos problemas económicos sin establecer la propiedad privada, manteniéndose el sistema económico basado en la propiedad pública (estatal) sobre los medios fundamentales de producción; persistía el problema de la falta de empleos para los trabajadores disponibles, por el colapso de la economía cubana provocado por el derrumbe del campo socialista.

Se promulgaron disposiciones jurídicas normativas para: adecuar la jornada de trabajo a la realidad imperante, para incentivar la inversión extranjera, se derogaron un conjunto de normas de trabajo en contradicción con la vida económica del país, pero aún no se logró encauzar la disciplina del trabajo. Se in-

crementaron los conflictos disciplinarios en los centros de trabajo (públicos), una excesiva cantidad de procedimientos disciplinarios especiales, diferentes al común, para no permitir a los trabajadores acceder a la vía jurisdiccional de solución de litis y con ello al debido proceso; aumentó la diversidad legislativa sustantiva y adjetiva disciplinaria, no se modificó el Código de Trabajo atemperándolo al momento de crisis, ni se promulgó una Ley de Procedimiento de Trabajo que ofreciera garantías procesales a las partes en contienda. Se decidió modificar la solución jurisdiccional de los litigios del trabajo; se eliminó la segunda instancia de apelaciones en sede judicial provincial y sólo se permitió un proceso de revisión contra el despido disciplinario. Se perdió el debido proceso jurisdiccional de trabajo cubano en 1990.

Motivación para realizar esta investigación: apreciar lo negativo de eliminar el debido proceso jurisdiccional en materia de trabajo, la posibilidad del “error judicial” en los tribunales municipales populares que ponían fin al proceso disciplinario sin posibilidad de corrección, al no ser causal de solicitud de proceso de revisión ante la sala de instancia del Tribunal Supremo Popular cubano. El presidente de la Sala de Trabajo y Seguridad Social del Tribunal Supremo Popular⁵ consideró sobre la eliminación de la doble instancia jurisdiccional de trabajo:

Hubo que decidir si se sacrificaba el principio de la doble instancia o se implantaba la instancia *única*, dando al Tribunal Municipal esta responsabilidad, contra sus decisiones no cabe recurso alguno. Sólo puede establecerse procedimiento de revisión. En la práctica acumulada en Cuba, dentro de los tribunales siempre primó el principio de la doble instancia... Se interpretó como una ficción que dándole al Tribunal Municipal Popular, el carácter de instancia *única* en lo Jurisdiccional, en cierta medida se lograba la doble *instancia*, al existir dos momentos de debate de la litis en el Órgano de Justicia Laboral de Base⁶ y el Tribunal Municipal Popular. Apreciamos en aquel momento, que la trascendencia de lo que se estaba diciendo para el Órgano, como instancia definitiva, para una gran parte de los casos de *disciplina*, era la clave de lo que se quería, disminuir la solución de los conflictos fuera del

⁵ En 2006.

⁶ Instancia prejudicial y obligatoria de solución de conflictos del trabajo, creada en los centros de trabajo e integrada por trabajadores.

centro laboral... Esta realidad no justificaba sacrificar la segunda instancia en lo judicial.⁷

La situación creada afectaba a los trabajadores del sector público con régimen disciplinario común por la ausencia de garantías a su seguridad jurídica y el incremento de los procedimientos disciplinarios denominados especiales que no tenían impugnaciones en otra vía que no fuese la administrativa (en el centro de trabajo o ante un representante del Organismo de la Administración Central del Estado al cual se subordinaba el centro de trabajo); la consecuencia fundamental era fallo a favor del empleador en la gran mayoría de los conflictos del trabajo. Surgieron desigualdades entre los trabajadores y fueron apareciendo otras, motivadas por las condiciones de trabajo, estimulaciones, ingresos, oferta y demanda económica en la concurrencia del mercado y del acceso, por distintas vías, a la moneda libremente convertible.⁸ Comenzó una batalla por lograr la economía eficiente, competitiva, asociada con el desarrollo científico-tecnológico, el crecimiento de sectores tradicionales como el azúcar que debía influir decisivamente en el camino de la recuperación y de nuevas ramas industriales, el redimensionamiento comercial-financiero internacional basado en la rentabilidad de cada ente del sistema empresarial.

Comenzaron, en el siglo XXI, a emitirse criterios sobre las políticas erradas desarrolladas a partir de 1990, el ministro presidente del Banco Central de Cuba en 2005 consideró:

En la URSS, los errores cometidos llevaron al descontento popular, causado, entre otras razones, por el mal funcionamiento de la economía y su efecto en el deterioro del nivel de vida de una gran parte de la población... Esta es la lección histórica que nunca debemos olvidar, si queremos preservar... la nacionalidad cubana...⁹

El movimiento sindical a través de sus congresos alertó sobre el descontento existente entre los trabajadores, por el exceso de procedimientos disciplinarios especiales sin garantías debidas, ausencia del debido proceso ju-

⁷ Martín Sánchez, Antonio Raudilio, "Apuntes para una reforma del sistema de justicia laboral cubano", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 23 y 24, p. 4.

⁸ Dólares de los Estados Unidos de América.

⁹ Soberón Valdés, Francisco, "Informe de los resultados económicos del año 2005 y las perspectivas económicas y sociales del 2006", *Periódico Granma*, Suplemento Especial, 23 de diciembre de 2005, p. 12.

risdiccional y la necesidad de revitalizar la disciplina del trabajo que motive mayor productividad y eficiencia y los estudios relacionados con el derecho del trabajo y la seguridad social de posgrado: diplomados, maestrías y doctorados.¹⁰

Aportes:

1. Diagnóstico de la jurisdicción y la competencia en las legislaciones procesales en materia disciplinaria del trabajo y propuestas de bases legislativas para su perfeccionamiento en sede judicial en la solución de los litigios individuales disciplinarios del trabajo.¹¹
2. Los resultados posibilitarían una mayor materialización de los derechos vulnerados en el proceso jurisdiccional, al incrementarse el índice de realización de determinados derechos subjetivos, del nivel técnico-jurídico-doctrinal de las disposiciones jurídicas adjetivas en sede judicial materia de trabajo, el perfeccionamiento de la jurisdicción y la competencia en los tribunales de justicia y la renovación de la justicia de trabajo.
3. Monografía actualizada sobre el proceso jurisdiccional de trabajo cubana que puede ser utilizada como material bibliográfico en estudios de pre y posgrado en ciencias jurídicas.
4. Sistematización histórica de las formas de solución de los conflictos disciplinarios del trabajo, según formas y vías:

¹⁰ La evaluación de esta etapa por el movimiento sindical cubano se realizó a través del XVII Congreso de la Central de Trabajadores de Cuba, finalizado el 30 de abril de 1996, Palacio de las Convenciones de La Habana, Cuba, tesis (101, 105 y 106) que aprobó: 101: Ahora los sujetos económicos son variados, y se han modificado sus facultades, y este fundamento contractual, junto a los factores de carácter político y ético, debe constituirse en una garantía real de orden, justicia, convivencia y legalidad en cada centro de trabajo, que sea expresión de los objetivos generales que postula y defiende el Estado Revolucionario. 105: Advertimos, al mismo tiempo, la importancia de revitalizar la docencia del derecho laboral, una especialidad que se ha debilitado lamentablemente en los últimos años y que está llamada a desempeñar una función imprescindible en el estudio y la normación de todo el universo de nuestras relaciones de trabajo, cada vez más complejas y cambiantes. 106: (debemos) plantearnos la revisión integral del Código de Trabajo y otras legislaciones laborales vigentes, a fin de ajustarlos a las nuevas realidades y requerimientos de la vida laboral, en *www.cuba.cu*, revisado el 31 de marzo de 2022.

¹¹ En la investigación sólo se valoró el proceso de trabajo en sede judicial de los trabajadores civiles (no se incluyó a los trabajadores militares ni a trabajadores del sector privado), siendo un conflicto disciplinario individual de trabajo porque en Cuba no hay contratos colectivos de trabajo.

Primera: antes de 1958, con justicia alternativa: conciliación y el arbitraje laboral.

Segunda: a partir de 1959 y hasta 1976 con la participación de los trabajadores en la solución de los conflictos individuales disciplinarios de los trabajadores civiles.

Tercera: después de 1976, con el inicio de la institucionalización del país y la reforma del sistema judicial, los tribunales de justicia tienen competencia en materia de trabajo (dos instancias de apelación) y el proceso de revisión para la solución de todos los conflictos disciplinarios.

Cuarta: inicia en 1990 con la eliminación del debido proceso jurisdiccional en materia de trabajo hasta 2019, que se restablece con la Constitución de la República de Cuba.

Quinta: comenzó en 2019 hasta la actualidad, la Constitución de la República de Cuba estableció en su artículo 94: “Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo...”, promulgación de: la Ley “De los tribunales de justicia” y el “Código de Procesos”. Se restablece el debido proceso jurisdiccional en la solución de los litigios disciplinarios del trabajo para los trabajadores del sector público (estatal).

La quinta etapa de la sistematización histórico-jurídica de las formas de solución jurisdiccional de los litigios disciplinarios del trabajo amerita que se valore: si la legislación procesal promulgada en 2021, Código de Procesos, vigente a partir del 1o. de enero de 2022, para la jurisdicción y competencia de los tribunales de justicia materia trabajo, tuvo en cuenta los aportes realizados con esta investigación y ¿cuáles son las insuficiencias de la legislación procesal jurisdiccional cubana en materia de solución de litigios disciplinarios del trabajo?

II. METODOLOGÍA

En el estudio realizado del proceso disciplinario jurisdiccional de trabajo cubano, al analizar el estado del arte en Cuba se apreció la existencia de la tesis doctoral de Zaida Valdés Estrada: “El Convenio Colectivo de Trabajo en Cuba”, siendo la primera que analizó el conflicto colectivo de trabajo, no incluyó el conflicto individual disciplinario del trabajo ni en la vía prejudicial ni en la jurisdiccional. Bibliográficamente, hay trabajos de autores publicados en revistas especializadas, como Antonio Raudilio Martín Sánchez, Héctor Ague-

do Suárez Granda y José J. Chapman Velazco, otros presentados en eventos científicos nacionales e internacionales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, el Tribunal Supremo Popular y tesis de especialidad en Asesoría Jurídica como las de Cristina Colás Regüíferos y Wilfredo Martínez Caballero, analizaron la conceptualización de institutos y categorías del derecho del trabajo, la evidente proliferación de procedimientos disciplinarios especiales, los métodos, vías y formas de solución de conflictos disciplinarios del trabajo y los sistemas o métodos de solución de conflictos en legislaciones extranjeras, pero realizados con un estudios empíricos, muy reducidos, con muestras investigativas que abarcan sólo a un municipio del país, Santiago de Cuba, y sin la utilización del método general de investigación científica: medición con el empleo de técnicas; tampoco realizaron aportes medulares al mejoramiento normativo vigente en materia jurisdiccional y ausencias de pronunciamientos sobre el debido proceso en sede judicial que otorgara garantías procesales a las partes en contienda como garantía a la seguridad jurídica de los trabajadores.

Internacionalmente se valoró el desarrollo conceptual doctrinal sobre: jurisdicción, competencia, proceso y procedimientos de trabajo, autores como J. Montero Aroca y otros consideran la no existencia del proceso de trabajo, al evaluarlo como un “proceso civil especial”, cuestionando su autonomía; autores como José Ceva Sebastia, Ignacio Albiol Montesinos y otros demostraron la autonomía del derecho del trabajo a partir del análisis de su naturaleza jurídica. Compartimos el criterio de Elías González-Posada Martínez,¹² en el sentido de que no puede asegurarse con plenitud la existencia de modelos generales de referencia en la solución de conflictos del trabajo, toda vez que el espacio que ocupe el sistema de relaciones laborales, los sujetos, las relaciones que se establezcan entre ellos y las reglas que se crean, son diferentes en función de variables de naturaleza cultural, política y jurídica, sometidas todas ellas a cambios, según las circunstancias políticas, económicas y sociales.

En los países donde la solución de los conflictos del trabajo concluye en los órganos jurisdiccionales se aprecia el cumplimiento del debido proceso en materia de trabajo, con sus dimensiones: el control constitucional del proceso, la doble instancia (o derecho al recurso), fundamentación del fallo, intervención de un juez independiente, responsable y competente, derecho a audiencia y la oportunidad probatoria.

¹² González-Posada Martínez, Elías González, *La caracterización del conflicto de trabajo y los instrumentos para su solución*, ponencia presentada en el II Congreso Regional de Relaciones Laborales de Castilla y León, abril de 2000, p. 5.

Situación problemática: los sindicatos se pronunciaron por mayores garantías procesales, como necesidad, frente a la existencia de disposiciones jurídicas normativas procesales que no aseguraban el debido proceso jurisdiccional en la solución de los litigios disciplinarios del trabajo.

Problema científico: ¿en qué medida la legislación en materia de jurisdicción y competencia en la solución de los litigios disciplinarios del trabajo para los trabajadores civiles del sector público garantiza la seguridad jurídica por medio del debido proceso?

1. *Objetivos específicos*

- Diagnosticar la calidad de las disposiciones jurídicas normativas procesales para solucionar los litigios individuales disciplinarios del trabajo en el sector público, identificando las posibles insuficiencias a la jurisdicción y la competencia que contradicen los presupuestos teóricos del debido proceso.
- Formular propuestas de perfeccionamiento para las disposiciones jurídicas normativas procesales jurisdiccionales de solución de los conflictos disciplinarios del trabajo que consagran las garantías del debido proceso.

Variable de la investigación: cualitativa y politómica, con el objetivo de analizar el proceso individual disciplinario de trabajo para los trabajadores (hombres y mujeres) del sector público (estatal),¹³ el de mayor incidencia en los tribunales de justicia.

Marco de la investigación: desde el surgimiento de las formas y vías de solución del conflicto de trabajo en el siglo XX hasta 2021.¹⁴

¹³ *Cfr.* Constitución de la República de Cuba, 2019, título II, “Fundamentos económicos”, artículo 18: “En la República de Cuba rige un sistema de economía socialista basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad principal...”. Artículo 22: “Se reconocen como formas de propiedad las siguientes:

a) Socialista de todo el pueblo: en la que el Estado actúa en representación y beneficio de aquél como propietario”, denominada comúnmente propiedad estatal y en teoría jurídica propiedad pública.

¹⁴ *Cfr.* Ley núm. 141, Código de Procesos de 2021, entró en vigor el 1o. enero 2022 y es la legislación que modificó el objeto de estudio investigado.

Hipótesis: la legislación procesal jurisdiccional de trabajo, en materia de solución de los litigios individuales disciplinarios de los trabajadores civiles, no ofreció respuestas a un debido proceso por establecer:

- Diferentes formas de resolver los procedimientos disciplinarios, creando diversidad, dispersión legislativa y colisiones normativas.
- Insuficiente respaldo normativo a los principios del debido proceso en materia jurisdiccional de trabajo.
- Carencia de una segunda instancia de apelación jurisdiccional que solucionarían los posibles fallos contrarios a derecho (error judicial) de los tribunales municipales populares como primera y única instancia de apelación judicial.
- Otras deficiencias técnicas normativas.

2. *Métodos generales de la investigación científica teórica*

- a. Del análisis dialéctico: establecer las interrelaciones entre el derecho del trabajo y las variaciones económicas, para precisar los fundamentos económicos y sociales de las disposiciones jurídicas normativas procesales, sus cambios y valorar los impactos en las relaciones de trabajo.
- b. Análisis-síntesis, inducción-deducción: construir los fundamentos teóricos en la investigación, precisar conceptos y teorías generalmente aceptadas por la doctrina, identificando irregularidades y tendencias sobre el tema investigado.
- c. Análisis exegético-jurídico de las normas: formar un diagnóstico sobre las deficiencias fundamentales presentes en las disposiciones jurídicas normativas procesales que regulan la jurisdicción, la competencia y los procedimientos individuales disciplinarios para los trabajadores civiles en el derecho del trabajo.

3. *Métodos generales de la investigación empírica*

- a. Observación en su variante del análisis de documentos teniendo como objetos: informes de la Organización Internacional del Trabajo, resoluciones de los congresos de la Central de Trabajadores de Cuba, memorias de eventos científicos nacionales e internacionales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y el Tribunal Supremo Popular cubano.

- b. Medición: empleándose la técnica de entrevista a expertos con una guía de entrevista, siguiendo un enfoque cualitativo, al solo efecto de valorar criterios de especialistas de reconocido prestigio y autoridad en el tema. La técnica de encuesta destinada para su aplicación a operadores del derecho con el principio de recoger sus criterios sobre aspectos fundamentales del procedimiento judicial en materia de trabajo.
- b. Análisis histórico jurídico de las normas: a partir de determinadas dimensiones, identificar los orígenes de las instituciones jurídicas analizadas, los momentos más importantes de cambios, las regularidades y tendencias en su evolución.
- c. Análisis comparado de las normas: para identificar: diferencias relativas, semejanzas y regularidades en las normas jurídicas que regulan la jurisdicción, la competencia y los procedimientos disciplinarios. Las legislaciones extranjeras se seleccionaron teniendo en cuenta el sistema de derecho, raíces jurídicas comunes y el desarrollo dentro en sus respectivos continentes de sus preceptivas sobre solución de conflictos del trabajo (Alemania, España, Francia); por los aportes realizados a los institutos y categorías del derecho del trabajo, principalmente en el logro de una adecuada justicia (Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, México y Panamá).

4. *Diseño metodológico*

- a. Por los medios: documental, analiza información descrita sobre el tema objeto de estudio e histórica, eventos pasados y busca relaciones con otros del presente.
- b. Por los conocimientos adquiridos: explicativa, al exponer las razones del porqué del objeto de estudio, y descriptiva, al reseñar rasgos, caracteres o particularidades del objeto estudiado.
- b. Por sus propósitos y finalidades: aplicada.
- c. Tiempo: transversal, en su tipo descriptivo, al analizar el procedimiento jurisdiccional disciplinario trabajo común vigente para el sector público, con rasgos, cualidades y atributos.

III. RESULTADOS

Diagnóstico de la jurisdicción y la competencia en las normas procedimentales disciplinarias de trabajo hasta 2021¹⁵

Primero: el mayor peso por nivel de valoración e importancia otorgada a la justicia del trabajo en materia jurisdiccional recayó en la necesidad de una segunda instancia judicial de solución de los litigios disciplinarios y el perfeccionamiento del Proceso de Revisión. En este resultado están recogidos los criterios fundamentales y códigos regidos por la experiencia profesional que matizan o describen un acercamiento a la jurisdicción, competencia y procedimiento jurisdiccional disciplinario de trabajo; posibilitaría a las partes en contienda refrendar sus derechos, al ser el procedimiento de revisión limitado, a su vez, se valoraría la revisión de las decisiones judiciales de los tribunales inferiores favoreciendo el debido proceso en materia de trabajo disciplinario al establecerse los recursos con el procedimiento adecuado; ofrecimiento de mayor seguridad jurídica; valoración de todos los asuntos de los tribunales municipales populares en materia de trabajo por jueces especializados y de mayor experiencia en la materia; imprimiría mayor dinamismo al procedimiento de trabajo en materia disciplinaria porque la vía prejudicial de solución de conflictos del trabajo, en el centro de trabajo (Órgano de Justicia Laboral) no tiene carácter judicial. Se le otorgaría a las partes la posibilidad de que su caso sea valorado por jueces distintos y especializados en materia de trabajo.

Segundo: proceso de revisión ante la sala de la especialidad del Tribunal Supremo Popular, manteniendo las causales; además, por violación del derecho a la representación y del derecho a práctica de las pruebas admitidas, sin que medie renuncia por la parte promovente; adecuación incorrecta de la medida disciplinaria que la hace injusta y arbitraria; mantenimiento del debido proceso judicial; arbitrariedad, quebrantamiento de forma e injusticia notoria.

¹⁵ De los métodos generales de la investigación científica teórica utilizamos el método general de la investigación empírica, con su técnica de medición, a través de las técnicas de entrevista y encuesta a expertos en temas de trabajo, magistrados del Tribunal Supremo Popular y jueces de los tribunales populares provinciales y municipales de la gran mayoría del país, agradecemos para este empeño el apoyo de los magistrados de la Sala del Trabajo y de la Seguridad Social y en especial al que fue su presidente, Antonio Raudilio Martín Sánchez, para potenciar los resultados obtenidos.

Tercero: necesidad de perfeccionarse el actual sistema de justicia del trabajo fundamentado en: rescatar la experiencia acumulada en las salas de Trabajo y de la Seguridad Social de los tribunales provinciales populares; creación de una legislación única y específica para la materia disciplinaria, sustantiva y adjetiva; mantenimiento y perfeccionamiento de la vía prejudicial de solución de conflictos disciplinarios del trabajo; intervención más activa de la Fiscalía General de la República en el procedimiento disciplinario de trabajo; logro de la unidad legislativa; otorgamiento de una mayor competencia de trabajo a los tribunales municipales populares y las salas del Trabajo y de la Seguridad Social de los tribunales provinciales populares y del Tribunal Supremo Popular con jueces profesionales especializados; restablecimiento del principio de la doble instancia judicial; eliminación de la dispersión legislativa y disminución de los procedimientos especiales; la promulgación de un nuevo Código de Trabajo y de una Ley de Procedimiento del Trabajo; establecimiento de recursos de apelación en la primera y segunda instancia judicial en materia de trabajo disciplinaria; para la adecuada valoración de la función jurisdiccional se deberá delimitar las vías de solución de conflictos: las formas de resolución de conflictos en la vía prejudicial nunca asumen competencia de la vía judicial, agotada ésta puede el procedimiento iniciarse ante la jurisdicción correspondiente según la competencia asignada a la sala.

Cuarto: el proceso de trabajo en vía judicial es uno con varios procedimientos, como el disciplinario establecido por acto normativo del Estado que garantice la seguridad jurídica de los trabajadores.

Existirán procedimientos disciplinarios especiales, administrativos de trabajo, pero no debe ser la tendencia, con sus instancias de apelación (como mínimo dos y derecho de recursos) y su procedimiento de revisión.¹⁶

Quinto: los procedimientos de solución de conflictos individuales disciplinarios de los trabajadores civiles en los tribunales populares, a los cuales pertenece por entero la jurisdicción deben establecerse por normas de rango superior del Estado, independientemente, existiendo la vía extrajudicial obligatoria antes de acudir a los tribunales de justicia, lo cual favorece la tutela judicial efectiva del debido proceso. De mantenerse la tendencia de normar por un organismo de la Administración Central del Estado o entidad el procedimiento disciplinario para un sector determinado seguirá aumentando la

¹⁶ Tendencia surgida con la Real Orden 1,326 del 25 septiembre 1888 sobre procedimiento contencioso administrativo, el primero oficialmente en la materia, que establecía el recurso de alzada ante la autoridad superior, se podría recurrir en queja y se estableció el recurso de nulidad. Legislación colonial española.

diversidad legislativa, las formas de solución de los conflictos del trabajo, la pérdida de la sistemática interpretativa de la norma jurídica disciplinaria, su adecuado conocimiento y aplicación, contradicciones interpretativas, lagunas intertemporales; se dificultará la aplicación de la norma procesal, manifestándose falta de unidad sistémica al eliminarse garantías procesales.

IV. PROPUESTAS DE BASES LEGISLATIVAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA NORMACIÓN JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DISCIPLINARIOS DE LOS TRABAJADORES CIVILES DE LA REPÚBLICA DE CUBA

I. La conceptualización de la disciplina del trabajo cubana, con carácter educativo, incorporará la necesaria reinserción social del individuo, mediante el trabajo correccional con y sin internamiento, en una entidad de trabajo.

II. El proceso de trabajo es uno, con diferentes procedimientos, con las mismas garantías de seguridad jurídica.

III. El poder disciplinario debe ser exclusivamente del empleador, quien con la medida disciplinaria origina el conflicto de trabajo que puede convertirse en litigio de trabajo al acudir a la vía jurisdiccional de solución de litigios disciplinarios del trabajo.

IV. La jurisdicción y competencia de los tribunales de justicia debe ser puesta en vigor por disposición jurídica normativa del Estado, ley o decreto ley, únicas que expresan y delegan la jurisdicción como potestad dimanante de la soberanía del Estado.¹⁷

V. La forma de solución del conflicto individual disciplinario del trabajo será una: prejudicial obligatoria ante el órgano de justicia laboral creado, cuando no exista un procedimiento disciplinario especial.

VI. En el procedimiento jurisdiccional debe apreciarse los elementos conceptuales y dimensiones del debido proceso en materia de trabajo disciplinario:

¹⁷ La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado (artículo 102 constitucional); el Consejo de Estado es responsable ante la Asamblea Nacional del Poder Popular y rinde cuenta ante ésta (artículo 120 constitucional). La Asamblea Nacional del Poder Popular emite leyes y el Consejo de Estado decreto-leyes (artículo 165 constitucional).

- a. Los tribunales municipales populares y las salas del Trabajo y de la Seguridad Social de los tribunales provinciales populares serán instancias de apelación en materia disciplinaria.
- b. Se establecerá el derecho a la doble instancia de apelación judicial: la primera ante los tribunales municipales populares y la segunda ante los tribunales provinciales populares, considerando:
 - El juez del Tribunal Municipal Popular que se va calificando con los años de experiencia podrá ser promovido a la segunda instancia de apelación, lo que disminuirá la desestimación por la materia trabajo y las peticiones de cambios de especialidad.
 - El posible error judicial de la primera instancia judicial podrá ser subsanado en la segunda instancia judicial de apelación en materia disciplinaria del trabajo, al posibilitarse una vía más de apelación, eliminándose el estado de indefensión para las partes litigantes.
 - En la segunda instancia de apelación deberán estar los jueces de mayor calificación y experiencia, se podrán recurrir en apelación todas las resoluciones de los tribunales municipales populares con competencia disciplinaria del trabajo.
 - Se establecerá el procedimiento de revisión ante la sala de la especialidad del Tribunal Supremo Popular contra todas las resoluciones firmes en materia disciplinaria de las salas de lo Laboral y de la Seguridad Social de los tribunales provinciales populares.

V. DISCUSIÓN: APORTES DEL CÓDIGO DE PROCESOS CUBANO AL PROCESO DISCIPLINARIO DE TRABAJO JURISDICCIONAL, A PARTIR DEL 10. DE ENERO DE 2022

- a. Adecuada regulación jurídica normativa del concepto proceso:

El proceso consiste, fundamentalmente, en llevar el litigio ante el juez, o también, en devolverlo en su presencia. Ello explica, en primer lugar, el estrechísimo contacto entre las nociones de proceso y litigio, y la facilidad y la costumbre de confundirlas entre sí. La distinción consiste en que el proceso no es litigio, sino que lo reproduce o lo representa ante el juez o, en general,

ante el oficio. El litigio no es el proceso, pero está en el proceso; ha de estar en el proceso si el proceso ha de servir para componerlo...¹⁸

...en sentido jurídico estricto el término proceso sólo puede utilizarse con referencia a la actividad jurisdiccional.¹⁹

Establecimiento de la doble instancia o derecho al recurso del debido proceso judicial: el Código de Procesos instituye: el ejercicio de la jurisdicción corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia,²⁰ implantó el Proceso Sumario del Trabajo y de la Seguridad Social.²¹ El Acuerdo 277 del 16 de diciembre de 2021 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba²² adoptó la modificación de la denominación, sede y competencia de las estructuras de los tribunales de justicia y de esta forma restablece el debido proceso de trabajo al otorgar competencia en la materia a los tribunales municipales y provinciales populares, los que en procedimientos disciplinarios serán sólo de apelaciones.

- b. El Código de Procesos otorgó competencia²³ a los tribunales municipales populares, para conocer, en materia del Trabajo y de la Seguridad Social, de las demandas con causa en la aplicación de las medidas disciplinarias, excepto la de separación del sector o actividad²⁴ (primera instancia de apelación jurisdiccional) y como competencia de los tribunales provinciales populares en materia de trabajo y seguridad social: las inconformidades con la aplicación de la medida disciplinaria de separación del sector o actividad y los recursos de apelación contra las

¹⁸ Canelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Argentina, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, 1944, t. II, p. 3.

¹⁹ Montero Aroca, J. *et al.*, *Derecho jurisdiccional*, 3a. ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, pp. 17-34.

²⁰ Artículo 15, Ley 141, Código de Procesos de 2021.

²¹ *Ibidem*, capítulo IV, "Proceso sumario del Trabajo y de la Seguridad Social".

²² *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, núm. 10, 28 de enero de 2022, pp. 509-540.

²³ Ley 141, Código de Procesos de 2021, artículo 21: Corresponde a los tribunales, en materia del trabajo y de la seguridad social, conocer de:

- a) Los conflictos individuales con causa en la aplicación de medidas disciplinarias y en vulneración de los derechos del trabajo;
- b) las reclamaciones sobre seguridad social;
- c) los asuntos de jurisdicción voluntaria relativos al trabajo.

²⁴ Artículo 24.3 inciso a), Ley núm. 141, Código de Procesos de 2021.

resoluciones definitivas adoptadas por el Tribunal Municipal Popular²⁵ (segunda instancia de apelación jurisdiccional).

- c. Se establece el *proceso de revisión*, del cual es competente exclusivamente, el Tribunal Supremo Popular. La competencia en materia de Trabajo y Seguridad Social, general, es por razón del lugar, no procede la sumisión de parte:

En los conflictos de esta materia, con causa en infracciones disciplinarias o violaciones de los derechos del trabajo y de la seguridad social a corto plazo, es competente, por razón del territorio, el tribunal del lugar donde radique el centro de trabajo o establecimiento en el que se ejecuten habitualmente las actividades de trabajo.²⁶

VI. INSUFICIENCIAS DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL JURISDICCIONAL EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE LITIGIOS DISCIPLINARIOS DEL TRABAJO

1. No se promulgó la Ley del Proceso de Trabajo o Ley de Procedimientos del Trabajo. El Código de Procesos uniforma los procesos para el conocimiento y solución de los asuntos de las materias civil, familiar, mercantil, del trabajo y de la seguridad social, así como la ejecución de las resoluciones judiciales recaídas en ellos;²⁷ después de 1976 fue supletorio el proceso civil en el proceso de trabajo.²⁸ Se tuvo una legislación de trámites de trabajo: la Ley 759 “De Procedimiento Laboral” de 1960, estableció que la solución de los conflictos y cuestiones que surgían como consecuencia directa o indirecta de las relaciones de trabajo entre las partes de la relación jurídica laboral quedaban sometidas a la jurisdicción y competencia del Ministerio del Trabajo (autoridad del trabajo) y pudo valorarse la promulgación de una ley de trámites propia para esta rama del derecho. Compartimos, de la doctrina jurídica,

²⁵ *Ibidem*, artículo 25.3, incisos a) y c).

²⁶ *Ibidem*. Libro primero, parte general, capítulo III, “Criterios para determinar la competencia”, sección segunda, “Competencia por razón del lugar”, artículo 32.1 y 32.2.

²⁷ *Ibidem*, artículo 1.1.

²⁸ *Cfr.* La derogada Ley núm. 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 1977, establecía en su artículo 696, segundo párrafo: “En todo lo que no se oponga a lo establecido en los preceptos de esta tercera parte, se aplicarán con carácter supletorio las normas generales reguladoras del proceso civil”.

la existencia de principios comunes con el proceso civil²⁹ y principios propios que matizan la especificidad y necesidad de un proceso de trabajo independiente legislativamente con sus procedimientos, con jueces especializados, no sólo para llegar al fondo del asunto, sino también para poder resolver conforme a los principios procesales del trabajo. Otra vez, al establecerse en una legislación de procesos de alto contenido civil el proceso de trabajo y denominarlo “Sumario” (sin tener en cuenta que este procedimiento es principalmente para los usos civiles o penales),³⁰ el proceso jurisdiccional de trabajo cubano no logra una mínima independencia:³¹

...el camino recorrido en función de estructurar una teoría general del derecho procesal, válida para toda la disciplina, ha estado preñada de innumerables dificultades, escollos que aún no están totalmente desbrozados, a pesar que actualmente la oposición no se presenta como un enfrentamiento doctrinal directo, sino más bien como una inercia por dejar las cosas como están, que no es otra cosa que la originaria división entre el procesal civil por una parte y el procesal penal por la otra, cada uno de ellos con su teoría propia.

Bajo esta concepción estatista, no merece la pena hablar de los otros procesos, que, como el administrativo, el laboral o el mercantil, carecen de

²⁹ Imparcialidad, audiencia de las partes y contradicción, igualdad, buena fe, principio dispositivo, aportación de parte y publicidad.

³⁰ Es característico del proceso jurisdiccional de trabajo su celeridad, oralidad y sencillez, garantizando una audiencia con las garantías jurídicas del debido proceso, no es un proceso especial como lo es el “Sumario” cuyo fin es proteger derechos patrimoniales, crediticios, determinados tipos de contratos civiles y aspectos de mero trámite penales. El proceso jurisdiccional de trabajo cubano es público; el “Sumario” se opone al plenario y los medios probatorios están limitados. En el proceso jurisdiccional de trabajo hay concentración de actos (con la demanda escrita se presentan las pruebas) pero no se limitan los testigos ni las pruebas periciales, que este tipo procesal tenga coincidencias con el “Sumario” no significa que sea igual. La sentencia puede combatirse en segunda instancia judicial (derecho al recurso del debido proceso) y sólo se admite el proceso de revisión contra las sentencias firmes de las salas de instancia.

³¹ La Ley núm. 141, Código de Procesos, de 2021, sigue reafirmando esta posición. En su título II, “Proceso sumario”, capítulo I, “Disposiciones generales”, precisó: materias civil y familiar (capítulo I), alimentos (capítulo II), ejercicio de la capacidad jurídica y la provisión de apoyos y salvaguardias (capítulo III), trabajo y de la seguridad social (capítulo IV). El último artículo del capítulo IV, el 579, establece: “En todo lo no previsto expresamente en este capítulo, se aplican las reglas del proceso sumario”.

una argumentación teórica y conceptual que sirva de precedente a la parte procesal especial.³²

“[N]o existe proceso laboral. El estudio del origen del proceso laboral sirve, sin más, para demostrar que se trata de un proceso civil especial, teniendo en cuenta los principios que informan este proceso”.³³ Con este Código de Procesos continúa sin independencia ni autonomía propia el proceso jurisdiccional de trabajo cubano, convertido en un tipo procesal civil especial.

2. El Código de Procesos regula en su artículo 4.1: En la tramitación y decisión de los casos sometidos a su conocimiento, los tribunales resuelven de conformidad con lo dispuesto en:

- la Constitución de la República;
- los tratados internacionales en vigor en el país;
- las leyes y otras disposiciones normativas;
- las interpretaciones y otros pronunciamientos que, sobre las leyes, realicen la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado;
- las disposiciones dictadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley;
- los principios generales del derecho³⁴ y otros establecidos en el presente Código.

En relación con los tratados internacionales, la Constitución de la República de Cuba refrendó los relacionados a la prohibición del trabajo infantil.³⁵ En una economía diversificada a partir de 2019 con la promulgación de la nueva Constitución de la República de Cuba, con propiedad privada,³⁶ empresas fa-

³² Mendoza Díaz, Juan, “Hacia una concepción unitaria del derecho procesal en Cuba”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 26, julio-diciembre de 2005, p. 4.

³³ Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional*, *cit.*, p. 466.

³⁴ Hernández Marín, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, pp. 91 y 92: “...los principios generales del derecho son entendidos como cuasi conceptos o cuasi proposiciones; y se sostiene que dichas entidades existen e informan o inspiran las normas jurídicas legales, aunque el legislador no los haya formulado expresamente, o no los haya formulado expresamente con toda su amplitud”.

³⁵ *Cfr.* Constitución de la República de Cuba de 2019, título V, “Derechos, deberes y garantías”, artículo 66: “Se prohíbe el trabajo de las niñas, los niños y los adolescentes”.

³⁶ *Ibidem.* Formas de propiedad, artículo 22, d) “privada: la que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía”.

miliare y creación de las MIPYMES privadas y estatales (o públicas), no hay pronunciamientos en ninguna legislación cubana sobre la necesidad de eliminar cualquier forma de trabajo forzoso, convenios ratificados por Cuba.³⁷

Entre las medidas disciplinarias que dan surgimiento al conflicto de trabajo están: el traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación o en condiciones laborales distintas por término de hasta un año con derecho a reintegrarse a su plaza y el traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador.

El Comité Especial de Trabajo Forzoso de Naciones Unidas-OIT en su informe de 1953 (Conferencia Internacional del Trabajo, 2007) consideró la necesidad de examinar la problemática que originaban las medidas disciplinarias dictadas por órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas para castigar a los trabajadores que se habían ausentado del trabajo sin motivo justificado, llegaban tarde al trabajo con demasiada frecuencia, habían cometido faltas por negligencia, para los incumplidores, los que no respetaban las normas laborales establecidas o se habían negado a aceptar su traslado a otros lugares de trabajo.³⁸

Esas dos medidas disciplinarias son resultado de los nuevos problemas relacionados con la libertad de empleo o el trabajo forzoso entre 1950 y 1970, periodo de la guerra fría, de alta y constante preocupación para la OIT por la promulgación de leyes de vagos³⁹ y maleantes, discriminatorias, que exigían

³⁷ El Convenio sobre el Trabajo Forzoso núm. 29 de 1930, entró en vigor el 1o. de mayo de 1932, Cuba lo ratificó el 20 de julio de 1953. El Convenio núm. 105, de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso entró en vigor el 17 de enero de 1959; Cuba lo ratificó el 2 de junio de 1958.

³⁸ *Cfr.*: Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, núm. 105, de 1957, artículo 1: Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio (Cuba lo ratificó el 2 junio 1958) se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: c) como medida disciplinaria en el trabajo.

³⁹ La Ley 1231 de 16 marzo 1971 (derogada) se conoció en Cuba como “ley contra la vagancia”, consideró la vagancia como índice de peligrosidad y delito, posteriormente la Ley 1267 de 8 marzo 1974 (derogada) adiciona al artículo 2 de la Ley 1166 Ley de Justicia Laboral de 23 septiembre 1964, como causal de medida disciplinaria, el inciso j) el homosexualismo ostensible y otras conductas socialmente reprochables que proyectándose, inciden nocivamente en la educación, conciencia y sentimientos públicos y en especial de la niñez y la juventud por parte de quienes desarrollen actividades culturales o artísticas-recreativas desde centros de exhibición o difusión. En esos casos se imponía al trabajador la medida de separación definitiva del puesto de trabajo o cargo o la de traslado definitivo a otro puesto o cargo, dentro o fuera

trabajo obligatorio en los países del bloque comunista y aún se mantienen en la legislación sustantiva cubana en materia de trabajo.⁴⁰

Muy discutido del anteproyecto de ley del Código de los Procesos, materia de trabajo, fue el de los principios. Este autor consideró y siempre expuso la necesidad de que estuviesen plasmados en el proceso de trabajo los principios de esta rama autónoma del derecho, pero no fructificaron nuestras opiniones. La legislación de trámites —derogada—⁴¹ instituyó los principios que regían en todos los procesos laborales: celeridad, sencillez, oralidad del procedimiento e impulso de oficio en su sustanciación;⁴² a esta legislación le criticamos siempre las confusiones que tuvo entre proceso y procedimiento, pues la tercera parte debió denominarse “Del proceso laboral” y los principios enunciados ser del proceso no de los procedimientos; sin embargo, no es objeto de discusión que la tutela procesal del trabajador es en extremo necesaria, las desigualdades entre empleadores y trabajadores se agravan cuando éstos litigan, razón por la cual el esquema del proceso laboral se estructura para lograr el equilibrio mediante la tutela o protección del más débil.

No podemos valorar que todos los principios puedan ser aplicables al proceso de trabajo, es coincidente en la literatura procesal encontrarnos, como regla general, al demandante con la carga de la prueba, que estudiamos desde el Código de Justiniano,⁴³ pero en el proceso de trabajo, en materia disciplinaria, esta regla es excepcional, ya que es el demandado (empleador) el que tiene la carga de la prueba, quien de no probar las faltas disciplinarias del trabajador prevalecerá la pretensión del trabajador de exoneración o modificación de su medida disciplinaria.

del centro de trabajo en el que la actividad laboral no tuviese las características señaladas en el referido inciso j) del artículo 2 de esa Ley. Para hacer efectiva la rehabilitación era necesario que no se hubieran cometido, dentro de plazos establecidos, nuevas violaciones de la disciplina laboral y, en su caso, que existiera evidencia de haber cesado real y efectivamente la conducta a que alude el inciso.

⁴⁰ Rodríguez Coquet, Roberto Jesús, “Diagnóstico de la jurisdicción y la competencia en las normas procedimentales de solución de conflictos individuales disciplinarios del trabajo en el sector estatal cubano: el debido proceso y sus afectaciones”, *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, núm. 5, primer semestre, enero-junio de 2021, p. 21.

⁴¹ Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977, tercera parte, “Del procedimiento laboral”, artículos del 738 al 996.

⁴² *Ibidem*, artículo 696.

⁴³ “Actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse praestet, obtinebit” (no probando el actor, ganará el demandado, aunque nada hubiere alegado), “actore non probante, reus est absolendus” (si el actor no prueba, hay que absolver al reo) en lib. II, tít. I, Ley 4a.

Principios generales del derecho y otros deben observarse en el proceso de trabajo cubano: el Código de Trabajo vigente⁴⁴ que debía ser una legislación sólo sustantiva, estableció los principios que rigen en la solución de los conflictos del trabajo⁴⁵ y aunque consideró como tales los principios del proceso de trabajo al no plasmarlos en la legislación de procesos vigentes, estamos presentes ante la máxima “donde la ley no distingue no cabe distinción” y no es viable plasmar en un litigio en materia de trabajo como fundamentos de derecho, en la apreciación de un principio determinado, la legislación que regula el conflicto de trabajo, que se ventila en la vía prejudicial obligatoria de solución de conflictos y al llegar a la vía judicial ese conflicto se convierte en litigio. No hay enunciación por disposición jurídica normativa de: ¿cuáles son los principios del proceso jurisdiccional de trabajo cubano?

Consideramos: principios generales del derecho en el proceso de trabajo que deben observarse: *nulla poena sine lege, non bis in idem* y *nullum crimen sine lege*. Los principios informadores serían: “...aquellos que orientan al intérprete en defensa de la parte que tradicionalmente se ha considerado menos protegida en la relación laboral, y en este sentido se mencionan los cuatro siguientes:

1. Principio pro operario.
2. Principio de norma más favorable.
3. Principio de condición más beneficiosa.
4. Principio de irrenunciabilidad.⁴⁶

En nuestro entorno jurídico y cultural apreciamos:

La doctrina “juslaboralista” del continente ha sostenido una gama de principios a los que ha otorgado el valor de sostén del derecho procesal del trabajo. Su enunciación se vincula necesariamente con el análisis de los problemas actuales de la justicia del trabajo y las propuestas que pueden efectuarse en aras de una insoslayable modernización. Se ha dicho entonces, que el procedimiento laboral se apoya en las ideas de impulso procesal de

⁴⁴ Ley núm. 116, Código de Trabajo de 2013.

⁴⁵ *Ibidem*. Artículo 168: En la solución de los conflictos de trabajo rigen los principios procesales siguientes: inmediatez, comparecencia de las partes, celeridad, sencillez, impulso de oficio, oralidad, publicidad, respeto a la legalidad, intermediación.

⁴⁶ Gómez de Liaño, F. *et al.*, *Derecho procesal laboral*, Oviedo, Fórum, 1990, p. 120.

oficio, gratuidad, intermediación, concentración procesal, *in dubio pro operario*, búsqueda de la verdad real y celeridad.⁴⁷

Los principios del proceso de trabajo,⁴⁸ coincidentes en la literatura jurídica que compartimos son:

Principio de oralidad:

...partiendo de la necesaria garantía de igualdad real de las partes litigantes en el proceso, los diferentes sistemas jurídicos de nuestro ámbito cultural se inclinan por mantener que en el procedimiento laboral prime la oralidad sobre la escritura, conclusión ésta de la que se derivan las restantes notas que caracterizan el citado procedimiento, y que son: la celeridad, la intermediación y la concentración, de las que a su vez se deducen otras características no por adjetivas menos importantes. Es curioso constatar en este punto, por cierto, que tales principios básicos del procedimiento laboral se han venido perpetuando a lo largo del tiempo, y ello pese a los cambios, incluso de régimen político, conocidos en los diferentes países de nuestro entorno.⁴⁹

Principio de celeridad: “Primera derivación del principio de oralidad... por el que se aspira a eliminar las trabas que para la tutela judicial efectiva supone la administración premiosa de justicia” (Montoya). En definitiva, la adopción de la oralidad como criterio de desarrollo procesal conduce directamente a la simplificación y a la rapidez del procedimiento (Rodríguez Piñero).

La importancia del principio expuesto se hace patente cuando comprobamos que para muchos procesalistas “la celeridad y brevedad en el proceso constituye «el objetivo primordial perseguido en el proceso especial de trabajo» (Rodríguez Piñero que cita a Hinojosa, Mendoca Lima, Russomano)”.⁵⁰

Principio de intermediación:

Por intermediación se entiende en general “la directa relación entre juzgador y partes” (Montoya). En concreto, a través del principio de intermediación se

⁴⁷ Sappia, Jorge, *Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Proyecto CIMT – OIT, Documento de Trabajo 149, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2002, p. 17, disponible en: <http://white.oit.pe/cimt/nn/documentos/149e.pdf>, consultado el 1o. de abril de 2022.

⁴⁸ Sagardoy Bengoeche, Juan A. a: “El proceso laboral: principios informadores”, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/47.pdf>, p. 7, consultado el 1o. de abril de 2022.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

destaca la necesidad de que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de las que saca su convencimiento y haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos, con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos, y no en referencias ajenas (Montero Aroca, que sigue a Chiovenda). El principio de inmediación conduce obligatoriamente a determinadas y muy importantes consecuencias, como son el protagonismo del juzgador en el proceso, y la imposibilidad de su sustitución por otro.⁵¹

Principio de concentración:

[C]omo consecuencia del predominio de la oralidad, se acepta generalmente que el procedimiento laboral viene presidido por el principio de concentración, lo que conlleva, desde una perspectiva temporal, que “los actos procesales no pueden separarse en el tiempo por plazos interrumpidos” (Montoya), o que, de existir tales plazos, sean los más breves posibles, y, desde el punto de vista procesal, que las partes aporten en el juicio la totalidad del material del proceso (Rodríguez Piñero)... Con relación al contenido del proceso, la concentración significa que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales, no impiden la entrada en el fondo del asunto, no provocan un procedimiento independiente y son resueltas en el momento de la sentencia definitiva (Montero Aroca, que sigue a Klein)... En general, pues, puede afirmarse que la concentración es el aspecto temporal de la inmediación (Rodríguez Piñero), a la que antes nos referimos.⁵²

Principio de gratuidad: tiene como fundamento la posición de inferioridad del trabajador, lo cual provoca una legislación tuitiva de sus intereses, estableciéndose una presunción *iuris et de iure* de insuficiencia económica para afrontar los gastos y costas del proceso.⁵³

Principio del impulso judicial:

...se señala también con dos principios: impulso de parte o impulso oficial. Según el primero el proceso avanza a instancia de parte, pues son éstas

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 12.

⁵³ “Principios del proceso laboral”, disponible en: <http://www.nb.es/dtss/asignaturas/programas/dpt/leccion3/esquema.htm>, consultado el 1o. abril de 2022.

las que deben de solicitar del juez que declare terminada una fase procesal y que abra la siguiente; cuando rige el segundo (entonces se dice también de oficio) el órgano jurisdiccional dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin necesidad de petición de parte.⁵⁴

Principio protectorio: su finalidad es proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, se orienta a equilibrar las diferencias existentes entre el trabajador y el empleador. Se manifiesta mediante tres reglas: *in dubio pro operario*;⁵⁵ norma más favorable y principio de irrenunciabilidad.⁵⁶

Compartimos los razonamientos de Marisol Pérez Sagarna: "...el principio de primacía de la realidad, no tiene un valor absoluto en el proceso laboral porque éste debe funcionar en concordancia con las reglas del proceso"⁵⁷ y

...este principio (lealtad procesal) contribuye a hacer efectivo el principio de veracidad. Algunos tratadistas al referirse al mismo, lo denominan principio de probidad o buena fe. Consiste en el deber de decir la verdad en el proceso. Lo que se busca es evitar que se empleen actitudes que no conduzcan al cumplimiento de la finalidad en una adecuada administración de justicia.⁵⁸

3. Dispersión legislativa procesal y procedimental en materia de trabajo:

— El conflicto de trabajo se regula en el Código de Trabajo⁵⁹ y su Reglamento,⁶⁰ siendo criticable que ambas legislaciones sustantivas ten-

⁵⁴ Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional*, *cit.*, p. 546.

⁵⁵ Expresión latina; significa que cuando el juzgador tenga dudas acerca de quién tiene la razón, la misma debe resolverse a favor del trabajador por ser la parte más débil en la relación de trabajo, puede interpretarse en términos amplios, si se acepta que todo tipo de duda, incluso la que tenga que ver con los hechos, favorece al trabajador, procesalmente sólo está permitido resolver la duda a favor del trabajador, cuando se origine en la interpretación de las normas ya sean legales o convencionales.

⁵⁶ Pérez, Marisol, "Principio protectorio y principio de irrenunciabilidad", disponible en: <http://marisolperezsagarna.blogspot.es>, pp. 1- 3, consultado el 31 marzo de 2022.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁹ Ley núm. 116, del 20 de diciembre de 2013, capítulo XIII, "Solución de conflictos de trabajo".

⁶⁰ Decreto núm. 326, Reglamento del Código de Trabajo, capítulo XIII, "Solución de conflictos de trabajo", del 12 de junio de 2014.

gan regulaciones procesales —causa fundamental— la inexistencia de una legislación específica procesal de trabajo cubana.

- El Proceso Sumario del Trabajo y de la Seguridad Social se establece en el Código de Procesos de 2021.
- La Ley 140 de los tribunales de justicia de 2021⁶¹ en su capítulo II, “Sistema de tribunales de justicia”, establece la jurisdicción de éstos.
- El Acuerdo 277 de 2021 del Tribunal Supremo Popular modificó la denominación, sede y competencia de las estructuras de los tribunales de justicia en todo el país.
- El Acuerdo 87 de 2022 del Tribunal Supremo Popular establece las disposiciones sobre el ejercicio de la función judicial y el sistema de tribunales de justicia (entre otros asuntos y procedimientos).

4. Lagunas intertemporales (conflicto de leyes en el tiempo).⁶² El Código de Procesos no derogó los artículos procesales y procedimentales vigentes de otras legislaciones:

<i>Legislaciones en conflicto</i> (artículos)	
<i>Código de Trabajo</i>	<i>Código de Procesos</i>
174: El Órgano de Justicia Laboral es primera y única instancia de reclamación (en medidas disciplinarias que no cambian el estatus jurídico del trabajador).	24.3: El Tribunal Municipal Popular conoce, en materia del trabajo... a) Las demandas con causa en la aplicación de las medidas disciplinarias.
176: Contra lo resuelto por los tribunales municipales populares en materia de disciplina... no procede recurso en lo administrativo, ni en lo judicial.	25.3: El Tribunal Provincial Popular conoce, c) los recursos de apelación contra las resoluciones definitivas adoptadas por el Tribunal Municipal Popular.

⁶¹ *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria, núm. 137, del 7 de diciembre de 2021.

⁶² Hernández, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit. “El diagnóstico que gran parte de la doctrina realiza del problema descrito es el siguiente: hay un conflicto entre los dos enunciados jurídicos... dado que éstos establecen consecuencias incompatibles u opuestas para el mismo caso... Es un ejemplo de lo que la propia doctrina jurídica denomina “conflicto de leyes en el tiempo”, p. 471. “...aparece el conflicto: dos enunciados jurídicos que regulan el mismo caso de forma incompatible”, p. 472.

178: Las partes pueden solicitar procedimiento de revisión ante el Tribunal Supremo Popular, contra las sentencias firmes dictadas por los tribunales municipales populares... si la medida inicial impuesta es la separación definitiva de la entidad...	26: El Tribunal Supremo Popular conocerá: c) los procesos de revisión. ⁶³ 441: las resoluciones firmes sólo pueden ser examinadas mediante el proceso de revisión...
Reglamento del Código de Trabajo, artículo 181: El trabajador (o el empleador)... pueden solicitar un procedimiento de revisión (contra la medida disciplinaria de separación del sector o actividad) ante el jefe del órgano, organismo, entidad nacional u organización superior de dirección o el cuadro ⁶⁴ en quien éstos deleguen...	25.3: (El Tribunal Provincial Popular conoce), a) Las inconformidades con la aplicación de la medida disciplinaria de separación del sector o actividad (del cual no es competente el Tribunal Municipal Popular). ⁶⁵

FUENTE: elaboración propia.

VII. EPÍLOGO

Las nuevas disposiciones jurídicas normativas para la solución de los litigios individuales disciplinarios del trabajo en la República de Cuba, vigentes a partir del 1o. de enero de 2021, en parte, tuvieron presentes los resultados de esta investigación, el principal: la regulación jurídica del debido proceso en los tribunales de justicia para la solución de todos los litigios del trabajo, incluyendo los disciplinarios, cumpliéndose el artículo 94 constitucional: “Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial...” y con ello la eliminación del error judicial.

⁶³ Se origina el proceso de revisión al impugnarse cualquier resolución judicial firme, sin distinguir tipo de medida disciplinaria impuesta.

⁶⁴ *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria, núm. 30, 19 de marzo de 2021, Decreto Ley núm. 13, “Sistema de trabajo con los cuadros del Estado y del gobierno y sus reservas”, del 18 de junio de 2022, artículo 5.1. Los cuadros se desempeñan en la función pública y se definen como trabajadores que poseen la capacidad laboral requerida, una sólida preparación técnico-profesional, habilidad de dirección, disciplina, constante exigencia... 2. Ocupan, por elección o designación, los cargos de dirección... 3. Es cuadro también el que contempla dentro de sus funciones la asesoría a los directivos superiores...”, p. 886.

⁶⁵ Procede el proceso de revisión contra la resolución judicial que resuelva este tipo de litigio disciplinario.

Se mantienen como insuficiencias: la dispersión legislativa en la materia procesal; la no promulgación de una legislación específica para el proceso de trabajo; el Código de Procesos reguló el *proceso sumario del trabajo y de la seguridad social* que puede interpretarse como un tipo procesal civil y priva al proceso de trabajo de su autonomía, argumentación teórica y conceptual como precedente a la legislación sustantiva. Ausencia de regulación por disposición jurídica normativa de los principios del proceso de trabajo que sirvan al juez para la tramitación y decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento en los tribunales de justicia y a su vez en la interpretación de las legislaciones. El Código de Procesos no derogó la totalidad de las disposiciones jurídicas normativas vigentes para la solución de los litigios del trabajo en sede judicial, existiendo lagunas intertemporales que urge solucionar para lograr la eficacia de la norma procesal de trabajo.

VIII. RECONOCIMIENTOS

A mis directores de tesis, por el acompañamiento en todo el proceso investigativo, su orientación y apoyo hasta el acto de defensa: profesores titulares doctora Zaida Valdés Estrada y doctor Rolando Antonio Ríos Ferrer, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente.

Al doctor Rolando Pavó Acosta por su exigencia metodológica.

Al magistrado del Tribunal Supremo Popular cubano Antonio Raudilio Martín Sánchez, por sus oportunos y atinados consejos en materia de proceso jurisdiccional de trabajo.

A mi familia y amigos: por su apoyo incondicional en todo momento.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Ma., *Derecho del trabajo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2006.

BEJERANO, Silvia, *Principios del derecho laboral*, disponible en: <http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/09/principios-del-derecho-laboral.doc>.

CANGA, Marcelo Alejandro, “Constitución y principios procesales en el proceso laboral”, disponible en: www.savador.edu.ar/juri/dadpc/canga.pdf.

- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Argentina, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, t. II, 1944.
- MANSO LANCHE, Jané (coord.), *Los retos del debido proceso ante los nuevos paradigmas del derecho procesal*, La Habana, Ediciones ONBC, 2019.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F. *et al.*, *Derecho procesal laboral*, Oviedo, Fórum, 1990.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, *La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución*, ponencia presentada en el II Congreso Regional de Relaciones Laborales de Castilla y León, abril de 2000.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.
- IRURETA URIARTE, Pedro, “Reglas y principios en el derecho del trabajo. Una mirada desde el derecho del trabajo chileno”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 32, enero-junio de 2021.
- LIMONTA MONTERO, Reynier y MONDELO TAMAYO, Jorge Oliver, “Debate constitucional en el marco de la actualización del modelo económico cubano”, *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, núm. 23(1), Colombia, 2014, disponible en: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5177>.
- “Los principios del proceso laboral. Portal jurídico legal”, disponible en: <http://forodelderecho.blogcindario.com>.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Antonio Raudilio, “Apuntes para una reforma del sistema de justicia laboral cubano”, *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, núm. 23 y 24, enero-diciembre de 2004.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2019.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, “Hacia una concepción unitaria del derecho procesal en Cuba”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 26, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, julio-diciembre de 2005.
- MONTERO AROCA, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional*, 3a. ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1993.
- MONTERO AROCA, Juan, *El proceso laboral*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1993.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”, *Dikaion Revista de fundamentación jurídica*, 24 (1), Colombia, 2015, disponible en: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5177>.

- PÉREZ SAGARNA, Marisol, “Principio protectorio y principio de irrenunciabilidad”, disponible en: <http://marisolverezsagarna.blogspot.es>.
- POZO VILLAMIL, María de Lourdes del *et al.*, “Análisis del abandono en materia laboral y su incidencia en el debido proceso y en la seguridad jurídica ecuatoriana”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 34, México, enero-junio de 2022.
- “Principios del proceso laboral”, disponible en: <http://www.ub.es/dtss/asignaturas/programas/dpt/leccion3/esquema.htm>.
- REPILADO, Ricardo, *Metodología de la investigación bibliográfica*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1982.
- RODRÍGUEZ COQUET, Roberto Jesús, “Diagnóstico de la jurisdicción y la competencia en las normas procedimentales de solución de conflictos individuales disciplinarios del trabajo en el sector estatal cubano: el debido proceso y sus afectaciones”, *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Managua, vol. 3, núm. 5, enero-junio de 2021.
- RUSSOMANO MOZART, Víctor, *Derecho del trabajo*, México, Cárdenas Editor, 1982.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., “El proceso laboral: principios informadores”, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/47.pdf>.
- SAPPÍA, Jorge, *Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Proyecto CIMT–OIT, 20. *Documento de Trabajo 149*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2002, disponible en: <http://white.oit.pe/cimt/nn/documentos/149e.pdf>.
- SOBERÓN VALDÉS, Francisco, “Informe de los resultados económicos del año 2005 y las perspectivas económicas y sociales del 2006”, *Periódico Granma, Suplemento Especial*, La Habana, 23 de diciembre de 2005.
- VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis Librería, 1984.
- ZAMBRANO, Pilar, “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *Dikaion Revista de fundamentación jurídica*, Colombia, núm. 23(2), 2015 disponible en: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/3550>.

EL NIVEL DE RECONOCIMIENTO Y DE LAS GARANTÍAS PARA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN REMUNERATIVA EN RAZÓN DEL SEXO EN AMÉRICA LATINA*

THE LEVEL OF RECOGNITION AND GUARANTEES
FOR THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT
TO NON-DISCRIMINATION IN REMUNERATION
BASED ON SEX IN LATIN AMERICA

LE NIVEAU DE RECONNAISSANCE ET DE GARANTIE
DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION
DANS LA RÉMUNÉRATION FONDÉE SUR LE SEXE
EN AMÉRIQUE LATINE

Irene ROJAS MIÑO**

RESUMEN: A partir de la definición del derecho de no discriminación remunerativa, particularmente su fundamentación y contenido, este trabajo analiza el estado de reconocimiento de tal derecho en el ámbito latinoamericano, tanto en el sistema jurídico interamericano como en el de los Estados que lo integran, como de las medidas que se han establecido para garantizar la efectividad de este derecho, analizando al efecto si se han incorporado los instrumentos jurídicos referidos por los instrumentos internacionales, entre otros, el de la evaluación de los puestos de trabajo.

Palabras clave: derecho de no discriminación remunerativa, América Latina.

* Recibido el 31 de mayo de 2022, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023. Este artículo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación ANID Chile, Fondecyt Regular núm. 1191000, “Definición de los instrumentos que garanticen la igualdad de remuneraciones entre mujeres y hombres”.

** Licenciada en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile. Doctora en derecho por la Universidad de Valencia, España. Profesora de Derecho del trabajo, e investigadora en el Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Talca, Chile. ORCID: 0000-0001-9955-3550.



ABSTRACT. Based on the definition of the right to non-discrimination in remuneration, particularly its rationale and content, this paper analyzes the status of recognition of such right in the Latin American sphere, both in the inter-American legal system and in that of the countries that comprise it, as well as the measures that have been established to guarantee the effectiveness of this right, analyzing to that effect whether the legal instruments referred to by international instruments have been incorporated, among others, that of job evaluation.

Keywords: right to non-discrimination in remuneration, Latin America.

RÉSUMÉ: Partant de la définition du droit à la non-discrimination en matière de rémunération, en particulier de son fondement et de son contenu, cet article analyse l'état de la reconnaissance de ce droit dans la sphère latino-américaine, tant dans le système juridique interaméricain que dans celui des pays qui le composent, ainsi que les mesures qui ont été établies pour garantir l'effectivité de ce droit, en analysant à cet effet si les instruments juridiques auxquels se réfèrent les instruments internationaux ont été incorporés, entre autres, celui de l'évaluation des emplois.

Mots-clés: droit à la non-discrimination en matière de rémunération, Amérique latine.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de no discriminación remunerativa: su evolución y actual configuración.* III. *El reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa en América Latina.* IV. *Las limitadas medidas de tutela.* V. *Conclusiones y reflexiones finales.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La comunidad internacional ha reconocido el derecho de no discriminación remunerativa, tal como lo plantea el Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre igualdad de remuneración (de 1951) y de la Convención para la Eliminación de toda discriminación en contra de la Mujer, de Naciones Unidas (de 1979); en cuanto dichos instrumentos, junto con reconocer el derecho que incluye una igual remuneración tanto por un mismo trabajo como por trabajo de igual valor, establecen la obligación de los Estados de instaurar las medidas requeridas para superar

dicha discriminación, incluida la evaluación de los puestos de trabajo con base en criterios objetivos.

También es cierto que varios sistemas han desplegado diversas políticas públicas, a partir de las cuales han establecido instrumentos jurídicos específicos, particularmente en el ámbito de las relaciones de trabajo, a fin de garantizar el derecho señalado, incluida una entidad de carácter supranacional como es la Unión Europea.

Sin embargo, poco se sabe respecto de los países latinoamericanos en cuanto a si han reconocido este derecho y establecido algunas de las medidas tendentes a garantizar, salvo la información que entrega un estudio general sobre la materia¹ y determinados análisis específicos efectuados al interior de algunos de estos países.² Además, la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) tampoco ha reconocido el derecho referido, toda vez que tan sólo lo ha limitado al “igual trabajo”, lo que, como es sabido, sólo constituye una versión restringida del derecho de no discriminación remunerativa.

Ciertamente, la comunidad actual reivindica la vigencia y efectividad de este derecho en cuanto a la brecha salarial, esto es “la diferencia entre los ingresos medios de hombres y mujeres como porcentaje de los ingresos de los hombres”³—que en términos globales asciende a 19.0—⁴ y plantea como uno de sus componentes el de la discriminación, el que se integra a la denominada “parte no explicada”⁵ cuya participación en la brecha salarial varía según

¹ Lexartza Artza, Larraitz *et al.*, *La brecha salarial entre hombres y mujeres en América Latina. En el camino hacia la igualdad salarial*, Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Informe Técnico, núm. 16. 2019, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_697670.pdf.

² Los que coinciden con los sistemas en que se han planteado medidas específicas sobre alguna dimensión del derecho de no discriminación remunerativa, son Perú, Colombia y Chile. En Perú, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, SPDTSS, *¿Qué implica la igualdad salarial al interior de las empresas?*, en VIII Congreso, Chiclayo, 24-26 de octubre de 2018, pp. 417-559, disponible en: <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/VIII-Congreso-Nacional-Chiclayo-oct-2018.pdf>. En Colombia, Molina Monsalve, Carlos, *La aplicación del principio de igualdad salarial*, Colombia, Legis Editores, 2019. En Chile, Rojas Miño, Irene, *El derecho de no discriminación remunerativa por causa de sexo en Chile*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2022.

³ Oelz, Martín, *et al.*, *Igualdad salarial. Guía introductoria*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2013, p. 14.

⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Informe Mundial sobre Salarios 2018/19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, p. xviii.

⁵ Chicha, Marie-Therese y OIT, *A Comparative Analysis of Promoting Pay Equity: Models and Impacts*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, pp. 11 y ss.

los diversos estudios,⁶ pero que en todo caso constituye una parte importante de esta brecha salarial.⁷ Aunque, por cierto, y como ha señalado la doctrina laboralista,⁸ la totalidad de la brecha salarial no es sino manifestación de la discriminación que afecta a la mujer en la sociedad, en general, y en el trabajo, en particular. En todo caso, los instrumentos requeridos difieren en su contenido según cuál sea la causa de la brecha salarial, lo que requiere identificar los que correspondan a cada una de las causas referidas y, en este trabajo, los que permiten superar la discriminación remunerativa.

Pues bien, este trabajo plantea dar cuenta del estado de reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa en los sistemas jurídicos de los países de América Latina y de las medidas que se han establecido para garantizar la efectividad de este derecho; así, en este último sentido, se analizará si se han incorporado los instrumentos jurídicos referidos por los instrumentos internacionales, entre otros, el de la evaluación de los puestos de trabajo.

A estos efectos, este trabajo se estructura en tres secciones, además de la presente “Introducción” y la de “Conclusiones y reflexiones finales”. En la primera sección se plantean las bases del derecho de no discriminación remunerativa en cuanto a su fundamentación y contenido. En las dos secciones siguientes se da cuenta, por una parte, del reconocimiento efectuado de este derecho por el sistema interamericano y los países de América Latina y, por otra, de los sistemas que han adoptado medidas activas frente a la discriminación remunerativa y del contenido y eficacia de tales medidas.

II. EL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN REMUNERATIVA: SU EVOLUCIÓN Y ACTUAL CONFIGURACIÓN

Si bien el derecho de no discriminación remunerativa se fundamenta en el principio general de igualdad y en el específico de igualdad remunerativa, se presenta una evolución hasta llegar a su concreción como derecho de no discriminación. A la vez, también se presenta una evolución en cuanto a su contenido, el que transita desde la referencia a “un mismo trabajo” hasta llegar al de “trabajos de igual valor”.

⁶ Si bien se han efectuado mediciones, las que varían entre 1/5 y 4/5 del total de la brecha, las diferencias metodológicas no permiten efectuar conclusiones globales (Chicha, *op. cit.*, p. 5).

⁷ OIT, *op. cit.*, p. xxiii.

⁸ Ballester, Ma. Amparo, *La discriminación retributiva por razón de sexo*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 10 y 11.

En efecto, la fundamentación directa del derecho de no discriminación remunerativa se basa en los principios de igualdad y, consiguientemente, de igualdad remunerativa, los que han sido reconocidos como derechos fundamentales en los diversos tratados internacionales, tal como se plantea en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, la que también expresamente reconoce la igualdad de salario, pero lo limita al “trabajo igual” (artículo 23.2). No será sino hasta 1970 que Naciones Unidas, a través del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, reconozca en el derecho a “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor” (artículo 7.a.i).

Sin embargo, han sido instrumentos internacionales específicos los que han explicitado el principio de igual remuneración al incorporar la trascendental referencia al trabajo de igual valor entre mujeres y hombres. Así, desde el derecho internacional del trabajo, el citado Convenio Núm. 100 de la OIT establece la obligación de cada Estado de “garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2.1). Igual reconocimiento efectúa la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, 1979 (en adelante, la Convención de NU), la que lo incorporó en la sección laboral: “El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo” (artículo 11, letra d). Cabe resaltar que esta Convención dio origen a un órgano de seguimiento y control, el CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer), del que emana una importante doctrina sobre la aplicación de este principio.

Además, tratados internacionales de ámbito regional han reconocido expresamente el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor, tal como sucede en Europa a partir de la Carta Social Europea de 1961.⁹ Con posterioridad, la Unión Europea ha sido fuente de una extensa normativa que reconoce y desarrolla la garantía de igual retribución entre mujeres y hombres,¹⁰ junto con

⁹ La que expresamente reconoce en su artículo 4, 3: “...el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor”.

¹⁰ Como ha señalado Arrigo, Gianni, *Diritto del Lavoro dell' Unione Europea*, Varazze, PM Edizione, 2018, p. 265, el principio de igualdad y el de no discriminación constituyen “valores, principios y derechos fundamentales de la UE, lo que incorpora el principio de igualdad entre hombres y mujeres, incluida la no discriminación salarial, que se reconoce tanto en el derecho originario como en el derivado”.

establecer las garantías para su efectividad,¹¹ normativa que también se manifiesta en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

En la perspectiva de las normas internacionales de carácter regional en el ámbito latinoamericano, cabe hacer notar la tardanza del reconocimiento del derecho de igual remuneración respecto del trabajo, el que sólo se efectuó a través del Protocolo de San Salvador en 1988 y que lo limitó a la igual remuneración por igual trabajo, en cuanto establece “un salario equitativo e igual por trabajo igual”.¹²

En todo caso, el contenido del objeto de comparación es la remuneración en su sentido amplio, independientemente de la denominación que se utilice o se le otorgue en un concreto ordenamiento jurídico, que comprende todos los pagos que efectúa el empleador al trabajador. Así, el Convenio 100 de la OIT la refiere a “el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último” (C.100, artículo 1 a). Al respecto, la interpretación de la OIT plantea que “[s]e debería dar al término «remuneración» la interpretación más amplia que sea posible”¹³ y que la expresión “cualquier otro emolumento” es genérica¹⁴ toda vez que comprende tanto las contraprestaciones por el trabajo como los demás pagos que nacen del empleo, es decir, los emolumentos indirectos.

¹¹ Sobre la materia, véase, entre otros, Ballester, Ma. Amparo, “La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea”, *Revista Documentación Laboral*, España, vol. 3, núm. 115, 2018, pp. 13-31.

¹² Artículo 7, letra a), del Protocolo de San Salvador.

¹³ Oelz, *op. cit.*, p. 38, y OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Conferencia Internacional del Trabajo, 101a. reunión, 2012, *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf, p. 307, “La razón de establecer una definición tan amplia es que si sólo se comparan los sueldos básicos, no se refleja gran parte del valor monetario percibido por el desempeño de un trabajo, aunque esos componentes adicionales suelen ser considerables y cada vez componen una parte más importante de los ingresos totales y es por ello que en el Convenio se incorporaron las referencias a los pagos tanto directos como indirectos”.

¹⁴ OIT, Informe..., *cit.*, p. 309, y agrega: “El uso ha permitido que el Convenio siga siendo pertinente a medida que se añaden diferentes componentes a los pagos y prestaciones globales que tal vez no hubieran sido previstos en el momento en que se adoptó el Convenio”.

1. *Evolución e identidad del derecho de no discriminativa remunerativa*

Si bien el derecho de no discriminación tiene su origen en el principio de igualdad, durante el siglo XX adquiere una identidad propia que es reconocida por diversos sistemas.¹⁵ En efecto, este derecho se define en razón de grupos de personas que en la sociedad actual son víctimas de tratos diferenciados en razón del supuesto que los identifica,¹⁶ requiriendo que dichas acciones y comportamientos sean corregidos y eliminados mediante la tutela antidiscriminatoria, es decir “exigiendo un trato desigual compensador (tratamiento equitativo) o acción positiva para lograr que la igualdad de los colectivos marginados sea real y efectiva”.¹⁷ Así, en la perspectiva dogmática que emana de las construcciones jurídicas de diversos sistemas comparados,¹⁸ este derecho de no discriminación remunerativa es manifestación del principio de igualdad y tiene un contenido específico que es inherente al mismo:¹⁹ “Este es el de la tutela antidiscriminatoria, que impone la paridad de trato, suprimiendo diferencias de trato socialmente existentes”.²⁰

Ciertamente que es indiscutible la existencia de la discriminación que afecta a las mujeres en general y específicamente en el ámbito laboral, tratándose no de casos aislados sino que de una discriminación sistémica, en cuanto “deriva de reglas, políticas y prácticas organizacionales que excluyen o perjudican a las personas según su pertenencia a un grupo”.²¹ Esta discriminación afecta particularmente la remuneración de las mujeres, la que se manifiesta en la brecha salarial, configurándose la discriminación retributiva en razón de sexo, tal como ha señalado la doctrina iuslaboralista, en el *paradigma de discriminación sistémica*.²² Respecto del reconocimiento internacional de este de-

¹⁵ Sobre la materia, Rodríguez, Sarai, *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 148-155.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 148.

¹⁸ Lazo Torres, Vicente, *La discriminación directa e indirecta de carácter remunerativo por razón de sexo dentro de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, tesis de magister en derecho del trabajo y de la seguridad social por la Universidad de Talca, marzo de 2022, pp. 7-11.

¹⁹ Rodríguez, *op. cit.*, p. 148.

²⁰ *Idem*.

²¹ Sheppard, Collen, “Contester la discrimination systemique au Canada: Droi et Hangement organisationnel”, *La Revue des Droits de l’Homme*, núm. 18, Canadá, 2018, p. 2.

²² Cabeza, Jaime, “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales de la Universidad del País Vasco*, España, núm. 25, 2012, pp. 79-98.

recho de no discriminación remunerativa, se concluye que la normativa de la OIT y específicamente el Convenio 100 sí han reconocido el derecho de no discriminación remunerativa en los términos señalados, en cuanto, además de la obligación del establecimiento de las medidas referidas por parte de los Estados, el mismo Convenio 100 define que la expresión *igualdad de remuneraciones* “designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”; además, tras siete años de haberse dictado el Convenio 100, la misma OIT aprobó el Convenio 111 (1958) sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Por lo demás, su originaria alusión al derecho de igual remuneración ya lo refiere al “trabajo de igual valor”, identificando de esta manera no sólo el trato diferenciado por un mismo trabajo, sino que por las diversas formas de discriminación que la doctrina jurídica identificará y denominará como directa e indirecta.

Además, los tratados internacionales específicos sobre el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor no agotan su reconocimiento en su establecimiento, sino que conjuntamente establecen las medidas que necesariamente deben adoptar los respectivos Estados a fin de garantizar la efectividad del derecho. Así, la OIT establece en el Convenio 100 la obligación de cada Estado de “promover... y garantizar... la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2.1). La Convención UN define, por su parte, el compromiso de los Estados de “adoptar las medidas adecuadas para eliminar las discriminaciones que afectan a la mujer en el empleo” y asegurar el derecho de igual remuneración respecto a un trabajo de igual valor (artículo 11, letra d).

2. *Del derecho de no discriminación remunerativa “por igual trabajo” al de “trabajo de igual valor”*

En forma paralela al reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa, la definición jurídica adoptada explícita que este derecho se plantea frente a las diversas formas de discriminación remunerativa que afectan a las trabajadoras, es decir, tanto directas como indirectas, considerando las que afectan a la remuneración por un mismo trabajo como por trabajos distintos pero que son de un igual valor.

En todo caso, estas expresiones de discriminación remunerativa se enmarcan en categorías generales que ya habían sido definidas por la disciplina del

derecho antidiscriminatorio,²³ tal cual son, precisamente, las de discriminación directa e indirecta.²⁴ La discriminación remunerativa, además de presentar ambas categorías, plantea al interior de cada una de ellas diversas manifestaciones, todas necesarias a considerar al momento de definir los instrumentos jurídicos para la efectividad del derecho de no discriminación. Si bien la discriminación directa es la más evidente, en cuanto se efectúa con base en el criterio que define a la persona que es discriminada,²⁵ se constata la prevalencia de discriminación indirecta en cuanto devalúa el trabajo que desempeñan mayoritariamente las mujeres, la que se configura a través de prácticas o medidas que siendo formalmente neutras generan un efecto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo,²⁶ en este caso desfavoreciendo a las mujeres, en su clasificación laboral o en sus remuneraciones.²⁷ Esta discriminación de remuneraciones incorpora dos supuestos: el de infravaloración de los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres y el de tratamiento diferenciado de modalidades contractuales utilizadas principalmente por mujeres.²⁸

²³ Muñoz León, Fernando, “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción contra la discriminación”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 31, núm. 2, 2018, p. 176; en cuanto plantea que el derecho antidiscriminatorio se ha “constituido plenamente como una rama relativamente específica del saber jurídico y de la práctica jurisprudencial”.

²⁴ Al respecto, véase entre otros, Barrere, Ángeles *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, y Sáez, Carmen, *Mujeres y mercado del trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994.

²⁵ Así, la discriminación directa presenta remuneraciones distintas en razón del sexo, aun cuando se realice el mismo trabajo, por lo que el criterio de diferenciación es el sexo del trabajador, una mayor cuantía si es hombre, un menor monto si es mujer. A su vez, esta categoría de discriminación presenta expresiones diversas: *a*) por trabajos iguales y que tienen la misma denominación; *b*) por trabajos iguales a los que se les otorga diversa denominación según cual sea el sexo de quien los ejecute, y “normalmente, los trabajos designados con nombres femeninos están peor pagados que los designados con nombres masculinos” (Oelz *et al.*, OIT, 2013, p. 23); *c*) por la maternidad, la que, a su vez, presenta dos supuestos: uno con ocasión del ejercicio de los derechos de maternidad, como son específicos descansos (Ballester, *La discriminación...*, *cit.*, pp. 28-36) y el otro es el de la “penalización” de las trabajadoras por ser madres (OIT, *Informe...*, *cit.*, pp. 102 y 103), que muestra una brecha salarial entre las que son y las que no son madres.

²⁶ Barrere, *op. cit.*, p. 24.

²⁷ Si bien el concepto de “discriminación indirecta” nace en el derecho antidiscriminatorio de Estados Unidos, el mismo ha sido desarrollado en el derecho europeo, particularmente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de pronunciamientos sobre discriminación de mujeres contratadas a tiempo parcial (Caamaño Rojo, Eduardo, “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XII, 2001, pp. 67-81).

²⁸ En efecto, en primer lugar se presenta una infravaloración de los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres respecto de los efectuados por hombres, y ello a partir de la

Precisamente, el derecho de no discriminación remunerativa es por “trabajo de igual valor”, en cuanto exige la comparación del trabajo realizado por la mujer. Esta exigencia se plantea sobre el hecho de que las mujeres trabajan mayoritariamente en determinadas áreas y en específicos trabajos, presentándose así un mercado de trabajo segmentado en razón del sexo; a la vez, los trabajos en donde predominan las mujeres tienen menores remuneraciones, mientras que en los que se ocupan mayoritariamente los hombres son mejor remunerados, tal como muestran diversos estudios.²⁹ A esta menor valoración concurren diversos elementos,³⁰ por ejemplo los prejuicios y estereotipos,³¹ las escalas salariales no actualizadas, sistemas de remuneración especiales y, además, menor poder de negociación; todos elementos que inciden en que a los trabajos feminizados se les otorgue una consideración social inferior y, por ello, una remuneración menor.³²

Así, es aplicable al efecto la teoría del valor comparable,³³ la que “supone comparar trabajos distintos entre sí para determinar su valor relativo, a través de un mecanismo objetivo”.³⁴ Por tanto, se debe revalorizar el trabajo; es decir, definir su valía para determinar su remuneración,³⁵ pero ahora con base en criterios objetivos, tal como señalan los diversos instrumentos internacionales.³⁶ Esta exigencia ya había sido establecida por el Convenio 100 de la OIT, el que en su artículo 3 definió la adopción de “medidas” para promover

segregación horizontal de las mujeres en el trabajo, que confina a un gran número de ellas a determinados sectores de producción y servicios y, a la vez, a específicas actividades o profesiones; en segundo término, se presenta una menor remuneración o exclusión de determinadas formas de remuneración de puestos de trabajos que atiende a alguna modalidad especial de contratación, en circunstancias que dichas modalidades son utilizadas principalmente por mujeres, como es el contrato a jornada parcial.

²⁹ Véase, por todos, Chicha, *op. cit.*, y Oelz, *op. cit.*

³⁰ Tal como anota Chicha, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

³¹ *Idem.*

³² Cabezas, Jaime y Núñez-Cortez, Pilar, *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 88.

³³ En este sentido, Blume Moore, Iván, “El nuevo reto que propone la Ley de igualdad remunerativa entre varones y mujeres: tres propuestas para su interpretación y aplicación práctica”, en VIII Congreso de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, 2019, pp. 450-468.

³⁴ *Ibidem*, p. 457.

³⁵ Oelz, *op. cit.*, p. 42.

³⁶ En este sentido, Recomendación de la UE de 2014: Recomendación de la Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento, 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

la evaluación objetiva del empleo tomando como base los trabajos que éste entrañe”. Precisamente, la OIT ha generado una guía sobre la promoción de la igualdad salarial, la que incorpora métodos para “comparar” trabajos y determinar el valor igual”.³⁷ Además, en los distintos casos de discriminación se debe atender a los mecanismos requeridos para identificarla y definirla, para lo cual se acude a la comparación, pero no sólo de trabajos similares, sino que también con base en un comparador flexible o un comparador hipotético, según lo ha establecido el derecho comunitario.³⁸

3. *El debate sobre el contenido del derecho de no discriminación remunerativa y de las medidas a adoptar*

Si bien es claro que el derecho de no discriminación remunerativa se plantea frente a las diversas manifestaciones de discriminación y, por consiguiente, incorpora los dos supuestos referidos, es decir, tanto el referido a un mismo trabajo como a trabajos de igual valor, se discute sobre la procedencia de medidas activas frente a ambos contenidos. En efecto, es evidente el requerimiento de tales medidas frente a la garantía de no discriminación por trabajo de igual valor, toda vez que requiere la evaluación de los puestos de trabajo, particularmente en los sectores ocupados mayoritariamente por mujeres, medida que se contempla en el denominado modelo “proactivo”.³⁹

Pero también es claro que la discriminación sistémica se plantea a través de las diversas manifestaciones de discriminación, por lo que ambas dimensiones del derecho requieren de medidas activas, tal como lo establecen diferentes sistemas comparados, entre ellos, el de Suecia⁴⁰ y España.⁴¹ Aunque

³⁷ Oelz, *op. cit.*, pp. 41-53.

³⁸ Así, la Directiva 2006/54 de la Unión Europea.

³⁹ Como señala Blume: “los modelos «pro-activos» [que] no buscan eliminar la desigualdad salarial individualmente considerada, sino más bien aquella sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional”, *op. cit.*, p. 462.

⁴⁰ La Ley sobre no Discriminación de Suecia, de 2008, la que, si bien plantea una cobertura frente a distintas categorías sospechosas de discriminación, en el ámbito laboral estableció medidas activas frente a la discriminación de género, entre ellas la salarial. Al efecto, el establecimiento de las medidas activas para remediar las diferencias salariales exige, además, el mapeo e identificación de las diferencias salariales, tanto de igual trabajo como trabajos de igual valor.

⁴¹ La normativa española, por su parte, particularmente el Real Decreto Ley 6 de 1919 y su Reglamento de desarrollo el Real Decreto 901 de 2020, han establecido una cobertura ante ambos tipos de discriminaciones. Así, este último instrumento declara que su objeto fue establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discrimi-

también tales medidas sólo se han planteado respecto de la discriminación indirecta, como muestra el modelo de la Provincia de Quebec, Canadá, el que las establece a través de la Ley de Equidad, de 1990, y deja la garantía del derecho a no discriminación por igual trabajo para que sea tutelada a través del ejercicio de una acción judicial.⁴² Por consiguiente, la interrogante se plantea respecto de la acción judicial y su rol frente a la discriminación remunerativa,⁴³ planteándose la insuficiencia de la tutela judicial ante una discriminación sistémica, tal como ha señalado la Unión Europea en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014.⁴⁴

minación entre mujeres y hombres en materia retributiva, desarrollando los mecanismos para identificar y corregir la discriminación en este ámbito y luchar contra la misma, promoviendo las condiciones necesarias y removiendo los obstáculos existentes, en conformidad a las bases institucionales. Al efecto, se establecieron los instrumentos de la transparencia retributiva, el registro retributivo y la auditoría retributiva.

⁴² En efecto, las trabajadoras y los trabajadores sí disponen de una acción por el derecho de no discriminación, en general, y en materia salarial, en particular, con base en la aplicación de la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Quebec, la que además de tener un ámbito de aplicación que también involucra las relaciones entre privados, que al efecto establece en la primera parte del artículo 19:

“Todo empleador debe, sin discriminación, otorgar igualdad de trato o salario a los miembros de su personal que realiza un trabajo equivalente en el mismo lugar.

No hay discriminación si la diferencia de trato o salario se basa en la experiencia, antigüedad, antigüedad en el servicio, evaluación de méritos, cantidad de producción u horas extraordinarias, si estos criterios son comunes a todo el personal”.

La misma Carta de Derechos establece el Tribunal competente para conocer de estas causas, y este es el Tribunal de Derechos Humanos.

⁴³ El punto de partida es que el derecho de no discriminación de remuneración por trabajo de igual valor no se garantiza con el solo reconocimiento jurídico, en cuanto la discriminación que se verifica tiene raíces en una cultura global que minusvalora a la mujer y, en este caso, a las trabajadoras, reproduciéndose condiciones inequitativas en el mundo del trabajo, y es por ello la necesidad de establecer los instrumentos necesarios, tanto jurídicos como de políticas públicas, a fin de garantizar condiciones de equidad en el trabajo, las que en el ámbito remunerativo han sido las mismas requeridas por los tratados internacionales que lo reconocen e impuesto como obligación de los Estados.

⁴⁴ En cuanto en su Considerando 8, plantea: “Es poco probable que tal discriminación sea objeto de actuaciones judiciales, no sólo porque las posibles víctimas probablemente no son conscientes de ello, sino también porque resulta más difícil para las víctimas de la discriminación salarial lograr la aplicación efectiva del principio de igualdad de remuneración. Las víctimas tienen que demostrar los hechos que dan lugar a la presunción de discriminación con el fin de trasladar la carga de la prueba al empleador. Unas estructuras salariales opacas y la falta de información disponible sobre los niveles salariales de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor son los principales factores que han contribuido a estas dificultades”.

En definitiva, de acuerdo con la experiencia comparada de los sistemas proactivos, se debe atender a las diversas manifestaciones de discriminación, incluyendo las indirectas, lo que va a requerir la evaluación de los puestos de trabajo, además de la corrección de las diferencias salariales, debiéndose agregar la promoción de la transparencia de las remuneraciones.⁴⁵

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN REMUNERATIVA EN AMÉRICA LATINA

El análisis del estado de reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa en América Latina incorpora tanto el referido a los instrumentos y entidades internacionales de este espacio territorial, como a los Estados que la integran, tarea que se efectúa a continuación.

1. *El restringido reconocimiento en el derecho internacional latinoamericano*

En la perspectiva de las normas internacionales de carácter regional en el ámbito latinoamericano, el reconocimiento jurídico se limita a “un salario equitativo e igual por trabajo igual”, el que sólo es planteado por el Protocolo de San Salvador, en 1988.⁴⁶ En efecto, las cartas internacionales sobre derechos humanos limitan el derecho al reconocimiento de la igualdad ante la ley, tal como lo hace la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, de 1948⁴⁷ y la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969.⁴⁸ El tratado específico en materia de género, como es la Convención de Belem do Pará (1994) —referida precisamente a “prevenir, erradicar y sancionar la violencia en contra de la mujer”—, no hace referencia a la discriminación remunerativa, y sólo plantea “el derecho de la mujer a ser

⁴⁵ Es cierto que en un plazo no mayor de 15 años de efectuado el estudio de Chicha (*op. cit.*) otros sistemas han incorporado medidas activas en contra de la discriminación salarial, incluido el de transparencia de las remuneraciones, como lo plantea la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea, del 7 de marzo de 2014.

⁴⁶ Corresponde a un protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴⁷ En su artículo 2o. reconoce que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

⁴⁸ En su artículo 24, reconoce que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley”.

libre de toda forma de discriminación” (artículo 6. a). Consiguientemente, sólo ha sido el Protocolo de San Salvador, el que, en el ámbito del trabajo y los derechos laborales, efectúa un reconocimiento del derecho a “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción” (artículo 7. a). Así, y de acuerdo con los antecedentes señalados, el estado de reconocimiento de este derecho refiere a la etapa más básica, esto es el sólo reconocimiento a un derecho de igual remuneración por igual trabajo. Por consiguiente, en el ámbito latinoamericano las fuentes internacionales directas del derecho a la no discriminación remunerativa las constituyen el Convenio 100 de la OIT y la Convención de Naciones Unidas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) se ha pronunciado sobre esta materia a través de la Opinión consultiva 27 de 2021 —a propósito de una interrogante planteada precisamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—,⁴⁹ definición que, si bien es título complementario, la Corte acogió el reconocimiento del derecho de igual remuneración “por igual trabajo”, aunque en su fundamentación alude al “trabajo de igual valor”, tal como lo plantea el considerando 174 de la citada Opinión; lo que parece una confusión entre ambos conceptos.

Si bien la materia consultada fue referida a “el alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género”,⁵⁰ la Corte amplió el alcance del informe a los derechos de igualdad y no discriminación de las mujeres en el ámbito laboral y ello con base en sus competencias.⁵¹ De otra parte, declara que su competencia incorpora los diversos tratados de derechos humanos que sean aplicables en los Estados americanos, inclusive aquellos que también sean aplicables a Estados externos al sistema interamericano.⁵² Con tales antecedentes, considerando además las diversas manifestaciones de discriminación —en las que es relevante el

⁴⁹ En página web de la Corte, véase https://www.corteidb.or.cr/opiniones_consultivas.cfm

⁵⁰ CIDH, Opinión consultiva 27, considerando 2, p. 3.

⁵¹ En cuanto dada “la centralidad que goza la perspectiva de género en las preguntas planteadas por la Comisión, resulta pertinente dar un tratamiento diferenciado a la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación y al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, para establecer las particularidades que tienen las obligaciones estatales respecto a la garantía de los derechos laborales y sindicales, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género” (CIDH, considerando 32, p. 14).

⁵² Al efecto, declara que “la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bila-

Informe de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), en la que destaca la vulneración a la igualdad salarial—,⁵³ en la sección referida a “el derecho de las mujeres de ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga”, la Corte plantea su opinión sobre el derecho de igual remuneración y las respectivas obligaciones de los Estados en el ámbito interamericano.

Lo relevante en esta Opinión es que las fuentes normativas de los tratados no se limitan a los generados en el ámbito interamericano, como son los de carácter general y los específicos de derechos humanos, *v. gr.*, el Protocolo de San Salvador, de 1988, y la Convención de Belem Do Pará, de 1994, sino que también lo amplía al Convenio 100 de la OIT sobre Igualdad de Remuneraciones, de 1951, y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas (1979), inclusive la fundamentación que explicita la citada Opinión consultiva se extiende a la interpretación que efectúan las entidades internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho por parte de la Corte se limita a la garantía del derecho de las mujeres de igual remuneración por igual trabajo.

En razón de lo anterior, y en particular de los principios de igualdad y no discriminación, así como de la discriminación sistémica sufrida por las mujeres en el ámbito laboral y sindical... la Corte considera, en primer lugar que los Estados tienen el deber de garantizar el derecho de las mujeres de igual remuneración por igual trabajo.⁵⁴

No obstante, la fundamentación normativa difiere de su declaración en cuanto, junto con la referencia del Protocolo de San Salvador —el que limita el derecho a un mismo trabajo—, cita al convenio 100 de OIT y a la Convención de Naciones Unidas, los que claramente se refieren al derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor; otorgando a la Corte un tratamiento similar para tales instrumentos, sin identificar las diferencias de ambos conceptos. Pareciera, en todo caso, que la referencia a estos dos últimos instru-

teral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano”, considerando 24, p. 12.

⁵³ En cuanto plantea “la persistencia de desigualdades en el goce de derechos laborales básicos como es la igualdad salarial, la falta de protección de mujeres trabajadoras embarazadas; en la persistencia de estereotipos de género en el espacio público y privado que impiden el pleno goce de los derechos laborales y sindicales”, considerando 170, p. 62.

⁵⁴ Considerando 174, pp. 63 y 64.

mentos —el Convenio 100 de OIT y la Convención de Naciones Unidas— es el fundamento para requerir la actuación de los Estados, y al efecto cita las acciones definidas por el Convenio 100 de OIT,⁵⁵ entre las cuales se contempla también la necesaria evaluación objetivo de los puestos de trabajo, aunque esta es una medida que se adopta frente a la manifestación de discriminación indirecta de la remuneración, y por consiguiente tiene como supuesto el derecho de discriminación por trabajo de igual valor.

Dados estos fundamentos normativos, incluidos los tratados generados fuera del ámbito interamericano como también la interpretación efectuada por las respectivas entidades que los aplican, es extraño que la Corte haya mantenido el concepto restrictivo del derecho de igual remuneración al referirlo sólo al “trabajo igual” en vez asumir la referencia a “trabajo de igual valor”.

En tal sentido, si bien pareciera haber sido superada la posición que específicos tratados en el ámbito latinoamericano otorgaron a la mujer en el ámbito de las relaciones de trabajo,⁵⁶ los antecedentes normativos señalados plantean una aminorada relevancia del derecho de no discriminación remunerativa en el derecho interamericano, afirmación que se avala con la interpretación efectuada desde el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en cuanto a que en su publicación de 2012 referida precisamente a “los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres”,⁵⁷ no identifica el derecho de no discriminación remunerativa y tampoco el de igual remuneración en el catálogo de los derechos establecidos en los dos instrumentos internacionales que sirvieron de base para su análisis,⁵⁸ éstos

⁵⁵ Específicamente, sus artículos 2 y 3. Al efecto, el considerando 174 señala: “la Corte considera que los Estados tienen el deber de garantizar la vigencia de este principio, a) a través de cualquier sistema de fijación de remuneraciones establecido o reconocido por la legislación; b) de los contratos colectivos entre empleadores o empleadoras, y trabajadores y trabajadoras; y c) adoptando medidas conjuntas entre los diversos actores del entorno laboral para lograr este objetivo. Asimismo, deberá adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo tanto en el ámbito público, como en el privado”.

⁵⁶ En este sentido, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, de 1947, presenta una concepción arcaica de la posición de la mujer en el trabajo en cuanto se le considera sujeto de protección al igual que los menores, la que estaba presente en los orígenes del derecho del trabajo. Así, en el apartado especial referido al “Trabajo de las mujeres”, en términos similares al “Trabajo de los menores”, establece la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres y la improcedencia de la excepción al descanso semanal.

⁵⁷ *Interpretación los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009.

⁵⁸ Véase la “Presentación” de Roberto Cuéllar, director ejecutivo de IIDH, pp. 7 y 8.

son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador,⁵⁹ como tampoco se le identifica como derecho en particular en ninguno de los capítulos referidos al tema.⁶⁰

2. *El estado de reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa en los Estados de América Latina*

Los antecedentes muestran un limitado reconocimiento de este derecho en el ámbito de los países latinoamericanos, sin perjuicio de la preocupación por su manifestación más evidente y que es la brecha salarial, identificándose al respecto diversas iniciativas, las que no siempre distinguen las causas que la generan. Es por ello necesario distinguir entre ambas perspectivas: la del reconocimiento jurídico del derecho y las iniciativas frente a la brecha salarial.

A. El reconocimiento de derecho de no discriminación remunerativa. Si bien la totalidad de los Estados de América Latina han ratificado el Convenio 100 de OIT, el derecho de no discriminación remunerativa ha sido escasamente reconocido en la normativa interna de tales países; además, en sólo tres de estos Estados se han adoptado medidas activas de carácter universal: Chile, Colombia y Perú, aunque en los dos primeros es discutible la eficacia que hayan tenido los instrumentos establecidos.⁶¹

En varios de estos sistemas sí se reconoce el derecho de igual remuneración, pero se atiende sólo “a un mismo trabajo”, ya sea a nivel constitucional⁶²

⁵⁹ O como los denomina el citado Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁰ Estos capítulos son los siguientes: Facio, Alda “El derecho a la no discriminación”, pp. 11-24, y “El derecho a la igualdad entre mujeres y hombres”, pp. 65-78, y Badilla, Ana y Urquilla, Carlos, “El derecho al trabajo en el sistema interamericano de derechos humanos”.

⁶¹ Véase la sección IV, referida a las medidas activas en tres países de la región.

⁶² Así se plantea en Argentina (“igual remuneración por igual tarea”, artículo 14 bis de la CP); en El Salvador (a trabajo igual debe corresponder igual remuneración”, artículo 38, CP); en Guatemala (“Igualdad de salario para igual trabajo”, artículo 102); en Honduras (“A trabajo igual debe corresponder salario igual”, artículo 128, núm. 3 de la CP); en México (A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: “Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”; B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores: “A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo”, artículo 123, A, VII, y B, V, respectivamente de la CP); Panamá (“A trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario (artículo 67, CP); Paraguay (“Corresponde, básicamente, igual salario por igual trabajo”, artículo 92, CP) y Venezuela (“Se garantiza el pago de igual salario por igual trabajo”, artículo 91 de la CP).

o legal;⁶³ se establece este derecho de igual remuneración “por trabajo de igual valor” en un nivel constitucional en Bolivia,⁶⁴ Ecuador⁶⁵ y la República Dominicana,⁶⁶ y a nivel legal en Argentina,⁶⁷ Colombia⁶⁸ y Perú.⁶⁹

De otra parte, respecto del concepto utilizado por los ingresos producidos por el trabajo realizado, la expresión mayoritariamente utilizada por los respectivos textos normativos de los países de Latinoamérica es la del salario y, en varios casos, la de remuneración, aunque también se plantea que son usadas indistintamente. En este trabajo se plantean como similares en atención a la posición de la OIT sobre la materia —sin perjuicio de los alcances o diferencias que cada uno de estos términos puede plantear al interior de cada sistema—. ⁷⁰

B. Las iniciativas frente a las causas de la brecha salarial, incluida la discriminación remunerativa. Más allá de la implementación de medidas activas ante la discriminación remunerativa, un reciente estudio publicado por la OIT⁷¹ destaca el lento avance de la implementación del Convenio 100,⁷² pero también considera específicas “experiencias regionales”, las que si bien algunas se enmarcan en el instrumento internacional antes señalado —en cuanto

⁶³ Como Chile (“El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo”, artículo 62 bis del Código del Trabajo); Costa Rica (“A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, corresponde salario igual”, artículo 167 del Código del Trabajo).

⁶⁴ En cuanto el artículo 62 establece “El Estado... garantizará... la misma remuneración... por un trabajo de igual valor”.

⁶⁵ El artículo 326, núm. 4, establece como principio: “A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”.

⁶⁶ El artículo 62 plantea: “Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor”.

⁶⁷ Aunque dicha garantía legal está referida a remuneraciones definidas en convenciones colectivas o tarifas de salario, en cuanto “se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor” (artículo 172 de Ley de Contrato de Trabajo).

⁶⁸ Aunque se presentan dos textos legales sobre la materia y sólo en uno de ellos lo reconoce, al menos expresamente. En efecto, la Ley 823 de 2003, sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres, estableció el “principio de salario igual a trabajo de igual valor”. Por su parte, la Ley 1496, de 2011, que constituye la Ley por la que se garantiza la igualdad salarial, no efectúa expresamente dicho reconocimiento.

⁶⁹ Aunque se discute el reconocimiento expreso de este derecho en el texto legal sobre la materia, este es la Ley 30.709; al respecto, véase la sección 3.3.

⁷⁰ Sobre este alcance de la expresión remuneración, véase la sección II.3.

⁷¹ Lexartza, *op. cit.*

⁷² *Ibidem*, p. 57.

se trata de medidas ante la discriminación remunerativa— la mayoría de ellas están referidas a otras causas de la brecha salarial.⁷³

En este sentido, pareciera que dicho informe no considera la especificidad que deben tener los instrumentos tanto jurídicos como de políticas públicas frente a cada una de las causas de la brecha salarial, y así se explicaría una de las conclusiones a que llega, en cuanto contraponen las medidas activas implementadas en sistemas externos a América Latina con los desafíos de los países de la región, dado los niveles de informalidad laboral y que afecta en mayor medida a las trabajadoras⁷⁴ concluyendo, al efecto, que “la formalización del trabajo en sí misma es una estrategia necesaria para la reducción de la brecha salarial”.⁷⁵ Sin embargo, el Informe desconoce que se trata de causas distintas de la brecha salarial y como se sostiene desde tiempo atrás, deben establecerse instrumentos y políticas frente a cada una de ellas.

Entre las referidas directamente a la discriminación remunerativa, están, en primer lugar, las acciones internacionales, llevadas a cabo por la Internacional de Servicios Públicos⁷⁶ y la OIT junto a diversos países de la región, a fin de generar las herramientas metodológicas para evaluación de los puestos de trabajo y la implementación de las mismas.⁷⁷

Asimismo, en el ámbito en la negociación colectiva, en Argentina —a través de comisiones mixtas— y en Uruguay —por parte del Plenario Inter-sindical de Trabajadores y la Convención Nacional de Trabajadores (PIT-CNT)— se han generado instrumentos para la “evaluación de puestos de trabajo con el objetivo de eliminar las diferencias entre mujeres y hombres”.⁷⁸

Entre las medidas generales frente a la brecha salarial se han presentado diversas iniciativas, las que también ofrecen acciones respecto de la brecha de género en el ámbito del trabajo. Así están las que provienen desde los ministerios del Trabajo, las que han estado referidas a la fiscalización del cum-

⁷³ *Ibidem* (sección b, 7.2 “Políticas y acciones para la igualdad salarial”), pp. 65-86.

⁷⁴ Sobre la materia, véase Espejo, Andrés, “Informalidad laboral en América Latina. Propuesta metodológica para su identificación a nivel subnacional”, Documentos de Proyecto (LC/TS.2022/6), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2022), en cuanto plantea que la informalidad afecta al 53% de los trabajadores de la región, mientras que la tasa de empleo informal en las mujeres llega al 54.3% (p. 7).

⁷⁵ Lexartza, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁶ La Internacional de Servicios Públicos es una federación sindical mundial que representa a 20 millones de trabajadores y trabajadoras que prestan servicios públicos en 163 países, disponible en: <https://publicservices.international/resources/page/issues?id=9418&lang=en>

⁷⁷ Lexartza, *op. cit.*, pp. 68-72, las que se han llevado a cabo en Ecuador y Chile.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 76.

plimiento del ingreso mínimo, en cuanto protegen a “los sectores en mayor desventaja”, entre ellos el de las trabajadoras,⁷⁹ como muestran las iniciativas de Costa Rica en 2010, México en 2014 y El Salvador en 2016.⁸⁰ También se plantean medidas para la igualdad salarial impulsadas desde los gobiernos locales, según se ha presentado en el municipio de Quixadá, Brasil.⁸¹

Además, se han generado iniciativas compartidas del sector público y privado para promover la incorporación en las empresas de medidas para alcanzar la igualdad salarial. Entre estas medidas destaca la Iniciativa de Paridad de Género (IPG), que impulsan el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Foro Económico Mundial y que se han desarrollado en Chile, Argentina y Panamá; tales medidas plantean “asegurar una mayor y mejor participación de la mujer en la fuerza laboral, reducir las brechas salariales entre hombres y mujeres por trabajos similares e incrementar la presencia de mujeres en posiciones de liderazgo”.⁸² También se considera en este ámbito la “certificación de empresas con igualdad de género”, de la que se plantean dos versiones: la primera es el “sello de igualdad de género”, la que ha sido liderada por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) e incorpora diversos países,⁸³ los que definen específicos niveles de igualdad de género y las empresas que los acrediten obtienen tal certificación; la segunda es la norma Economic Dividends for Gender Equality, EDGE, generada en 2017 a través de una iniciativa del BID Invest y EDGE Certified Foundation, para el apoyo a empresas que planteen certificarse en igualdad de género, que establece “criterios de evaluación en todos los niveles de la organización, igualdad salarial, eficacia de las políticas y prácticas para garantizar flujos de carreras equitativos, además de una cultura inclusiva”⁸⁴ y en las que se plantean la experiencia de certificación de empresas tanto de Perú como de Ecuador.⁸⁵

⁷⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁰ *Ibidem* (sección 7.2.3. Iniciativas impulsadas por los ministerios del Trabajo para la igualdad salarial), pp. 72-75.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

⁸² *Ibidem*, pp. 76 y 77.

⁸³ Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay (*ibidem*, p. 79).

⁸⁴ *Ibidem*, p. 80; en cita a documento de BID Invest & EDGE, “El poder de la igualdad de género en el lugar de trabajo. Crecimiento sostenible y desarrollo económico inclusivo en América Latina y el Caribe”, 2017, p. 1.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

IV. LAS LIMITADAS MEDIDAS DE TUTELA

Son tres los sistemas que hasta ahora han establecido medidas específicas para la garantía de alguna o algunas dimensiones del derecho de no discriminación, y éstos son los de Chile, Colombia y Perú.

1. *El caso de Chile*

En 2009 se dictó la Ley 20.348, que pretendió “resguardar el derecho a la igualdad en las remuneraciones”, y dado que ha sido el primer país en establecer una regulación específica sobre esta materia, se le ha otorgado la calidad de constituir un “esfuerzo pionero en la región”,⁸⁶ sin embargo, la normativa acordada no acogió las reglas internacionales a las que estaba obligado⁸⁷ y tampoco dispuso de instrumentos que permitieran alguna eficacia al restringido derecho a la igual remuneración por un mismo trabajo, tal como entonces se definió.

Debe destacarse que si bien el Proyecto de Ley original⁸⁸ sí reconocía el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor, la medida para garantizar tal derecho era limitada, pues sólo establecía la definición y registro de cargos y funciones al interior de las empresas que tuviesen más de cinco trabajadores. Pero fue en su debate al interior del Congreso Nacional, especialmente en la Comisión de Trabajo del Senado, en que se vació de contenido la propuesta inicial, agregándose, además, específicas exigencias para que operara el instrumento de garantía, lo que fue acordado como texto definitivo.⁸⁹

Así, la Ley 20.348 reconoció el “derecho de igual remuneración por un mismo trabajo”, pero en referencia sólo del sector privado y empresas públicas, y además excluyó expresamente la configuración de discriminación en el supuesto de “diferencias objetivas de las remuneraciones”.⁹⁰ A la vez, se esta-

⁸⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁷ En cuanto había ratificado tanto el Convenio 100 de la OIT como la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación en contra de la Mujer, de las Naciones Unidas.

⁸⁸ Véase Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20,348*, 2009, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4732/HLD_4732_37a6259a0c1dae299a7866489dfj0bd.pdf

⁸⁹ Sobre la discusión legislativa de la Ley 20348, véase Rojas Miño, *op. cit.*, pp. 63-70.

⁹⁰ Las que de acuerdo con el precepto legal “son aquellas que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

bleció como instrumento de garantía de una específica acción judicial referida a la tutela de derechos fundamentales, pero exigió para su ejercicio el que previamente se reclamara ante la misma empresa. No obstante, se mantuvo la exigencia del registro de cargos y funciones, pero sólo de las empresas de 200 y más trabajadores, y estableció algunos otros instrumentos aislados, como fue el de la garantía a un sector de trabajadores de la administración pública.

Lo cierto es que el mismo sistema político detectó su ineficacia poco tiempo después de su entrada en vigencia, tal como lo planteó un Informe de la Cámara de Diputados⁹¹ y que es corroborado por los estudios posteriores;⁹² no obstante, algunos destacan que las carencias de esta Ley han visibilizado “la situación de discriminación salarial existente y explícita del derecho a no discriminación de género”.⁹³ Por lo demás, son escasos los casos que han llegado a tribunales de justicia,⁹⁴ a pesar de que en estas acciones se ha contado con la actuación de la respectiva Inspección del Trabajo, a quien el sistema judicial otorga titularidad para efectuar la denuncia ante los tribunales como también la posibilidad de ser parte en el proceso respectivo.

De todos modos, existe un relativo acuerdo en la necesidad de garantizar el derecho de no discriminación remunerativa; así, en la actualidad —inicios de 2022— se discuten nuevas propuestas legislativas a fin de garantizar este derecho.⁹⁵

2. El caso de Colombia

Si bien las bases del ordenamiento jurídico de Colombia reconocían el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor, dada su incorporación al ordenamiento interno con la ratificación del Convenio 100 de la OIT,⁹⁶

⁹¹ Cámara de Diputados de Chile, Departamento de la Evaluación de la Ley, “Evaluación de la Ley núm. 20.348. Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones”, 2013, disponible en: http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20130325/asocfile/20130325153119/informe_ley_nro_20348.pdf

⁹² Véase Díaz, Estrella, *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley núm 20.348 para avanzar en justicia de género*, Santiago de Chile, Dirección del Trabajo.

⁹³ *Ibidem*, p. 103.

⁹⁴ Sobre la materia, véase de Rojas Miño, *op. cit.*, pp. 70-96.

⁹⁵ En este sentido, véase el Oficio 16.716 de 21 de junio de 2021, por el que la Cámara envía al Senado el Proyecto de Ley que modifica el Código del Trabajo con el objeto de perfeccionar la regulación del principio de remuneraciones entre hombres y mujeres, resultado de boletines refundidos núms. 10.576-13 y 12.719-13.

⁹⁶ Como lo sostiene Molina, *op. cit.*, pp. 86-90.

en 2011 se dictó la Ley 1.946,⁹⁷ por la cual “se garantiza la igualdad salarial y de retribución; se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación”, y si bien dicha Ley rige desde su promulgación, el 29 de diciembre de 2011, su eficacia ha sido limitada considerando el ámbito de su aplicación.

En todo caso, pareciera que la garantía quedó limitada a la comparación de iguales trabajos, tal como lo establece el artículo 7 de dicho texto normativo,⁹⁸ y que ha sido denominado “la persistencia formal del principio «a trabajo igual salario igual»... y a pesar de la incardinación del principio «salario igual por trabajo de igual valor»”;⁹⁹ no obstante, sí plantea el instrumento de mayor relevancia el de valoración de los puestos de trabajo, al que denomina “valoración salarial”, el que precisamente no ha tenido vigencia por falta de la reglamentación requerida para su aplicación. Además, se discute si las demás medidas que fueron definidas por la Ley 1.496 han tenido una efectiva aplicación.¹⁰⁰

En efecto, la Ley 1.496 planteó en esencia garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre hombres y mujeres, para lo cual, junto con definir la discriminación directa e indirecta en la materia,¹⁰¹

⁹⁷ Cuyo título plantea “Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”.

⁹⁸ En cuanto incorpora un precepto en el Código Sustantivo del Trabajo del siguiente tenor: “Artículo 143. A trabajo de igual valor, salario igual. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”.

⁹⁹ Molina, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁰ Tal como se informa en el estudio de Arévalo Guerra, Pilar *et al.*, *Análisis jurídico de la Ley 1496 de 2011, igualdad de retribución salarial entre hombres y mujeres en Colombia*, Trabajo de Especialización Derecho del Trabajo, Universidad La Gran Colombia Facultad de Postgrados y Formación Continuada, Bogotá, 2018, disponible en: <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2208/Analisis%20Juridico%20Ley%201496%20de%202011%2C%20Igualdad%20de%20Retribucion%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (20 de abril de 2022) en cuanto: “...se puede evidenciar que la Ley bajo estudio, resulta ineficaz frente a su objeto de creación; las estadísticas y la falta de respuesta por parte del Ministerio, demuestran que a pesar de la existencia de la misma, las medidas propuestas no han sido desarrolladas a lo largo de estos siete años, por lo tanto, empleadores y trabajadoras(es) continúan sin poner en práctica las medidas adoptadas por la Ley y así mismo, en la actualidad se sigue presentando una brecha salarial entre hombres y mujeres”.

¹⁰¹ Artículo 3o., definiciones: Discriminación directa en materia de retribución laboral por razón del género o sexo: Toda situación de trato diferenciado injustificado, expreso a tácito, relacionada con la retribución económica percibida en desarrollo de una relación laboral, cualquiera sea su denominación por razones de género o sexo. Discriminación indirecta en materia

estableció dos obligaciones de las empresas para alcanzar el objetivo de dicha Ley: primero, efectuar la “valoración de los salarios” en virtud de los criterios o factores que enuncia la misma Ley,¹⁰² bajo una sanción de carácter pecuniario por su incumplimiento; segundo, llevar “un registro de perfil y asignación de cargos por sexo, funciones y remuneración, discriminando clase o tipo y forma contractual”, para lo cual también se definió una sanción pecuniaria por su incumplimiento.¹⁰³ Además, se definió la obligación del Estado, tanto de efectuar una particular forma de fiscalización a través de auditoría a las empresas y ello de manera aleatoria, a fin de verificar el cumplimiento de tales obligaciones, como también la obligación del gobierno de informar por escrito “sobre la situación comparativa de las condiciones de empleo, remuneración y formación de mujeres y hombres en el mercado laboral”.¹⁰⁴

En el marco de su aplicación se ha considerado de mayor relevancia el instrumento de valoración salarial, pero su vigencia quedó condicionada a la expedición de un “decreto reglamentario” por el cual se establecerían las reglas de construcción de los factores de valoración salarial. Sin embargo, este reglamento no ha sido dictado,¹⁰⁵ lo que ha impedido la aplicación del principal instrumento definido por la Ley. Al respecto, se ha señalado que en forma previa a la elaboración del Reglamento se habría requerido una modificación a la Ley 1496, en cuanto de conformidad a las exigencias del Convenio 100 de la OIT se necesitaría la definición “de factores de valoración salarial reales y objetivos”.¹⁰⁶ Sin bien se propuso una modificación al texto legal, con

de retribución laboral por razón del género o sexo: Toda situación de trata diferenciada injustificada, expreso a tácito, en materia de remuneración laboral que se derive de norma, política, criterio o práctica laboral por razones de género o sexo.

¹⁰² En conformidad con el artículo 4 de Ley 1496, los factores de valoración salarial, “Son criterios orientadores, obligatorios para el empleador en materia salarial o de remuneración los siguientes: a) la naturaleza de la actividad a realizar; b) acceso a los medios de formación profesional; c) condiciones en la admisión en el empleo; d) condiciones de trabajo; e) la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación; f) otros complementos salariales”.

¹⁰³ Artículo 5, incisos primero y segundo de la Ley 1696.

¹⁰⁴ Artículos 6 y 5, referido a “Parágrafo”, de la Ley 1496, respectivamente.

¹⁰⁵ Aunque en 2017 sí fue dictada la Resolución 970, “por la cual se desarrollan criterios para la aplicación de los factores de valoración salarial de que trata el artículo 4o. de la Ley 1496 de 2011”.

¹⁰⁶ Lexartza, *op. cit.*, p. 61, entrevista a Karen Varela, del “Grupo interno de trabajo para víctimas y la equidad laboral con enfoque de género”, del Ministerio del Trabajo de Colombia.

posterioridad se ha discutido la expedición de una nueva normativa sobre la materia.¹⁰⁷

3. *El caso de Perú*

En 2017 se dictó la Ley 30.709 que “prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres” y, con posterioridad, se han dictado textos normativos tanto de desarrollo, como fue el Reglamento de dicha Ley,¹⁰⁸ para su aplicación.¹⁰⁹ Sin embargo, algunas dimensiones del derecho de no discriminación remunerativa ya se reconocían en el sistema jurídico peruano y ello con base en las normas superiores, tal como había resuelto el Tribunal Supremo en diversas sentencias.¹¹⁰ En todo caso, la normativa legal e infralegal referida definió el dispositivo del Estado para la tutela del derecho en referencia, aunque el mayor desarrollo de tales instrumentos sólo se aplica al sector privado, y ello por expreso mandato del Reglamento¹¹¹ que es el que los establece.¹¹²

Se discute, sin embargo, el contenido de este derecho de no discriminación, en cuanto a si sólo garantiza la igual remuneración por un trabajo igual o lo extiende al trabajo de igual valor, considerando que el texto de la Ley 30.709 sólo se refiere al primer contenido, este es el “de igual remuneración por igual trabajo”;¹¹³ además, el instrumento establecido —que es el de la clasificación de los puestos de trabajo—, sólo se presenta respecto de la discriminación directa que en gran medida es el supuesto cubierto por el derecho de igual remuneración por un mismo trabajo. Al efecto, la doctrina laboralista ha planteado que la referida Ley acoge de manera tácita “el principio de igual salario

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

¹⁰⁸ *Cfr.* el Reglamento de Ley 30.709. de 2018, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018, Trabajo.

¹⁰⁹ *Cfr.* el Decreto Supremo 005-2018, trabajo, sobre disposiciones para la garantía de Ley 30.709 y su Reglamento.

¹¹⁰ Sobre la materia, véase Vidal Salazar, Michael, “Apuntes sobre la igualdad salarial y su tratamiento en el ordenamiento peruano: alcances e implicancias para el empleador”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, SPDTSS*, 2018, pp. 430-435.

¹¹¹ En cuanto, el artículo 1 de dicho Reglamento, referido precisamente a su ámbito de aplicación, plantea que “...es de aplicación a todos los trabajadores y empleadores del régimen laboral de la actividad privada en el sector privado”.

¹¹² En cuanto el texto legal, es bastante escueto y deja el desarrollo de tales instrumentos al respectivo Reglamento, como establece la Disposición Adicional Tercera.

¹¹³ Artículo 1, inciso primero, parte final, de la Ley 30.709.

por trabajo de igual valor”, en cuanto dispone la obligación de categorizar los puestos de trabajo, y ello es presupuesto para la implementación del principio indicado.¹¹⁴ En todo caso, el Reglamento amplió la garantía al trabajo de igual valor, tanto al incluir la protección ante discriminación indirecta —supuesto de garantía por el último derecho referido—, como por ampliar el instrumento de clasificación de los puestos de trabajo a la valoración de los mismos;¹¹⁵ además, frente al reclamo de discriminación directa o indirecta se establece la obligación del empleador de “acreditar que los puestos de trabajo implicados no son iguales y/o no tienen el mismo valor”.

Para la garantía del derecho referido se establece el instrumento de la “determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo”,¹¹⁶ materia que es desarrollada por el artículo 4 del Reglamento, en cuanto dispone del contenido mínimo y exigencias de esta clasificación. Además, esta obligación se extiende a todas las empresas, independientemente de su tamaño, aunque respecto de la micro y pequeña empresa el mismo Reglamento establece la asistencia técnica en tal manera de determinación de categorías de puestos de trabajo desde diversas entidades estatales.

Conjuntamente, el Reglamento establece un conjunto de definiciones sobre los temas regulados, entre ellos los de discriminación directa e indirecta (artículo 2); a la vez establece la prohibición de discriminación por parte de las empresas en la determinación de remuneraciones (artículo 5), y también establece supuestos de justificación de diferencias salariales, como son, entre otros, las “diferencias objetivas” (artículo 6), como también de “situaciones excepcionales” (artículo 7); materia que ha sido debate por parte de la doctrina laboralista.¹¹⁷

Además, el Reglamento encargó al Ministerio del Trabajo la expedición de las “Pautas Referenciales” para evaluar los puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones”. Por su parte, la fiscalización y aplicación de las

¹¹⁴ Salas Zúñiga, Gabriela, “Apuntes sobre el derecho a la igualdad salarial en el Perú”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 451.

¹¹⁵ En cuanto respecto del contenido mínimo de los cuadros de categorías y funciones, plantea como tercer contenido mínimo “La ordenación y/o jerarquización de las categorías en base a su valoración y a la necesidad de la actividad económica”.

¹¹⁶ Artículo 1, inciso primero, de la Ley 30.709.

¹¹⁷ Entre ellas véase Cermeño Durán, Claudia, “Excepciones a la igualdad salarial ¿Justificación de las diferencias o situaciones excepcionales?”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 469-488.

normas del Reglamento se encargó a una entidad estatal —la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), así como la elaboración de las directivas y protocolos necesarios. Además, su fiscalización y acciones para una adecuada implementación se responsabilizó a dos entidades del Estado: la SUNAFIL y las Direcciones y/o Gerencias Regionales del Trabajo.¹¹⁸

V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Es cierto que el reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa es resultado de una evolución en la que a partir del principio de igualdad se concretiza como derecho durante el siglo XX, según muestran diversos tratados internacionales, como son el Convenio 100 de OIT y la Convención sobre eliminación de toda forma de Discriminación de la Mujer, de NU.

Este derecho de no discriminación remunerativa presenta dos dimensiones en su contenido. De una parte, se plantea respecto de las distintas manifestaciones de discriminación —tanto la directa como la indirecta— y, por consiguiente, incorpora tanto el supuesto de un mismo trabajo como el de trabajos distintos pero de igual valor. De la otra, requiere la actuación positiva del Estado en la erradicación de tal discriminación, para lo cual debe establecer las medidas activas requeridas, entre otras, la necesaria evaluación de los puestos de trabajo, tal como lo establece el Convenio 100 de la OIT.

En virtud de tales antecedentes, se constata en este estudio que ha sido escaso el reconocimiento de este derecho en los países de América Latina. Ello parte del mismo sistema interamericano de derechos humanos en cuanto sólo el Protocolo Adicional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador) lo ha reconocido pero lo ha limitado a un mismo trabajo; lo que se reitera en el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva 17 de 2021 (considerando 174), aunque también pretende otorgarle un carácter sinónimo al de “trabajo por igual valor”.

Por su parte, los diversos Estados de Latinoamérica sí han ratificado el Convenio 100 de la OIT, pero el reconocimiento del derecho de no discriminación remunerativa no se ha incorporado en tales términos al ordenamiento

¹¹⁸ Materia que es regulada en las disposiciones complementarias tercera, cuarta y quinta del Reglamento.

jurídico interno de estos sistemas, en cuanto el grueso de estos países lo ha limitado al derecho a igual remuneración por un mismo trabajo y sólo en seis de ellos se ha consagrado en referencia a trabajo de igual valor.

Respecto del desarrollo de medidas activas para la garantía de este derecho sólo tres sistemas la han establecido, uno de ellos sobre la base de no discriminación frente a un mismo trabajo y los otros dos por trabajos de igual valor. Sin embargo, en dos de ellos las medidas han sido ineficaces para su objetivo: en uno de ellos —el de la garantía por un mismo trabajo— el sistema restringió las medidas a la acción judicial pero, a la vez, condicionó su ejercicio al reclamo previo ante la misma empresa, lo que hizo inoperante tal acción; y en el otro sistema no se ha dictado la reglamentación requerida para la implementación de dicha Ley. Por consiguiente, sólo un sistema ha diseñado y mantiene medidas activas frente a la discriminación remunerativa y es el de Perú, pero su implementación lleva pocos años, por lo que aún deberá esperar un tiempo para verificar su eficacia y efectividad.

Frente a estas constataciones emergen diversas reflexiones e interrogantes, tanto en atención al estado de las cosas en sí mismo, como en confrontación de los sistemas comparados.

En primer lugar, el atraso en el reconocimiento de un derecho de carácter fundamental, que es el referido al de no discriminación remunerativa y que comprende tanto el de igual trabajo como el de trabajos de igual valor. Ciertamente es que el análisis de las causas de este atraso debe efectuarse al interior de cada uno de los sistemas, pero llama la atención que también el sistema jurídico interamericano adolezca de este atraso, en circunstancias en que han sido los tribunales supranacionales los que en otros entornos han constituido la vanguardia en el reconocimiento de este derecho, tal como ha sido el Tribunal de Justicia y el de Derechos Humanos de la Unión Europea.

En segundo término, la confusión que se plantea en la identificación de las diversas causas que concurren en la generación de la brecha salarial que afecta a las mujeres y, consiguientemente, en los instrumentos que permitirían su control. De esta manera se pretendería que las medidas activas frente a la discriminación remunerativa pudieran hacerse cargo de estas diferentes causas, desconociendo así que se requiere de diversos mecanismos y políticas públicas referidas a la informalidad laboral y los roles de cuidado, entre otras.

En tercer término, la restricción del reconocimiento del derecho en su referencia a un mismo trabajo y, por ende, la exclusión del “trabajo de igual valor”, tanto a nivel interamericano como de cada uno de los países que integran esta región. Esta limitación tendría su explicación en diversos factores,

como la confusión entre ambos conceptos —en la que parece incurrir la CIDH en la citada Opinión consultiva 17 de 2021— y el desconocimiento de este concepto y la consideración de su difícil aplicación —tal como se presentó en Chile con la discusión del Proyecto que generó la Ley 20.348 de 2009—.

En cuarto término, las limitadas medidas activas que se establecen frente a la discriminación remunerativa: como sólo han sido tres los sistemas que la han establecido, estas medidas resultan insuficientes para los objetivos perseguidos. Ciertamente que debería analizarse al interior de cada sistema las causas de tales restricciones, pero una hipótesis explicativa podría relacionarse con la falta de bases de un sistema democrático de relaciones laborales, en cuanto precisamente estas medidas limitan las facultades discrecionales del empleador, ya sea objetivándolas o incorporando a la organización de trabajadores en su definición, aunque esta última vía no ha sido contemplada en ninguno de los casos en que en Latinoamérica se han establecido medidas activas, al contrario de los sistemas externos en los que se contempla la participación de los trabajadores y, obvia y necesariamente, de las trabajadoras.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO GUERRA, Pilar *et al.*, *Análisis jurídico de la Ley 1496 de 2011, igualdad de retribución salarial entre hombres y mujeres en Colombia*, trabajo de especialización derecho del trabajo, Universidad La Gran Colombia Facultad de Postgrados y Formación Continuada, Bogotá, 2018, disponible en: <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2208/Analisis%20Juridico%20Ley%201496%20de%202011%2C%20Igualdad%20de%20Retribucion%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ARRIGO, Gianni, *Diritto del Lavoro dell' Unione Europea*, Varazze, PM Edizione, 2018.

BADILLA, Ana y URQUILLA, Carlos, “El derecho al trabajo en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Interpretación los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009.

BALLESTER, Ma. Amparo, *La discriminación retributiva por razón de sexo*, Albacete, Bomarzo, 2018.

- BALLESTER, Ma. Amparo, “La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea”, *Revista Documentación Laboral*, España, 115, vol. 3, 2018.
- BARRERE, Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 20,348”, 2009, disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4732/HL_D_4732_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
- BLUME MOORE, Iván, “El nuevo reto que propone la Ley de Igualdad Remunerativa entre Varones y Mujeres: tres propuestas para su interpretación y aplicación práctica”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XII, 2001.
- Cámara de Diputados de Chile, Departamento de la Evaluación de la Ley, “Evaluación de la Ley Num. 20.348. Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones”, 2013, disponible en: http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20130325/asocfile/20130325153119/informe_ley_nro_20348.pdf.
- CABEZA, Jaime y NÚÑEZ-CORTEZ, Pilar, *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- CABEZA, Jaime, “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales de la Universidad del País Vasco*, España, núm. 25, 2012.
- CERMEÑO DURÁN, Claudia, “Excepciones a la igualdad salarial ¿Justificación de las diferencias o situaciones excepcionales?”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, 2018.
- CHICHA, Marie-Therese y OIT, *A Comparative Analysis of Promoting Pay Equity: Models and Impacts*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006.
- DÍAZ, Estrella, *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley N° 20.348 para avanzar en justicia de género*, Santiago de Chile, Dirección del Trabajo, 2015.
- ESPEJO, Andrés, *Informalidad laboral en América Latina. Propuesta metodológica para su identificación a nivel subnacional*, Documentos de Proyecto (LC/TS.2022/6), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2022.

- FACIO, Alda, “El derecho a la no discriminación”, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009.
- FACIO, Alda, “El derecho a la igualdad entre mujeres y hombres”, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009.
- LAZO TORRES, Vicente, *La discriminación directa e indirecta de carácter remunerativo por razón de sexo dentro de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, tesis de magister en derecho del trabajo y de la seguridad social de la Universidad de Talca, marzo de 2022.
- LEXARTZA ARTZA, Larraitz *et al.*, *La brecha salarial entre hombres y mujeres en América Latina. En el camino hacia la igualdad salarial*, Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Informe Técnico, núm. 16, 2019, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_697670.pdf.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción contra la discriminación”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 31, núm. 2, 2018.
- MOLINA MONSALVE, Carlos, *La aplicación del principio de igualdad salarial*, Colombia, Legis Editores, 2019.
- OELZ, Martín *et al.*, *Igualdad salarial. Guía introductoria*, Ginebra, OIT, 2013.
- OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2018/19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2019.
- OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Conferencia Internacional del Trabajo, 101a. reunión, 2012, *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---rel-conf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf.
- RODRÍGUEZ, Sarai, *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete, Bomarzo, 2020.
- ROJAS MIÑO, Irene, *El derecho de no discriminación remunerativa por causa de sexo en Chile*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2022.
- SÁEZ, Carmen, *Mujeres y mercado del trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994.

- SALAS ZÚÑIGA, Gabriela, “Apuntes sobre el derecho a la igualdad salarial en el Perú”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, 2018.
- SHEPPOARD, Collen, “Contester la discrimination systemique au Canada: Droi et Hangement organisationnel”, *La Revue des Droits de l’Homme*, Canadá, núm. 18, 2018.
- Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, “¿Qué implica la igualdad salarial al interior de las empresas?”, en VIII Congreso, Chiclayo, 24-26 de octubre de 2018, disponible en: <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/VIII-Congreso-Nacional-Chiclayo-oct-2018.pdf>.
- VIDAL SALAZAR. Michael, “Apuntes sobre la igualdad salarial y su tratamiento en el ordenamiento peruano: alcances e implicancias para el empleador”, *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, 2018.

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: DERECHO FUNDAMENTAL O COMPROMISO CONSTITUTIVO*

PROTECTION OF THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION:
FUNDAMENTAL RIGHT OR CONSTITUTIVE COMMITMENT

PROTECTION DU DROIT À LA DÉCONNEXION NUMÉRIQUE:
DROIT FONDAMENTAL OU ENGAGEMENT CONSTITUTIF

Magali Beatriz BOBADILLA YZAGUIRRE**
Vladimir RODRÍGUEZ CAIRO***

RESUMEN: El derecho a la desconexión digital se encuentra protegido normativamente en varios países pertenecientes a distintas familias jurídicas; sin embargo, la protección legislativa de este derecho de acuerdo con varios estudios realizados a nivel global, no ha presentado resultados satisfactorios para los trabajadores. Este artículo revisó las últimas propuestas de protección del derecho de desconexión digital de carácter no normativo, pero que según sus autores buscan garantizar el cumplimiento del mismo. Las propuestas revisadas fueron: la Declaración de Principios y Derechos Digitales de la Unión Europea, la Carta de Derechos Digitales de España, el Green New Deal de los Estados Unidos,

* Recibido el 23 de septiembre de 2022, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023.

** Doctoranda en derecho por la Universidad San Ignacio de Loyola, Perú. Magíster en desarrollo organizacional por la Universidad del Desarrollo, Chile, y magíster en dirección de personas por la Universidad del Pacífico, Perú. Diploma de estudios avanzados en derecho por la Universidad de Salamanca. Abogada y actualmente profesora de la carrera de derecho, miembro del Comité de Calidad y líder del proyecto Responsabilidad Social Universitaria vinculado a la carrera de derecho de la Universidad Científica del Sur. ORCID: 0000-0002-2882-0575.

*** Doctor en derecho y ciencia política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Asesor en la Dirección General de Mercados Financieros y Previsional Privado del Ministerio de Economía y Finanzas. Profesor principal de la UNMSM. Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. ORCID: 0000-0001-9971-0405.



y el Código de Buenas Prácticas sobre el Derecho a la Desconexión de Irlanda. De ahí que esta investigación tuvo como objetivos analizar cada una de las propuestas y sus contribuciones, así como determinar si las propuestas se aproximaban a la protección constitucional o se acercaban a una protección a través de los compromisos constitutivos. El trabajo presenta un diseño descriptivo, método analítico y enfoque cualitativo. Los hallazgos revelaron que las propuestas coinciden con los compromisos constitutivos y, por tanto, la eficacia de la institución del derecho de desconexión digital se alinea con el orden espontáneo.

Palabras clave: desconexión digital, compromisos constitutivos, derechos fundamentales, derechos de cuarta generación.

ABSTRACT: The right to digital disconnection is legally protected in several countries belonging to different legal families; however, the legislative protection of this right, according to several studies carried out globally, has not presented satisfactory results for workers. This article reviewed the latest proposals for the protection of the right of digital disconnection of a non-regulatory nature, but which, according to its authors, seek to ensure compliance with it. The revise proposals were: The Declaration on digital rights and principles of the European Union, The digital Bill of Rights of Spain, The Green New Deal of the United States, and The Code of Good Practice on the Right to Disconnection of Ireland. Hence, this research aimed to analyze each of the proposals and their contributions, as well as determine if the proposals approached Constitutional protection or approached protection through constitutive commitments. The work presents a descriptive design, analytical method and qualitative approach. The findings revealed that the proposals coincide with the constitutive commitments and therefore, the effectiveness of the institution of the right of digital disconnection is aligned with the spontaneous order.

Keywords: digital disconnection, constitutive commitments, fundamental rights, fourth generation rights.

RÉSUMÉ: Le droit à la déconnexion numérique est juridiquement protégé dans plusieurs pays appartenant à des familles juridiques différentes; cependant, la protection législative de ce droit, selon plusieurs études menées au niveau mondial, n'a pas présenté de résultats satisfaisants pour les travailleurs. Cet article passe en revue les dernières propositions

de protection du droit à la déconnexion numérique à caractère non réglementaire, mais qui, selon ses auteurs, visent à en garantir le respect. Les propositions examinées étaient : la Déclaration de principes et des droits numériques de l'Union européenne, la charte des droits numériques de l'Espagne, le Green New Deal des États-Unis, le Code de bonnes pratiques sur le droit à la déconnexion de l'Irlande. Par conséquent, cette recherche visait à analyser chacune des propositions et leurs contributions, ainsi qu'à déterminer si les propositions se rapprochaient de la protection constitutionnelle ou de la protection par des engagements constitutifs. Le travail présente une conception descriptive, une méthode analytique et une approche qualitative. Les résultats ont révélé que les propositions coïncident avec les engagements constitutifs et que, par conséquent, l'efficacité de l'institution du droit à la déconnexion numérique est alignée sur l'ordre spontané.

Mots clés: déconnexion numérique, engagements constitutifs, droits fondamentaux, droits de quatrième génération.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fundamentos de la desconexión digital.* III. *Métodos.* IV. *Instrumentos de protección de la desconexión digital.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el derecho a la desconexión digital fue reconocido en Francia en 2016, la eficacia de esta figura jurídica ha sido motivo de debates en Asia, Europa y América. Esto se debe porque, a pesar de su regulación, en la práctica de acuerdo con diversos estudios,¹ no se garantiza su efectivo cumplimiento.

Es así que en Asia, Corea del Sur (2016) e India (2018), regularon este derecho con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores y de garantizar el derecho a la privacidad. Con mayor rigurosidad Filipinas, en enero de 2022, ha presentado un proyecto de ley² que pretende lograr la efica-

¹ Eurofound (2021), *Right to disconnect: Exploring company practices*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, que manifiesta que las personas que trabajan desde casa con regularidad por encima del límite máximo corren el riesgo de descansar menos horas requeridas.

² Senate Bill, No. 2475, "Promoting the welfare of employees by defining rest hours, providing penalties for any violation thereof, and for other purposes", 17 de enero de 2022, dis-

cia de la norma penalizando, si es preciso, a los empleadores que la transgredan. Esta iniciativa guarda semejanza con el único proyecto de ley presentado en 2018 en Nueva York, Estados Unidos, que también establecía multas ante el incumplimiento. Pero dicha propuesta no prosperó.³

Desde la perspectiva europea, Estados como Francia, España, Bélgica e Italia regulan este derecho, reflejando el interés en el respeto a la conciliación de la vida familiar y laboral, la salud, entre otros. Unido a estos propósitos, diversas empresas y el sindicalismo europeo ha servido de base para guiar al Parlamento Europeo en la elaboración de una directiva comunitaria que garantice el derecho a la desconexión digital.

En Latinoamérica, la influencia positivista que ejerce el sistema jurídico romano germánico se ha visto evidenciado mediante la incorporación de este derecho a sus legislaciones. A modo de ejemplo, se presenta a los países pertenecientes a la CAN (Comunidad Andina de Naciones), han regulado el teletrabajo y la desconexión digital de manera individual durante el periodo de la pandemia del COVID-19, con caracteres muy similares a las normas europeas.

De lo anteriormente reseñado, se advierte que la problemática del derecho a la desconexión digital, no se encuentra en la incorporación de la normativa, sino en la falta de garantía que presenta este derecho. Esto se visibiliza a través de actuales estudios internacionales y de la doctrina.

En efecto, la doctrina, a través de algunas investigaciones, confirma esta problemática. En este sentido, Camos,⁴ refiere a la interconectividad como un factor que no permite lograr la conciliación de la vida familiar y laboral, además considera que *a pesar de la existencia de la normativa no se logra garantizar la desconexión debido a que la misma no es tan efectiva o no permite al trabajador ejercerla en*

ponible en: <https://legacy.senate.gov/ph/lisdata/3691033287!.pdf>, busca proteger a los trabajadores y propone en su sección 7 establecer sanciones pecuniarias y multa e incluso pena privativa de la libertad no menos de un mes y no más de seis meses si el empleado es discriminado o ve disminuidas sus posibilidades de empleo.

³ Faz Garza, Oscar y Malagón Monroy, David Iván, “La desconexión laboral como nuevo derecho humano. Un análisis de derecho comparado y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, noviembre de 2021, p. 550, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/16485> (fecha de consulta: 16 de marzo de 2022).

⁴ Camós Victoria, Ignacio y Sierra, Herrero Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación”, *Izquierdas*, núm. 49, julio de 2020, pp. 1053-1074, disponible en: http://www.izquierdas.cl/images/pdf/2020/n49/art56_1053_1074.pdf.

todo sentido. Por otro lado Ramón,⁵ aborda las limitaciones de este derecho en el estudio que plantea, enfocándose en el sector de la educación universitaria. De esta manera, evidencia la conexión permanente y la ausencia de un control horario, como se presenta en el caso de los docentes universitarios.

De este modo, el que se positive el derecho a la desconexión digital, no significa que se resuelvan los problemas; más bien evidencia la eficacia limitada que presentan estas normas y que es necesario algo más valorativo, más supralegal. Desde tal perspectiva, Ossa⁶ refiere que “el derecho no se agota en la norma, y ese hecho, nos remite a principios suprallegales”. Por lo que podemos considerar que en el contexto de la sociedad digital debemos pensar en compromisos constitutivos y/o en principios suprallegales que permitan brindar soluciones adecuadas.

Dicho esto, el presente estudio se diseñó con el objetivo de analizar las propuestas no normativas que han sido presentadas con la finalidad de contribuir con la solución de los conflictos planteados. Además, determinar si las propuestas se aproximan a la protección constitucional o se acercan a los compromisos constitutivos.

Es por ello que se planteó la siguiente interrogante: ¿serán las propuestas no normativas contribuciones que ayuden a garantizar el derecho a la desconexión digital? A través de este estudio, se pretende contestar esta pregunta.

II. FUNDAMENTOS DE LA DESCONEXIÓN DIGITAL

1. *Naturaleza de la desconexión digital*

La utilización constante y de múltiples dispositivos desborda al trabajador en el uso del tiempo de conexión por lo que ha sido inevitable incorporar el derecho a la desconexión digital. Esto, ante la necesidad de hacer efectivo el derecho al descanso del trabajador y lo que conlleva como el respeto del derecho a disfrutar de su intimidad familiar.

⁵ Ramón, Francisca, “La desconexión digital y la docencia universitaria online en tiempos de pandemia por la COVID-19: una ilusión más que una realidad”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm. 32, 2021, p. 9

⁶ Ossa, Mario, “Nuevas tendencias del derecho”, *Opinión Jurídica*, vol. 1, núm. 2, 2002, p. 45, disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1295>.

Cabe precisar que el derecho a la desconexión digital ha sido analizado desde varios enfoques jurídicos como la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Igualmente destacable es la contribución de la negociación colectiva y la autorregulación a través de las empresas.

Ahora bien, la regulación sobre la desconexión digital se ha implementado en varios países, inclinándose la mayoría a considerarlo un derecho.⁷ El aporte de la positivización es haber logrado la visibilidad de este derecho, exponiendo la necesidad de revisar las características de las nuevas formas de organización empresarial que vincula el uso de distintas formas de tecnología (*Whatsapp*, plataformas de comunicación virtual, etcétera) como parte de la relación laboral.

Realizando una revisión comparada, se puede afirmar que el derecho a la desconexión digital depende del modelo impuesto a través de la legislación de cada Estado,⁸ ya que para la incorporación del derecho, cada Estado ha utilizado una conceptualización diferente, en algún caso insuficiente o abierto. Asimismo, utilizó la categoría oportuna de acuerdo con su sistema normativo que, en muchos casos, ha tenido mayor aceptación durante el periodo de la pandemia de COVID-19. Especialmente, podría citarse a los países latinoamericanos que normativizaron, a través de leyes, que modificaron códigos laborales y otros, mediante decretos de urgencia, como el caso peruano,⁹ siendo el que mantiene una protección débil.

⁷ Gutiérrez, David, “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, p. 31; disponible en: https://www.researchgate.net/publication/341499891_La_desconexion_digital_de_los_trabajadores_Reflexiones_a_proposito_de_su_calificacion_como_derecho_y_su_instrumentacion.

⁸ Alemán Páez, Francisco, “El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail Núm. 2016-1088”, 2017, p. 31, disponible en: http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_31/D7.pdf, en este sentido el autor señala que éste podría ser un factor problemático que debe ser resuelto a través de la labor de la investigación.

⁹ Decreto de Urgencia núm. 127-2020. Establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones (31 de octubre de 2020); disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-el-otorgamiento-de-subsidi-decreto-de-urgencia-n-127-2020-1899077-1/>.

¹⁰ Decreto Supremo D.S. 004-2021 TR. Dicta disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto de Urgencia núm. 127-2020, disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-dicta-disposiciones-reglamentarias-para-decreto-supremo-n-004-2021-tr-1933990-3/>.

A través de estos decretos de urgencia, el Perú reconoce el derecho de desconexión digital y deja al empleador la libertad para implementar los criterios para garantizar el cumplimiento del derecho.

La doctrina, por su parte, se ha destacado por realizar el análisis comparativo de la figura de la desconexión digital, tratando de demostrar su naturaleza jurídica y desarrollar un concepto más uniforme. Particularmente es interesante el concepto propuesto por Alemán, quien define el derecho a la desconexión digital de manera amplia, como a continuación presentamos:

[desconexión digital] derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los derechos dignatarios básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva.¹⁰

Por otro lado, Camos y Sierra presentan una definición más corta de la siguiente manera:

El derecho a la desconexión puede ser entendido como el derecho de los trabajadores, cualquiera que sea su categoría, a desconectarse, es decir a no estar permanentemente accesible por razones relacionadas con la ejecución de su trabajo más allá de su jornada laboral.¹¹

La naturaleza jurídica del derecho a la desconexión digital se presenta compleja porque se protegen distintos bienes jurídicos como la salud laboral, los derechos de conciliación,¹² la intimidad y el descanso.¹³

A su vez, es importante manifestar que la desconexión digital nació del orden espontáneo de la actividad empresarial, siendo Alemania el primer país en 2011 cuando la empresa privada asumió autorregularse de forma voluntaria a través de grupo Volkswagen cuyas directrices fueron conocidas como la ley más extraña. Estas directrices permitían la desactivación los correos electrónicos de *Blackberry* fuera de las horas de trabajo para los empleados

¹⁰ Aleman, *op. cit.*, p. 31.

¹¹ Camós, A. y Sierra, A., *op. cit.*, p. 1059.

¹² Alemán, *op. cit.*, p. 18.

¹³ Fernández, Francisca, “El trabajo a distancia en España: análisis en clave preventiva tras la aprobación de la ley 10/2021, de 9 de julio”, *Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2021, disponible en: <http://www.revistaiep.otalca.cl/?p=316>.

que trabajaban bajo contratos sindicales.¹⁴ Otro ejemplo se produjo en 2016 con Mercedes-Benz; la empresa ofreció a sus trabajadores acogerse al sistema *mail on holiday*, por medio del cual los correos enviados a trabajadores que se encuentran de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa. De esta forma, se evitan que lleguen a sus destinatarios durante las fechas en que se encuentran de vacaciones, así como la sobrecarga de mensajes que suele seguir a tales periodos.

Las acciones establecidas por las mencionadas empresas surgieron de forma natural, se autogeneraron con el fin de contribuir con el bienestar de sus trabajadores, y que en su evolución dieron lugar a la existencia de la legislación; por tanto, llevan consigo las características de lo que se denomina según Hayek¹⁵ el orden espontáneo creado en este caso por las organizaciones empresariales.

Por otro lado, hay que destacar dos aspectos sobre la participación colectiva de los trabajadores: de un lado, la negociación porque contribuye en la definición de este derecho al no existir un concepto único, considerándolo un derecho a desconectarse frente a las intromisiones fuera del tiempo de trabajo desarrollando acuerdos con los empleadores que aseguran el respeto al tiempo de descanso de los trabajadores. Otro aspecto importante es la representación sindical mediante la participación en la elaboración de la política interna de la empresa referida al derecho de desconexión.

2. Protección constitucional de la desconexión digital

La Constitución mexicana de 1917 estableció las bases de reconocimiento de los derechos laborales, iniciándose el constitucionalismo del derecho del trabajo. Este hecho fue seguido por Alemania en 1919, España en 1931, y gran parte de los Estados europeos como latinoamericanos, que fueron adaptando estos derechos.

Tradicionalmente, estas normas laborales consagradas en las denominadas Constituciones sociales, se caracterizan por tener un carácter normativo, axiológico y principista basado en la igualdad, a diferencia de las Constituciones

¹⁴ Faz Garza, Oscar y Malagón Monroy, David Iván, *op. cit.*, p. 545, también en este artículo los autores citan otro ejemplo de autorregulación.

¹⁵ Hayek, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2a. ed., trad. de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 2014, pp. 60-69.

liberales cuyo objetivo es garantizar la libertad de los individuos. Siendo ésta una discusión que se resuelve en el marco de las doctrinas filosóficas que prevalezcan en la sociedad. Y que fundamentan si los derechos laborales son derechos fundamentales.¹⁶

Sin embargo, bajo este sustento se protegen, en el caso peruano, la jornada y el derecho al descanso, entre otros derechos de los trabajadores de carácter individual y colectivo. Pero la siguiente pregunta sería: ¿se garantizan totalmente los mismos? Y qué sucede cuando se implementa el teletrabajo y las plataformas digitales.¹⁷ El uso de la tecnología en los medios de producción que impactan en los procesos productivos y por consiguiente en las relaciones laborales podrían abrir el camino para empezar a entender la declaración universal de derechos humanos desde una nueva perspectiva que llevaría a configurar estos derechos como derechos humanos de cuarta generación,¹⁸ junto con otros derechos como el desarrollo sostenible que permite conservar el medio ambiente natural, a la libre circulación de personas, que permitan condiciones humanas de vida digna y que conforman el grupo de derechos del siglo XXI.

Pero, ¿la desconexión digital podría ser un derecho fundamental? Esto depende de la consideración y reconocimiento que se dé a este derecho como ya se ha señalado en apartados anteriores. Un ejemplo que explica este hecho es la regulación de los derechos digitales protegidos en la legislación española a través de la LO 3/2018,¹⁹ que según el artículo 1.b busca calificar los derechos digitales de los ciudadanos al amparo del artículo 18.4 de la Constitución española como derechos fundamentales. Sin embargo, este objetivo se cumpliría si se realiza una amplia interpretación del artículo 18.4 de la Constitución,

¹⁶ Blancas, Carlos, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Lima, Palestra Editores, 2015, p. 37.

¹⁷ En este sentido, también existe una crítica planteada desde la perspectiva de la realidad laboral mexicana, que a pesar de ser la primera en introducir los derechos laborales a través de la Constitución presenta problemas de garantías de protección, p. 53, véase Aguilera Durán, Jesús, “Reconfiguración de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 31, julio-diciembre de 2020, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/15309>.

¹⁸ Bustamante, Javier, “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. CTS+P”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, disponible en: <https://www.corteidb.or.cr/tablas/r22470.pdf>.

¹⁹ Ley Orgánica 3/2018 (5 de diciembre) de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

coincidiendo de esta forma con lo argumentado por Gutiérrez,²⁰ en que no existe protección fundamental del derecho de desconexión digital en España por la falta de reconocimiento explícito de acuerdo a lo estipulado en el artículo 53.1 de la propia Constitución. Lo que significaría que este derecho encontraría posiblemente sustento constitucional pero no fundamental y justamente este tipo de situaciones llevan a limitar la eficacia del derecho.

Por tanto, la consideración de derecho fundamental debe revisarse detenidamente de acuerdo con los textos constitucionales.

3. *Desconexión digital como compromiso constitutivo*

La propuesta de compromiso constitutivo surgió en los Estados Unidos después de la segunda guerra mundial, cuando la población soportó el periodo de la Gran Depresión. Este hecho evidenció graves consecuencias como el desempleo, la pobreza y la vulnerabilidad social, llevando al presidente Roosevelt a realizar la propuesta de la segunda Carta de Derechos en 1944, con lo que buscaba cambios constitucionales que legitimaran su programa de reformas sociales y económicas para asegurar una economía justa y estable.

La segunda Carta de Derechos tuvo una gran trascendencia, pues en ella se apreciaban un conjunto de derechos de corte económico y social que no se encontraban en la Constitución estadounidense, pero se deducían que estaban incluidas en ella. Esta Carta se comprometía a transmitir compromisos que debían ser asumidos por la ciudadanía como una especie de prueba del cumplimiento de las responsabilidades por parte de la nación.²¹

Por ello, los compromisos debían ser exigibles a través de los tribunales. Como ejemplo podemos mencionar el derecho a vivir libre de discriminación racial por parte de empleadores privados. Este derecho nace en la ley de derechos civiles de 1964 frente a la protección Constitucional que se aplica sólo al empleador como el Estado, entonces los empleadores podrían discriminar. Sin embargo, vivir libre de discriminación racial privada es un compromiso constitutivo en los Estados Unidos. Sobre los compromisos constitutivos Susteín señala:

tienen lugar especial en el sentido de que tienen amplia aceptación y no pueden ser eliminados sin un cambio fundamental en su interpretación social.

²⁰ Gutiérrez, *op. cit.*, p. 6.

²¹ Susteín, Cass R., *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2018, p. 80.

Son constitutivos genuinamente, en el sentido de que contribuyen a crear (o, precisamente, constituir) los valores básicos de una sociedad... así como se espera que tenga cierta estabilidad en el tiempo.²²

Por tanto, los compromisos constitutivos son los valores, las garantías que necesitan ser exigidos jurisdiccionalmente de manera efectiva y que los derechos constitucionales no ofrecen.

Lo anterior reviste especial importancia con relación al derecho de la desconexión digital, porque podemos observar que la mayoría de los Estados ofrecen una regulación específica o, en algunos casos, se trata de considerar esta protección desde la perspectiva de la protección como derecho fundamental. Tal es el caso que busca la Unión Europea con su propuesta de Carta de Derechos Digitales, la cual sería articulada a través de una directiva comunitaria.

Un ejemplo actual de compromiso constitutivo es el *New Green Deal*, una propuesta²³ que busca la transformación del sistema económico, a través de la reducción energética de gases de efecto invernadero.

El derecho a la desconexión digital forma parte de ese conjunto de derechos digitales que luego de la pandemia del COVID-19 indiscutiblemente se han establecido como una necesidad de los trabajadores a nivel global, no existiendo distinción de pertenecer a una familia jurídica, a un orden regional o multilateral, sus riesgos vinculados al tiempo del trabajo han sido evidenciados y son aceptados por la sociedad sin distinción, las diferencias establecidas en los sistemas jurídicos sobre la protección del derecho no ha logrado sus objetivos, es por ello que considerar el derecho a la desconexión como compromiso constitutivo significa crear en las personas, ciudadanos en general, el conocimiento y la aceptación de este derecho, con lo cual se generaría valor en la sociedad y, por consiguiente, se estabilizaría en el tiempo y ayudaría a que fueran realmente exigibles.

III. MÉTODOS

El diseño utilizado fue descriptivo y no experimental porque no se manipuló la variable de estudio. El alcance fue descriptivo, ya que se analizaron

²² *Ibidem*, pp. 76 y 77.

²³ Propuesta presentada por la demócrata Alexandra Ocasio Cortez, disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/04/22/opinion/1555924343_085283.html.

las propuestas no normativas examinando si se aproximaban a los derechos constitucionales o a los compromisos constitutivos. El enfoque planteado para este trabajo fue cualitativo porque *la investigación cualitativa se relaciona con el paradigma interpretativo*.²⁴

La Unidad de Estudio estuvo constituida por las propuestas sobre protección del derecho a la desconexión digital como: la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, la Carta de Derechos Digitales, *The New Green Deal* y, finalmente, el Código de Buenas Prácticas sobre el Derecho a la Desconexión de Irlanda. La técnica que se utilizó para recolectar datos fue documental y se procesó la información a través de tablas y gráficos.

IV. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LA DESCONEXIÓN DIGITAL

1. *The New Green Deal*

Esta propuesta conocida como el *New Green Deal*²⁵ ambiental fue iniciativa de la congresista demócrata Alexandria Ocaso Cortez, quien propone la transformación del sistema económico estadounidense a través de la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, mediante la utilización de la eficiencia energética, así como proteger los derechos de la población. Es decir, busca transformar el modelo económico estadounidense a través del crecimiento sostenible.

Esta propuesta se sostiene íntegramente en el *New Deal* del presidente Roosevelt; como se ha sostenido en el apartado anterior, se basa en compromisos constitutivos.

En este documento se suscriben una serie de propuestas relacionadas con el área de trabajo y, aunque directamente no se señale la desconexión digital, es importante que se establezcan las condiciones de trabajo adecuadas, la estandarización de horarios, así como los compromisos con la seguridad de la salud en el trabajo que deben ser aplicados sin distinción. Además, para

²⁴ El Fakihi Rodríguez, F. y González Reinoza, J., “Propuesta de sistematización de los elementos de la investigación jurídica. Resultado de una experiencia”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 97-122.

²⁵ H.Res.109 – “Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal”, disponible en: <https://www.congress.gov/bills/116/congress/bouse-resolution/109/text>.

lograr la reducción del efecto invernadero y la contaminación en todo sentido deberá haber mayor utilización de la tecnología como sea posible.

Si bien en este documento no se encuentra explícitamente una propuesta sobre la desconexión digital, se puede deducir del contenido de los incisos J y K; propuestas que deben cumplirse sin distinción de entorno y sector. Por ejemplo, fortalecer y hacer cumplir los contratos de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, además de estándares de salarios y horarios en todos los empleadores, industrias y sectores, así como la estandarización de las jornadas laborales.

2. Código de Buenas Prácticas sobre el Derecho a la Desconexión de Irlanda

Este Código²⁶ fue elaborado por la Comisión de Relaciones de Trabajo por encargo del primer ministro y ministro de Empresa y Comercio de Irlanda, Leo Varadkar.

Se trata de directrices escritas acordadas en un proceso consultivo para establecer orientación y mejores prácticas para los empleadores y empleados, con respecto al cumplimiento de la legislación laboral. No son jurídicamente vinculante, pero se tienen en cuenta en caso de que se presenten reclamaciones. El Código de Buenas Prácticas sobre el Derecho a la Desconexión Digital se aplica a todo tipo de empleo, ya sea que se trabaje de forma remota o no, colaborando con los empleados, sin importar cuál sea su trabajo, protege el derecho a desconectarse del trabajo fuera de su horario normal para lograr un mejor equilibrio entre el trabajo y la vida personal.

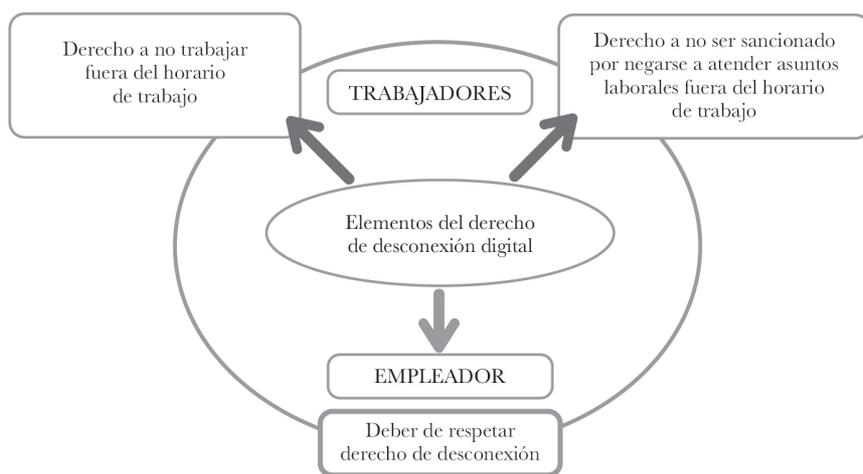
El Código presenta una definición sobre el derecho a la desconexión estableciendo lo siguiente: *derecho de un empleado a poder desvincularse del trabajo y abstenerse de participar en actividades relacionadas con el trabajo: comunicaciones electrónicas, como correos electrónicos, llamadas telefónicas u otros mensajes fuera del horario normal de trabajo*. Asimismo, el Código presenta tres derechos que derivan del anteriormente mencionado, como el derecho a no trabajar fuera del horario de trabajo, derecho a no ser sancionado por negarse a atender asuntos del trabajo fuera del horario de trabajo, deber de respetar el derecho de otra persona de desconectarse fuera del horario de trabajo. Sin embargo, el Código reconoce

²⁶ Workplace Relations Commission, Code of Practice for Employers and Employees on the Right to Disconnect, marzo de 2021, disponible en: https://workplacelrelations.ie/wrc/en/what_you_should_know/codes_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.

situaciones particulares en las que se pueda contactar con los empleados fuera de su horario normal siendo flexible en estos casos.

A continuación, en la figura 1 se presenta lo que el Código denomina elementos de la desconexión digital, que son dos derechos que se complementan y garantizan la desconexión a los trabajadores y un deber ineludible de los empleadores.

FIGURA 1. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESCONEXIÓN DIGITAL SEGÚN EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN



FUENTE: Elaboración propia.

De acuerdo con la propuesta establecida en el apartado “Condiciones de Trabajo”, que es parte del capítulo II de la Carta, están constituidos por dos aspectos fundamentales; de una parte, como un grupo de cuatro condiciones de trabajo sustentadas en principios que dotan de fundamento al compromiso, como equidad, justicia, salud y seguridad. De otra parte, el ámbito que abarca la protección como el entorno sin distinción de espacio físico o virtual, de situación laboral o modalidad.

3. *Carta de derechos digitales*

Desde la perspectiva gubernamental, España presentó el 14 de julio de 2021 la Carta de Derechos Digitales,²⁷ que muestra el interés del gobierno español en respetar los derechos digitales frente a los retos de la transformación digital. Es un documento que no presenta valor normativo, sino más bien un conjunto de compromisos. En ese sentido, refiere Piñar que: “Es más bien una declaración formal de intenciones (avalada por el propio presidente del gobierno), un compromiso de pleno respeto a los derechos digitales”.²⁸ La carta tiene en cuenta derechos ya reconocidos pero también impulsa derechos no reflejados o reconocidos formalmente como el derecho a la identidad digital.

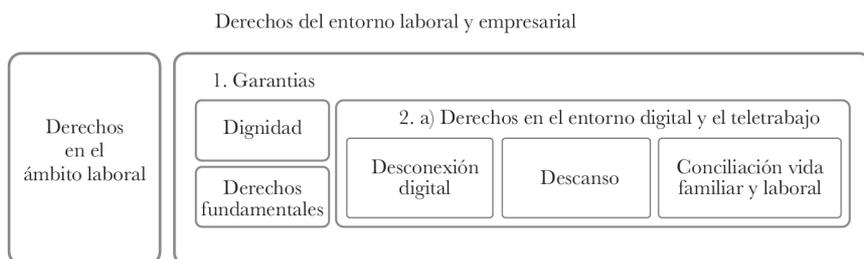
Se podría decir que, por las características mencionadas en el párrafo anterior, la Carta de Derechos Digitales reviste la forma de los compromisos constitutivos. Ésta se estructura en seis apartados denominados derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos de participación y de conformación del espacio público, derechos del entorno laboral y empresarial, derechos digitales en entornos específicos. Cada apartado contiene una relación de derechos que conforman un total de 28.

La siguiente figura 2 permite visualizar la ubicación del derecho de desconexión digital reconocido como un derecho del entorno digital y asociándolo al teletrabajo y al derecho al descanso, reconociéndose autonomía a cada uno de ellos, garantizando su protección a través de principios de dignidad y derechos fundamentales.

²⁷ Gobierno de España, Carta de Derechos Digitales, 2021, disponible en: https://www.lamondcloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.

²⁸ Piñar, José Luis, “La Carta de Derechos Digitales. Hoja de ruta para la transformación digital (agosto 2021) post jurídico CMS”, disponible en: <https://cms.law/es/esp/publication/la-carta-de-derechos-digitales.-hoja-de-ruta-para-la-transformacion-digital>.

FIGURA 2. LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO DERECHO EN EL ENTORNO DIGITAL



FUENTE: elaboración propia.

El apartado que reconoce el derecho a la desconexión digital se ubica en el epígrafe de los derechos del entorno laboral y empresarial, confiriéndole en el entorno digital y del teletrabajo reconocimiento en el mismo nivel que el derecho al descanso y visibiliza la importancia de la conciliación de la vida personal y familiar. Además, se puede deducir que si bien de tal presentación se plantea el mismo nivel de protección para la desconexión digital y derecho al descanso también visibiliza entonces la existencia de criterios diferenciadores entre ambos. La Carta busca ser un referente para las iniciativas legislativas y se alinea a la propuesta de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales.

4. Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digital para la Década Digital

Esta declaración²⁹ se origina porque la Unión Europea (en adelante UE) quiere abordar las oportunidades y retos que promueve la transformación digital para los ciudadanos. Para ello, promueve derechos y principios que deben acompañar a las personas de manera habitual; tales como conectividad digital asequible y de alta velocidad, aulas bien equipadas y profesores con competencias digitales, desconexión después del horario laboral, entre otros.

²⁹ Comisión Europea, Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, 2022, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>.

La declaración se funda en el derecho de la Unión Europea, desde los tratados hasta la Carta de los Derechos Fundamentales; en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como en el derecho derivado y tiene carácter declarativo, por lo que no afecta al contenido de las normas jurídicas. Asimismo, se considera que la promoción de los principios digitales tiene carácter de compromiso político y responsabilidad compartido por la Unión y sus Estados miembros. El carácter de compromiso que presenta esta Declaración Europea sobre los derechos digitales aproxima este documento más a la teoría de los compromisos constitutivos. Su redacción se sustenta sobre la base reiterada de compromisos, como el político que busca la responsabilidad de la Unión y los Estados miembros. Además, como más adelante veremos, busca ser una fuente de inspiración para organizaciones internacionales y terceros países ante la necesidad de lograr un modelo de transformación que tenga el mercado único digital como idea principal.

El documento fue publicado el 26 de enero de 2022 y está compuesto por un preámbulo y seis capítulos. El preámbulo expone las razones políticas comunes de los países miembros y los motivos que han llevado a la elaboración de esta Declaración; también manifiesta que este documento no solo sea de interés regional, sino que se promueva además en las relaciones internacionales y con terceros como fuente de inspiración de la transformación digital.³⁰

En el capítulo II, denominado “Solidaridad e inclusión”, en el epígrafe “Condiciones de trabajo”, se encuentra el compromiso relacionado con el derecho a la desconexión digital de la siguiente manera: “Velar por que toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital”. El compromiso busca asegurar el cumplimiento del equilibrio entre la vida privada y vida laboral, introduciendo el concepto de vida privada,³¹ que no es precisamente un concepto claro y delineado, ya que varía de acuerdo con las legislaciones e incluso familias jurídicas y, de esta forma, elimina el concepto vida familiar. Además, el compromiso está sostenido con base en el cumplimiento de las condiciones que se encuentran conformadas por principios como equidad, justicia, salud y seguridad dentro de un ámbito de protección sin distinciones de entorno, tiempo y demás.

³⁰ *Ibidem*, considerando 6.

³¹ Suárez Crothers, C., “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, *Revista de Derecho*, núm. 11, 2000, pp. 103-120, disponible en: <http://revistas.uach.cl/index.php/revinder/article/view/2919/2442>.

Las propuestas revisadas se pueden analizar a través de la siguiente tabla 1. Aquí se puede observar las propuestas en el tiempo y su tendencia hacia derechos constitutivos y derechos constitucionales.

TABLA 1. TENDENCIAS DE LAS PROPUESTAS NO NORMATIVAS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE DESCONEXIÓN DIGITAL

<i>Propuestas</i>	<i>País</i>	<i>Fecha de publicación de propuesta</i>	<i>Compromisos constitutivos</i>	<i>Derechos constitucionales / Derechos fundamentales</i>
<i>The New Green Deal</i>	Estados Unidos	05/02/2019	Si bien es una política para impulsar el crecimiento económico sostenible basado en energías renovables, este documento presenta en propuestas relacionadas al mejoramiento del empleo relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, estandarización de horas laborales (J,22, p. 12) cumplimiento de normas de contratación y protección laboral (K,2, p. 13).	
Código de Buenas Prácticas sobre el Derecho a la Desconexión digital	Irlanda	01/04/2021	Proporciona una guía y mejores prácticas a empleadores y empleados y representantes con relación al derecho a desconectar (p. 3).	
Carta de Derechos Digitales	España	14/07/2021	La naturaleza del entorno hace necesario un proceso abierto de reflexión que permita mejorar el marco normativo (Consideraciones previas, párrafo 8). El carácter no normativo reconoce los retos en la aplicación e interpretación que la adaptación del entorno digital plantea (Consideraciones previas, párrafo final).	Inspirado con base en los derechos fundamentales, perfila y describe derechos auxiliares de los primeros (Consideraciones previas, párrafo 4).
Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital	Unión Europea	26/01/2022	La Declaración tiene por objeto explicar las intenciones políticas comunes, así como guiar a los responsables políticos en sus reflexiones acerca de su visión sobre transformación digital. (Considerando 5). El carácter declarativo. (Considerando 7). Redacción del texto con base en compromisos.	Se sustenta en el derecho primario, es decir principios y objetivos que se establecen en los tratados constitutivos como Tratado de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otros valores europeos (Considerando 7).

FUENTE: Elaboración propia.

El *New Green Deal* propone impulsar inversiones para cambiar el modelo económico, haciéndolo más sustentable. Dentro de esta política se generarán empleos verdes que, definitivamente, van a coexistir con el uso de la tecnología, por lo que es importante el fortalecimiento de las condiciones adecuadas de trabajo, en cualquier entorno que es lo que propone esta política pública; además, es importante precisar que esta propuesta va en sintonía con la protección de los derechos humanos de cuarta generación.

En cuanto a la contribución del Código de Buenas Prácticas sobre el Derecho a la Desconexión Digital encontramos no sólo el reconocimiento de elementos o derechos derivados del derecho de desconexión de dos formas. Por un lado, una orientada hacia el trabajador como el derecho a no trabajar fuera del horario de trabajo y el derecho a no ser sancionado por negarse atender fuera del horario de trabajo y, por otro lado, una obligación o deber del empleador de respetar el derecho de desconexión del trabajador. En este sentido, autores como Gutiérrez³² han sostenido que la regulación del derecho de desconexión debe reconocer la facultad de desconectarse de sus obligaciones laborales, como es la libertad de ejecución del derecho. Sin embargo, abordar este derecho como una obligación empresarial tendría un carácter imperativo que se limita ante la posición contractual. En la praxis, Irlanda a través de este Código imprime una posibilidad de realización para lograr garantizar la adecuada protección del derecho.

En cuanto a la Carta de Derechos Digitales (España), ésta contribuye en dos aspectos: uno general, motivado por la razón de ser del documento que es el hecho de perfeccionar derechos en el entorno digital o delimitar derechos derivados. Pero, con respecto a la desconexión digital es especialmente importante la distinción que se hace de los conceptos desconexión digital y descanso; posiblemente considerándolo al derecho de desconexión digital como un derecho de garantía del derecho de descanso, según sostiene Molina,³³ ya que considera ambos derechos del entorno digital.

Finalmente, uno de los mayores aportes es la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, a través del establecimiento de principios que cumplen con una función vinculante. Estos se

³² Gutiérrez, D., “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 2020, Dialnet; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7400509>, p. 9.

³³ Molina Navarrete, Cristóbal, “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138, 2017; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552395>.

deben tener en cuenta para la interpretación de casos difíciles y fortalecer la calidad de los compromisos; también se percibe que esta propuesta reviste la reformulación de derechos del entorno tradicional al entorno digital planteando principios y buscando reformular los derechos fundamentales en el ámbito digital.

V. CONCLUSIONES

1. Para lograr la garantía de la protección de los derechos a la desconexión digital se tienen en cuenta: la vía clásica de protección a través de los derechos fundamentales pero que presenta algunas dificultades propias que deben ser revisadas a través de cada sistema jurídico, o mediante el establecimiento de principios que garanticen el reconocimiento de la protección de los derechos de cuarta generación. Principios acordes con los nuevos modelos económicos. De otro lado, se presentan los compromisos constitutivos con su férreo compromiso ciudadano que muestra su carácter democrático, libre y espontáneo. Ambos criterios coinciden en implementar una protección jurídica que garantice los derechos excluidos o nuevos, así como ambos pueden ser complementarios para garantizar una protección eficaz.

2. Las cuatro propuestas de protección revisadas en este trabajo muestran el compromiso y evidencian el esfuerzo por demostrar los cambios producidos por la irrupción de la tecnología en las relaciones laborales. Estas propuestas representan experiencias valiosas que deben ser acogidas e implementadas en futuras legislaciones y ser la base de armonización para articular un concepto único que proteja a los trabajadores sin distinción y en donde quiera que se encuentren, es vital por tanto reconocer el derecho de desconexión digital con una doble naturaleza: derecho y obligación. Un derecho que se incorporará dentro de nuevos contextos económicos sostenibles, diferenciado del derecho al descanso, ya que en el entorno digital el derecho a la desconexión digital debe ser la garantía de la efectividad del descanso y se debe instaurar en condiciones basadas en principios que orienten la interpretación de estos derechos. Las cuatro propuestas analizadas presentan sintonía con los compromisos constitutivos y la necesidad de establecer garantías al derecho a la desconexión. Estas propuestas buscan que los ciudadanos sin distinción interioricen el conocimiento y se inspiren en la aceptación de este derecho, generando un incalculable valor social que busca el cumplimiento efectivo del derecho.

3. Estas propuestas generan a través de la espontaneidad el desarrollo de la figura de la desconexión digital que, en un futuro no muy lejano, servirán de base para futuras legislaciones y cartas de compromisos internacionales. Un ejemplo que está encaminado a lograrlo es la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital cuya proyección busca garantizar el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en la Unión Europea y también por parte de terceros países al bloque regional, siendo un paso que podría significar la vía para llegar al reconocimiento global; hay que tenerlo presente, sobre todo si somos conscientes que por tradición el sistema jurídico influenciaría en la normativa a Latinoamérica, logrando así, las bases de la institucionalidad definitiva de los derechos digitales y, por consiguiente, del derecho a la desconexión digital.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA DURÁN, Jesús, “Reconfiguración de los derechos fundamentales de los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 31, julio-diciembre de 2020, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/15309>.
- ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088» Trabajo y Derecho”, 2017, disponible en: http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_31/D7.pdf.
- BLANCAS, Carlos, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Lima, Palestra Editores, 2015.
- BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. CTS+I”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22470.pdf>.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio y SIERRA HERRERO, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y de la comunicación”, *Izquierdas*, núm. 49, julio de 2020, disponible en: http://www.izquierdas.cl/images/pdf/2020/n49/art56_1053_1074.pdf.

- Comisión Europea, Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, 2022, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>.
- EL FAKIH RODRÍGUEZ, F. y GONZÁLEZ REINOZA, J., “Propuesta de sistematización de los elementos de la investigación jurídica. Resultado de una experiencia”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- Eurofound, *Right to Disconnect: Exploring Company Practices*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2021.
- FAZ GARZA, Oscar y MALAGÓN MONROY, David Iván, “La desconexión laboral como nuevo derecho humano. Un análisis de derecho comparado y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, noviembre de 2021, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/16485>.
- FERNÁNDEZ, Carlos B., “La desconexión digital, ¿un derecho fundamental de los trabajadores?”, *Cinco Días, La Ley*, 2021, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/01/27/legal/1611785086_372409.html.
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “El trabajo a distancia en España: análisis en clave preventiva tras la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio”, *Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2021, disponible en: <http://www.revistaiiep.otalca.cl/?p=316>.
- Gobierno de España, Carta de Derechos Digitales, 2021, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.
- GUTIÉRREZ, D., “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación, IDP: Revista de internet, derecho y política”, 2020, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=74005099>.
- HAYEK, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, trad. de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 2014.
- HENSALL, Angela, “Can the «right to disconnect» exist in a remote-work world?”, (21 de mayo de 2021), *BBC*, disponible en: <https://www.bbc.com/worklife/article/20210517-can-the-right-to-disconnect-exist-in-a-remote-work-world>.
- H.RES.109 – “Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal”, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-resolution/109/text>.

- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138, 2017, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552395>.
- OSSA, Manuel, “Nuevas tendencias del derecho”, *Opinión Jurídica*, vol. 1, núm. 2, 2002, disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1295>.
- Parlamento Europeo, “El Parlamento quiere garantizar el derecho a desconectar del trabajo”, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20210121STO96103/el-parlamento-quiere-garantizar-el-derecho-a-desconectar-del-trabajo>.
- PIÑAR, José Luis, “La Carta de Derechos Digitales. Hoja de ruta para la transformación digital” (agosto de 2021) post jurídico CMS, disponible en: <https://cms.law/es/esp/publication/la-carta-de-derechos-digitales-hoja-de-ruta-para-la-transformacion-digital>.
- RAMÓN, Francisca, “La desconexión digital y docencia universitaria online en tiempos de pandemia por la COVID-19: una ilusión más que una realidad”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 32, 2021.
- ROSENBAUM, F., “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho & Sociedad*, núm. 53, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/21794>.
- Senate Bill, No. 2475, “Promoting the welfare of employees by defining rest hours, providing penalties for any violation thereof, and for other purposes”, 17 de enero de 2022, disponible en: <https://legacy.senate.gov/ph/lisdata/3691033287!.pdf>.
- SUÁREZ CROTHERS, C., “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, *Revista de Derecho*, núm. 11, 2000, disponible en: <http://revistas.uaach.cl/index.php/revider/article/view/2919/2442>.
- SUSTEIN, Cass R., *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2018.
- Workplace Relations Commission, “Code of Practice for Employers and Employees on the Right to Disconnect”, marzo de 2021, disponible en: https://workplacelrelations.ie/wrc/en/what_you_should_know/codes_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf.

TIEMPO DE DESCONECTARSE: REFLEXIONES SOBRE UN “NUEVO” DERECHO CON VIEJOS CONTENIDOS*

TIME TO DISCONNECT: REFLECTIONS
ON A “NEW” RIGHT WITH OLD CONTENT

IL EST TEMP DE SE DÉCONNECTER: RÉFLEXIONS
SUR UN “NOUVEAU” DROIT AVEC UN ANCIEN CONTENU

Guillermo BOZA PRÓ**
Joaquín BRIONES ZEGARRA***

Y se organizó la vida de tal modo que el trabajo recobró su ritmo y nadie volvió a preocuparse por la inútil costumbre de dormir.

Cien años de soledad

RESUMEN: En el presente artículo se aborda un tema relativamente “nuevo” que, a propósito del desarrollo vertiginoso de las TIC y el incremento del trabajo remoto como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, viene suscitando intensos debates e interrogantes en el mundo del trabajo: la desconexión digital. Para ello, los autores han dividido esta investigación en dos secciones. En primer lugar, se aproximan de forma general, a partir de la experiencia comparada y el correspondiente desarrollo doctrinario, al contenido de este derecho, su naturaleza jurídica y al polémico debate sobre la necesidad de su regulación autónoma. En segundo lugar, se analiza la desconexión digital en función a la normativa

* Recibido el 25 de julio de 2022, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023. El presente artículo ha sido elaborado con el apoyo económico del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CICAJ-PUCP).

** Profesor principal de Derecho del trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID 0000-0002-3741-9062.

*** Adjunto de docencia del curso de Derecho Laboral General en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del GIDEPROC-PUCP.



que históricamente ha regulado el tiempo de trabajo y de descanso en el Perú. Finalmente, se presentan las conclusiones de este trabajo.

Palabras clave: desconexión digital, derecho al descanso, tiempo de trabajo, TIC, trabajo remoto.

ABSTRACT: This article addresses a relatively “new” topic that, with regard to the rapid development of ICT and the increase of remote work due to the COVID-19 pandemic, has risen intense debates and questions in the world of work: digital disconnection. For this purpose, the authors have divided their research into two sections. Firstly, they take a general approach, based on comparative experience and the corresponding doctrinal development, the content of this right, its legal nature, and the controversial debate on the need for its autonomous regulation. Secondly, digital disconnection is analyzed in terms of the regulations that have historically governed working and rest time in Peru. Finally, the conclusions of this research are presented.

Keywords: digital disconnection, right to rest and leisure, working time, ICT, remote work.

RÉSUMÉ: Cet article aborde un sujet relativement “nouveau” qui, concerne le développement rapide des TIC et du travail à distance en conséquence de la pandémie de COVID-19. Les sujets suscitent d’intenses débats et questionnements dans le monde du travail en relation avec le droit à la déconnexion. Les auteurs ont divisé cette recherche en deux sections. En premier lieu, une approche générale, à partir de l’expérience comparative et du développement doctrinal correspondant, du contenu de ce droit, de sa nature juridique et du thème controversé sur la nécessité de sa régulation autonome. En deuxième lieu, le droit à la déconnexion est analysé sur la base des réglementations qui ont historiquement réglementé le temps de travail et de repos au Pérou. En fin, les conclusions de ce travail sont présentées.

Mots clés: droit à la déconnexion, droit au repos, temp du travail, TIC, travail à distan.

SUMARIO: I. *Introducción: la necesidad (inconclusa) de limitar el tiempo de trabajo y los nuevos retos de la era digital.* II. *El derecho a la desconexión digital: ¿derecho autónomo o derecho instrumental?* III. *Caracterización del derecho a la desconexión digital.* IV. *La normativa sobre desconexión digital.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD (INCONCLUSA) DE LIMITAR EL TIEMPO DE TRABAJO Y LOS NUEVOS RETOS DE LA ERA DIGITAL

La regulación del tiempo de trabajo es una preocupación que ha estado presente desde los albores del derecho del trabajo, e incluso antes. En el inicio de la era industrial, con el fin de preservar la mano de obra y de frenar los accidentes y las enfermedades laborales mortales, surgió la necesidad de limitar las extenuantes jornadas de trabajo de 14, 15 o 16 horas diarias ejecutadas por hombres, mujeres y niños a lo largo y ancho de Europa, realizadas en condiciones de absoluta precariedad y hasta el agotamiento físico. Así, la Factory Act de 1802 del Reino Unido es la primera norma que se conoce sobre el particular; la misma que prohibió el trabajo para los niños menores de nueve años, estableció que el trabajo se realizase en habitaciones ventiladas, y fijó una jornada de trabajo de 8 horas para niños entre los nueve y los 13 años de edad, y de 12 horas para los adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad.¹ Una situación similar se produjo algunos años después en países europeos como Francia, con la Ley Guizot de 1841, que limitó la jornada de los menores de 12 años a 8 horas diarias, y prohibió el trabajo nocturno de los menores de 13 años.²

Una rápida revisión de estas primeras normas y del contexto en que surgieron confirma que la historia de la regulación del tiempo de trabajo —así como del establecimiento de jornadas laborales razonables que garanticen

¹ A esta norma, denominada también Health and Morals of Apprentices Act, le sucedieron otras en la primera mitad del siglo XIX que fueron estableciendo limitaciones adicionales, como la Factory Act de 1819, que fijó una jornada máxima de 12 horas para los menores de 16 años; la Factory Act de 1833, cuya importancia radica en la creación de un pequeño “sistema de inspección de fábricas”, a cargo de cuatro hombres y con poderes para imponer sanciones, a fin de garantizar la aplicación de las regulaciones laborales que se venían dando, así como la Factory Act de 1844, que fue la primera norma de seguridad y salud en el trabajo en Gran Bretaña y que limitó la jornada de los niños a seis horas y media diarias, además de aplicar a las mujeres la jornada diaria máxima de 12 horas diarias que se aplicaba a menores de 13 a 18 años.

² Cfr. Martínez Peñas, Leandro, “Los inicios de la legislación laboral española: Ley Benot”, *Revista Aquitas: Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, España, vol. 1, 2011, p. 56.

la salud de los trabajadores— no ha sido pacífica. Como constata Montoya, “la acción reivindicativa del movimiento obrero, secundada por realizaciones legislativas de carácter reformista” en la Europa del siglo XIX, tuvo el rechazo de los empresarios ante el temor de la obtención de menores réditos o beneficios que la disminución de las jornadas de trabajo supondría para ellos; de modo tal que hicieron uso de múltiples recursos para el evitar el impacto de dichos recortes: “inaplicación de las Factory Acts, reducción del salario-hora, organización de campañas denunciando los peligros de la reducción de la jornada, etcétera”.³

Por otro lado, la situación en Estados Unidos de América no fue diferente. En dicho país, en octubre de 1884, el congreso de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL, por sus siglas en inglés) acordó que, a más tardar, el 1o. de mayo de 1886 debía establecerse una jornada legal máxima de trabajo de 8 horas diarias; en caso contrario, se recomendaba a todas las organizaciones sindicales ir a la huelga para presionar a los poderes públicos el establecimiento de las leyes correspondientes en los diversos Estados de la Unión. En 1886, el presidente Andrew Johnson promulgó la denominada Ley Ingersoll, que estableció una jornada de 8 horas diarias para todos los trabajadores. No obstante, no todos los Estados sancionaron la norma y muchas empresas la incumplieron. Ante este escenario, las organizaciones sindicales estadounidenses, exigiendo el cumplimiento de la ley, declararon la huelga que se inició el 1o. de mayo y se prolongó hasta el cuarto día del mismo mes, fecha en la que ocurrieron los sucesos de Haymarket, en el estado de Chicago. En dicha plaza pública se realizaba una manifestación obrera cuando la policía cargó contra los cerca de 20,000 trabajadores allí concentrados. Esto desencadenó la muerte de un policía y muchos otros quedaron lesionados; mientras que por el lado de los trabajadores fallecieron 34 y alrededor de 200 resultaron heridos. Posteriormente se procesó a ocho trabajadores, responsabilizándolos de la muerte del policía, de los cuales tres fueron condenados a prisión y los otros cinco a la pena de muerte, siendo finalmente ahorcados en 1887. Años más tarde, estos hechos motivaron que se consagrara al 1o. de mayo como el Día Internacional del Trabajo, en honor a los “mártires de Chicago”.

Por su parte, la gestación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, en el marco de un proceso de paz luego de finalizada la primera guerra mundial, no estuvo ajena a esta realidad. La Constitución de la OIT recoge en su preámbulo la idea de que “la paz universal y permanente sólo

³ Montoya, Alfredo, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013, p. 344.

puede basarse en la justicia social” y que el descontento causado por la existencia de “condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos” son una clara amenaza para “la paz y armonía universales”, invocando, por tanto, a las naciones del mundo a que adopten “un régimen de trabajo realmente humano”. Precisamente, de los seis primeros convenios internacionales del trabajo adoptados en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo del mismo año, tres de ellos estuvieron referidos a la regulación del tiempo de trabajo. En particular, el Convenio 1, relativo a las horas de trabajo en la industria, estableció una jornada máxima de trabajo de 8 horas diarias y 48 semanales; mientras los convenios 4 y 6 efectuaron algunas precisiones sobre el trabajo nocturno de las mujeres y los menores de edad, respectivamente.⁴

Ciertamente, la actividad laboral tiene una indiscutible dimensión temporal. Como nos recuerda Guzmán-Barrón, el tiempo de trabajo resulta indesligable de la personalidad del trabajador,⁵ porque con el contrato de trabajo el trabajador no sólo ofrece su fuerza de trabajo —que voluntariamente pone a disposición del empleador—, sino también compromete parte de su tiempo de vida: el tiempo que el trabajador ocupa en la ejecución de la prestación debida al empleador es tiempo que no dedica a sus asuntos personales o familiares, al ocio, al descanso; en definitiva, a lo que sencillamente le apetezca hacer. Por eso, 200 años después de la aparición de las primeras normas laborales, la limitación efectiva de la jornada de trabajo sigue siendo una necesidad imperiosa, y un motivo de preocupación de las legislaciones estatales, las administraciones de trabajo y la doctrina laboral. Y concretamente, en un mundo cada vez más digitalizado y automatizado como en el que vivimos, caracterizado por el uso constante de las denominadas tecnologías de la información y comunicación (TIC), el tema plantea nuevas interrogantes y desafíos en la regulación tradicional del tiempo de trabajo.

Así, dos de los efectos notorios de la implementación de las TIC en el mundo del trabajo son la “hiperinformación” y la “hiperconectividad”, que permiten al empleador, de un lado, contar con múltiples datos o información de distinta índole de manera constante y en tiempo real, no sólo de la empresa sino también de sus trabajadores; y, de otro, le aseguran una interconexión

⁴ El Convenio 4, hoy derogado, se ocupó del trabajo nocturno de las mujeres; mientras que el Convenio 6, del trabajo nocturno de los menores en la industria. Este último se encuentra en vigor desde 1921 y no ha sido ratificado por el Perú.

⁵ Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, “¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021, p. 196.

fluida, permanente y directa con sus trabajadores, muchas veces incluso fuera de la jornada de trabajo. De esta manera, las distancias y el tiempo se desvanecen, facilitando “la toma de decisiones de cualquier naturaleza, la impartición de órdenes e instrucciones, [y] la coordinación de acciones”.⁶ Sin embargo, lo que puede verse como una forma de eficiente gestión empresarial, supone al mismo tiempo un peligro latente en la esfera de la privacidad y la salud de las personas.⁷

Esta idea ambivalente, de efectos positivos y negativos al mismo tiempo respecto al uso de las TIC en el mundo del trabajo, ha sido recogida claramente por la OIT, quien ha advertido de los riesgos que las nuevas tecnologías representan para determinados derechos fundamentales de los trabajadores. Sobre el particular, se sostiene que, si bien la tecnología permite desarrollar actividades más independientes de tiempo y lugar, con jornadas laborales flexibles y realizadas desde el domicilio del trabajador, y que, en esa medida, a éste le es posible organizar su trabajo de mejor manera, a partir de su situación particular o personal, “también existe el peligro inherente de que no se respeten los límites entre trabajo remunerado y vida privada”.⁸

Las consecuencias de lo anterior se vienen manifestando a nivel global desde hace varios años. Así, por ejemplo, una investigación en 2016 determinó que los trabajadores en Corea del Sur laboraban en promedio más de 11 horas fuera de su jornada semanal mediante dispositivos electrónicos como *smartphones* o *tablets*. El informe producto de este estudio fue titulado “Los

⁶ Blancas Bustamante, Carlos, “El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías: el derecho del trabajo y la seguridad social en época de cambios”, *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SPDTSS, 2020, p. 559.

⁷ Gordo, Luis, “Riesgo y oportunidades de la aplicación del *big data* a la gestión de los recursos humanos transnacionales”, Retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021, pp. 716-735; la ingente información con la que cuenta el empleador hoy en día y su procesamiento mediante algoritmos (*big data*) le facilitan el ejercicio de sus poderes de dirección y control, así como la adopción de medidas respecto de sus trabajadores hasta hace poco insospechadas: en la selección y contratación del personal, en la determinación de los horarios, turnos de trabajo y descansos, en el establecimiento de un régimen de premios y sanciones, entre otros. No obstante, el indicado autor pone de relieve el peligro que puede significar una situación como ésta, si se da “sin una regulación que determine sus límites y utilización legítima” porque “los algoritmos no son neutros y pueden ser una fuente de discriminación”.

⁸ Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y Chile, Oficina Internacional del Trabajo, 2019, p. 50.

empleados que tienen miedo a *Kakao Talk*”, siendo esta última una plataforma similar a la mundialmente conocida *Whatsapp*.⁹ De igual forma, en España, el Informe Anual de Infojobs-ESSADE de 2017 indicó que el 51% de la población respondía correos y llamadas durante fines de semana y vacaciones.¹⁰ El Perú no es ajeno a este fenómeno, pues en el último año, a raíz de la pandemia de la COVID-19, el 73% de trabajadores indica estar trabajando entre una y cinco horas extras a su jornada habitual sin obtener ninguna remuneración por dicha actividad,¹¹ y seguramente sin que se haya recabado su conformidad para la realización de ese trabajo extraordinario.¹²

Por ello, diversos autores afirman, con razón, que la utilización desmedida (o indebida) de las TIC en el ámbito de las relaciones laborales supone también un “desdibujamiento” de las fronteras que encuadran los periodos de trabajo y de descanso, porque se tornan borrosas o desaparecen,¹³ y no permiten identificar cuándo termina la jornada laboral y cuándo empieza el descanso o el tiempo dedicado al ocio. Al respecto, Pizzoferrato afirma que

⁹ Para mayor detalle, véase: <https://www.diariorvasco.com/sociedad/201606/25/jefe-llames-tiempo-libre-20160625004757-v.html?ref=https://www.diariorvasco.com/sociedad/201606/25/jefe-llames-tiempo-libre-20160625004757-v.html>.

¹⁰ Citado por Monteiro Pessoa, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, Brasil, vol. 28, núm. 2, 2019, p. 20, y Pérez Campos, Ana, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 52, 2019, p. 105.

¹¹ Dicha situación corresponde a mayo de 2021. Para mayor detalle, véase: <https://rpp.pe/economia/economia/un-73-de-trabajadores-labora-entre-1-y-5-horas-diarias-mas-con-el-teletrabajo-empleo-empresas-noticia-1336640>.

¹² Sobre el particular, véase la encuesta del Global Research Marketing (GRM) en la que 85% de limeños afirmó laborar más horas mediante trabajo remoto que antes de la pandemia, disponible en: <https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que-labora-mas-horas-que-antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas-teletrabajo-home-office-coronavirus-en-peru-noticia-1292862>.

En igual línea, consúltese el Informe de la Defensoría del Pueblo (Documento de Trabajo 002-2020-DP/ADM) respecto a la sobrecarga laboral de las mujeres durante la emergencia sanitaria: disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM-Sobrecarga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf>.

¹³ Cfr. Molina Navarrete, Cristóbal, “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo «derecho humano a la desconexión» de los trabajadores fuera de jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 67, núm. 269, 2017, p. 907, y Trujillo Pons, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, España, Tirant lo Blanch, 2020, p. 35.

...las herramientas digitales pueden crear una ausencia en los límites laborales, lo que conduce a una excesiva interferencia en la vida privada de los trabajadores. Este fenómeno ha sido denominado como «tiempo poroso», para enfatizar el hecho de que el tiempo de trabajo ha ensanchado sus límites, abarcando la vida del trabajador casi por completo.¹⁴

Al margen de la denominación que se le otorgue, destacan las consecuencias negativas que el uso excesivo de la tecnología puede tener en el ejercicio de los derechos de los trabajadores.

En este orden de ideas, es claro que la transgresión de los límites del tiempo de trabajo ha supuesto desde siempre, pero hoy en día con mayor notoriedad, efectos dañinos en la salud de las personas. Una reciente investigación realizada de manera conjunta por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la OIT determinó que el trabajo fuera de la jornada laboral provocó, sólo para 2016, 745,000 muertes por accidentes cerebrovasculares o cardiopatía, cifra que resulta casi 30% mayor que la de 2000.¹⁵ La problemática se agrava al considerar que el llamado síndrome de *Karoshi*—traducido literalmente como “muerte por exceso de trabajo”— ha sido documentado en Japón desde hace más de 30 años.¹⁶ Asimismo, se han advertido una serie de nuevas enfermedades relacionadas al uso abusivo de las TIC y la consecuente prolongación excesiva de la jornada laboral,¹⁷ como el tecnoestrés o el síndrome de burnout.¹⁸

¹⁴ Pizzoferrato, Alberto, “Transformation of work: Challenges to labor law: retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021, p. 65. Traducción propia.

¹⁵ Para mayor detalle, véase: <https://www.who.int/es/news/item/17-05-2021-long-working-hours-increasing-deaths-from-heart-disease-and-stroke-who-ilo>.

¹⁶ Al respecto, puede consultarse: Ulloa Millares, Daniel, *El tiempo de trabajo en España y Perú: ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*, España, Universidad de Castilla de La Mancha, tesis doctoral, 2016, pp. 138-143. Para mayor detalle, véase también: <https://www.bbc.com/mundo/vert-cap-37391172>.

¹⁷ Taléns Visconti, Eduardo, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Euskadi, núm. 17, 2019, p. 152.

¹⁸ Trujillo Pons, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, España, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 53-68. En realidad, la sociedad de la información en la que vivimos, caracterizada por el avance vertiginoso de las TIC, ha significado un cambio en la forma de vida de millones de personas a lo largo y ancho del planeta, que se ven absorbidas o se sienten atraídas por la necesidad de permanecer enganchadas de manera prolongada a diversos medios telemáticos, generando con ello una suerte de adicción o dependencia digital. Esta situación de permanente conectividad tiene un impacto directo en la salud de las personas, y de los trabajadores en particular, propiciando la llamada “fatiga informática”, y pudiendo llevarlos, como

Así las cosas, no cabe duda que el uso de la tecnología permite una presencia constante y, en muchos casos, hasta una agobiante intromisión del empleador en la vida privada del trabajador, poniendo en jaque distintos derechos fundamentales de este último, entre otros, a una jornada máxima de trabajo, a su intimidad y a la salud.¹⁹ Este exceso de injerencia o “hiperintrusión” del empleador a través de medios telemáticos en los derechos fundamentales del trabajador ha planteado la discusión, en el derecho comparado, de si es necesario o no regular un “derecho a la desconexión digital”. Este debate, que no es pacífico, se viene dando en dos planos. El primero de ellos gira alrededor de la naturaleza jurídica de la desconexión digital. Es decir —conforme anotamos en una oportunidad previa—²⁰ se busca determinar si estamos ante un derecho autónomo, con identidad propia que requiere de una regulación *ad hoc* que faculte a los trabajadores a desconectarse de los medios tecnológicos utilizados para la prestación de sus servicios una vez concluida la jornada de trabajo y durante el periodo que suponga la suspensión de la relación laboral; o, por el contrario, si se trata simplemente de exigir a los empleadores el cumplimiento de ciertos derechos laborales básicos de larga data y con expreso reconocimiento constitucional e internacional, vinculados —aunque no únicamente— al tiempo de trabajo, como el derecho a una jornada máxima de trabajo o el derecho al descanso.

El segundo plano del debate se refiere a la fuente de regulación del derecho. Al margen de la posición que se pueda tener sobre la naturaleza jurídica de la desconexión digital como derecho autónomo, la realidad demuestra la necesidad de establecer nuevas formas de regular el tiempo de trabajo. En este sentido, los conceptos de hiperinformación, hiperconectividad e hiperintrusión deben entenderse como vectores que convergen y respecto de los cuales debe buscarse un adecuado equilibrio. El objetivo es lograr una

sostiene Trujillo, a “sufrir una excesiva carga mental que provoca insomnio, irritabilidad, mal humor, desmotivación, agotamiento mental, falta de energía y menor rendimiento”, pero ha generado también la creencia del “trabajador en línea”, es decir, la idea de que los trabajadores que tienen acceso a los medios telemáticos, propios o proporcionados por su empleador, se encuentran a disposición permanente de éste. Como concluye el citado autor, esto “provoca la confusión entre conectividad y disponibilidad que trae consigo la prolongación de la jornada más allá de lo legalmente permitido”.

¹⁹ Boza Pró, Guillermo, “Prólogo” al libro de Vargas Raschio, Tino, *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*, Perú, Gaceta Jurídica, 2021, p. 8.

²⁰ Boza Pró, Guillermo y Briones Zegarra, Joaquín, “Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de plataformas digitales”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021, p. 46.

fórmula que permita articular la facultad directriz del empleador mediante el uso de las TIC y el respeto irrestricto de los derechos de los trabajadores una vez finalizada su jornada de trabajo; tanto los de naturaleza estrictamente laboral, como aquellos que corresponden en su condición de ciudadanos. Y aquí las fórmulas ensayadas son variadas. Así, algunas empresas optan por la autorregulación: estableciendo protocolos o reglamentos internos sobre el particular. En otros casos, la incorporación de este derecho ha sido producto de la negociación colectiva. Finalmente, en contados casos se ha apostado por la reglamentación estatal. En este último supuesto, algunas legislaciones han optado por no regular directamente el tema, remitiendo a la normativa convencional la regulación de la desconexión digital.

En cualquier caso, conviene dejar anotado que la OIT recomienda a los gobiernos y a los empleadores incorporar en sus ordenamientos internos este “nuevo” derecho de la era digital.²¹ Esto ha ocurrido en el escenario nacional, donde la desconexión digital ha sido reconocida como derecho por el decreto de urgencia 127-2020 y su reglamento, aprobado por decreto supremo 004-2021-TR. Ambas normas fueron dadas en el contexto del estado de emergencia sanitaria producto de la pandemia del COVID-19. En adición a estas disposiciones, en septiembre de 2022 entró en vigor la Ley 31572, la cual regula el teletrabajo (en lo sucesivo, LTT), la misma que fue reglamentada mediante decreto supremo 002-2023-TR (en lo sucesivo, RLTT), incluyendo de forma expresa y definitiva el derecho a la desconexión digital²² en nuestro ordenamiento jurídico, marco normativo sobre el que volveremos más adelante.

Precisamente, en las líneas siguientes nos proponemos dar respuesta a las dos interrogantes centrales que se han planteado a partir del debate antes señalado. Esto es, de un lado, determinar si la “desconexión digital” constituye, en efecto, un nuevo derecho con contenido propio y distinto de otros previamente reconocidos por la normativa laboral, y a los cuales pretende garantizar (como lo son el derecho a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad, a la conciliación de la vida familiar con el trabajo); y, de otro lado, establecer si, al margen de poseer un contenido novedoso o no, se

²¹ Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Suiza, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 2019, p. 41.

²² El artículo 22 de la LTT dispone que “el teletrabajador tiene derecho a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo. Dicho derecho garantiza gozar de tiempo libre con motivo de descanso... La desconexión digital garantiza el disfrute del tiempo libre, el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar”.

requiere de un marco normativo especial para tutelar los derechos laborales y no laborales antes citados en el nuevo paradigma de la era digital.

Con ese propósito, hemos estructurado nuestro análisis en dos secciones. En primer lugar, y con la finalidad de aproximarnos a su contenido, abordamos la naturaleza jurídica y la discusión que se ha dado respecto de este derecho. Para ello, será preciso detenerse en los orígenes de la desconexión digital que se evidencian en la experiencia comparada, así como desarrollar algunas de las principales cuestiones que surgen de dicha regulación. En dicho análisis, además, se detallarán algunas características de la desconexión digital y el impacto que éstas tienen —o podrían tener— en el ordenamiento laboral peruano. En la segunda sección examinamos la importancia de este derecho realizando un breve repaso de las normas que históricamente han limitado el tiempo de trabajo en el Perú, toda vez que el cumplimiento de tales derechos parece constituir la esencia de la desconexión digital. Finalmente, cerramos el presente trabajo con nuestras conclusiones sobre los temas analizados.

II. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: ¿DERECHO AUTÓNOMO O DERECHO INSTRUMENTAL?

1. *Aproximación inicial: la desconexión digital como expresión de un derecho con un doble contenido*

Antes de analizar el origen y profundizar en el contenido del derecho a la desconexión digital, es preciso acercarnos a la noción de lo que implica este derecho. Al respecto, creemos que la definición brindada por Azócar es lo suficientemente amplia para comprender los alcances de este “nuevo” derecho. De acuerdo con este autor, la desconexión consiste en “el derecho que tienen todos los trabajadores en sus periodos de descanso a desconectarse de los asuntos laborales, a no ser instado[s] a trabajar o ser requerido[s] por cualquier medio, especialmente electrónico, ni ser obligados a contestarlos, no pudiendo sufrir represalias de ningún tipo”.²³

Conforme a lo expuesto, la desconexión digital tendría un doble contenido, constaría de dos aspectos que se complementan, como si se tratase de las dos caras de una moneda, donde el anverso explica el reverso de la misma:

²³ Azócar Simonet, Rodrigo, “Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral”, *Temas de la Agenda Pública*, Chile, núm. 119, 2019, p. 13.

por un lado, implica el derecho de los trabajadores a desligarse totalmente de sus labores acabada su jornada, lo que incluye la desconexión de cualquier medio telemático a través del cual pudiese contactarlo su empleador; y, por el otro, el derecho de los propios trabajadores de negarse a realizar las directrices establecidas fuera de las horas de trabajo sin la posibilidad de que sean sancionados por ello.²⁴ Por eso decimos que ambos aspectos son las dos caras de una misma moneda, porque constituyen la manifestación de un mismo derecho en dos momentos distintos, pero que terminan confluyendo: el trabajador no debe ser perturbado en sus tiempos de descanso y, en el supuesto de que así fuese, éste puede rechazar las órdenes del empleador durante dicho periodo, no siendo pasible de sanción alguna por tal rechazo. Esta precisión resulta relevante para posteriormente determinar si, como sostiene algún sector de la doctrina, estamos ante un derecho de carácter irrenunciable, en la medida que el trabajador podría acordar con su empleador la realización de trabajo en sobretiempo durante el periodo de desconexión.

2. *Diversas formas de regulación en la experiencia comparada*

Luego de delimitar conceptualmente el derecho a la desconexión digital, conviene ahora detenernos en sus orígenes. A tal efecto, consideramos útil distinguir tres formas de surgimiento o de recepción de este derecho en el ordenamiento jurídico, con el propósito de determinar cuál es el contenido que se le ha dado a cada una de ellas y, sobre todo, de establecer cuál es, desde nuestro punto de vista, el que debería adoptarse en el contexto actual de las relaciones laborales.²⁵

La primera consiste en la autorregulación empresarial mediante la adopción de políticas internas para garantizar el tiempo de descanso. Por ejemplo, en Corea del Sur, la empresa LG Uplus desde 2016 prohibía a sus gerentes, bajo amenaza de sanciones disciplinarias, enviar mensajes a sus trabajadores a través de la citada aplicación *Kakao Talk* después de las 8:00 pm.²⁶ También

²⁴ Rosenbaum Carli, Federico, “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho y Sociedad*, Perú, núm. 53, 2019, p. 115.

²⁵ Una sistematización de las distintas formas de regulación de la desconexión digital puede verse en: López, Wilson, *La necesidad de regular el derecho la desconexión digital frente a la implementación del trabajo remoto y el teletrabajo*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magister en derecho de la empresa, 2021, pp. 22-43.

²⁶ Consúltese: <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/24/south-korea-mulls-ban-on-bosses-messaging-employees-at-home>.

es posible identificar una serie de empresas que han incorporado este derecho mediante códigos de buenas prácticas o políticas internas; no obstante, en la mayoría de casos, dicha autorregulación empresarial responde a acuerdos colectivos previos, como detallamos a continuación.

En efecto, la segunda forma —en rigor, primera en el tiempo— en que la desconexión digital se ha manifestado es a través de la negociación colectiva. Desde hace ya varios años, los acuerdos colectivos en determinadas empresas europeas contemplaron la obligación de la parte empleadora de promover políticas que aseguren la desconexión digital. Ejemplo de ello se encuentra en Alemania, pues desde 2011 la empresa Volkswagen instauró una política mediante la cual bloqueaba los *smartphones* de sus trabajadores fuera de la jornada laboral. De igual forma, la empresa Mercedes-Benz, desde 2016 introdujo una política de “mail on holiday” —muy conocida y usada también en nuestro medio—, a través de la cual se reenvían los correos que reciban aquellos trabajadores que estén gozando de sus vacaciones, de forma tal que no se perturbe su descanso. Otros ejemplos a nivel europeo de estas empresas pioneras son Michelin, IBM, Daimler, Orange, Ikea, entre otras.²⁷

La tercera forma en la que se introduce la desconexión digital es mediante su consagración legislativa. Al respecto, destacan la pionera ley francesa de 2016 (Ley 2016-1088), conocida también como *Loi Travail* o *Loi El Khormi*; y la norma española de 2018 (Ley Orgánica 3/2018), denominada “Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”.²⁸ En

²⁷ Para un detalle de los convenios colectivos en España y otros países europeos, véase Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, pp. 101-130; López, Wilson, *op. cit.*, pp. 24-29; Azócar Simonet, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 10 y 11; Camós Victoria, Ignacio y Sierra Herrero, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y comunicación”, *Izquierdas*, Chile, núm. 49, 2020, pp. 9-11, y Cialti, Pierre, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, España, núm. 137, 2017, p. 169.

²⁸ Martone, Michel, “El Smart working o Trabajo ágil en el ordenamiento italiano”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, España, núm. 1, 2018, pp. 1-5. Puede citarse también el caso italiano de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, sobre “trabajo ágil”, la misma “que traspone algunas prácticas empresariales que se han venido incluyendo paulatinamente en la negociación colectiva” y que remite al contrato de trabajo la precisión de los “tiempos de descanso del trabajador además de las medidas técnicas de y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de las herramientas tecnológicas de trabajo” (art. 19, último párrafo); debiendo respetarse, no obstante, los “límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal” previstos en la ley y la negociación colectiva (art. 18, primer párrafo). Al respecto, señala Martone que estamos ante un “límite objetivo para la asunción por parte del trabajador de una obligación de disponibilidad desvinculada del horario de trabajo”, que si bien podría derivarse

ambos casos, se aprecia que la incorporación de este derecho no constituye una originalidad legislativa, sino el reconocimiento de una situación previa.

Así, la propia exposición de motivos de la norma francesa²⁹ recogía una serie de ejemplos de convenios colectivos³⁰ mediante los cuales empresas como *Renault*, *Total*, *Thales*, etcétera, incorporaron en sus políticas internas el “nuevo” derecho a la desconexión digital.³¹ Por tal razón, la “Ley El Khromi”, que modificó el Código de Trabajo francés, estableció que parte del contenido de la negociación anual obligatoria incluía:

las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por parte de la empresa de dispositivos de regulación del uso de las herramientas digitales, con vistas a garantizar el respeto de los tiempos de descanso y de vacaciones. En defecto de acuerdo, tras la consulta del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados del personal, el empleador elabora una carta. Esta carta define las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y prevé además la puesta en marcha de acciones formativas y de sensibilización para un uso razonable de las herramientas digitales, dirigidas a los trabajadores y al personal directivo.³²

Como anota Molina, la norma no brinda una definición de la desconexión digital ni establece su contenido o límites, sino que deja su regulación en

de lo establecido en el decreto legislativo 66/2003, de 8 de abril, y “que transformaría en inexistente cada prestación realizada fuera del horario de trabajo concordado, la elección de entregar su reglamentación al acuerdo individual lo hace el instrumento adecuado para asegurar esa flexibilidad de la prestación laboral que el trabajo ágil se propone realizar”.

²⁹ Cialti, Pierre, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *cit.*, pp. 170-173. Cabe destacar que esta Ley también tuvo como antecedente inmediato al Informe Mettling que recogió el *statu quo* francés en materia de “transformación digital y vida en el trabajo”.

³⁰ Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, p. 80.

³¹ Burdel, Paul, “Le droit a la déconnexion”, *Inslaboris France*, 2017, pp. 7 y 8, disponible en: <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2017/10/M%C3%A9moire-Le-droit-%C3%A0-la-d%C3%A9connexion.pdf>. Es posible incluso encontrar antecedentes del derecho a la desconexión en la jurisprudencia francesa. Así, en la Casación 99-42.72, del 2 de octubre de 2001, el Tribunal de Casación de Francia estableció que el trabajador, una vez finalizada su jornada laboral, no está obligado, sin su consentimiento, a realizar actividades laborales en su domicilio, ni a llevar a éste documentos o herramientas de trabajo para tal fin, porque esta situación afecta su privacidad e intimidad. De otro lado, en la Casación 01-45.889, del 7 de febrero de 2004, se precisó que no es válida la sanción (despido) impuesta al trabajador (un chofer de ambulancia) por no responder a las llamadas telefónicas de su empleador, fuera del horario de trabajo.

³² Traducción de Cialti, Pierre, *op. cit.*, p. 173.

manos de los actores sociales.³³ Por su parte, igual opción fue repetida en el caso español. En dicho país, el antecedente inmediato a su positivización se encuentra en el artículo 14 del convenio colectivo suscrito por el grupo AXA en 2017.³⁴ Posteriormente, la Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en su artículo 88, contempló la desconexión digital en los siguientes términos:

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

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

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

Así las cosas, cabe resaltar dos cuestiones de la experiencia comparada. En primer lugar, que la incorporación de este “nuevo” derecho no responde a una original iniciativa legislativa, sino más bien al reconocimiento de la situación previa en la que la desconexión digital se recogía a través de acuerdos colectivos. En segundo lugar, la inicial legislación no estableció el contenido concreto de este derecho, sino que prefirió remitir a los propios representantes de los trabajadores y empleadores su reglamentación. En ausencia de

³³ Molina Navarrete, Cristóbal, “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo «derecho humano a la desconexión» de los trabajadores fuera de jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 67, núm. 269, 2017, p. 912.

³⁴ Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/res/2017/09/21/\(16\)/doj/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/res/2017/09/21/(16)/doj/spa/pdf). Una crítica de dicha regulación se encuentra en Taléns Visconti, Eduardo, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

acuerdo, quedaba en manos del propio empleador dicha tarea mediante la adopción de políticas empresariales.

En esa línea, cabe también destacar los ejemplos chileno, paraguayo, colombiano y mexicano para el caso americano. Al respecto, la Ley 21220, de marzo de 2020, introdujo todo un capítulo en el Código de Trabajo chileno³⁵ en materia de trabajo a distancia y teletrabajo,³⁶ incluyendo así el “novedoso” derecho a la desconexión digital. Por su parte, la norma paraguaya de junio de 2021, Ley 6738, contempla a la desconexión digital como un principio que rige el teletrabajo en el país guaraní.³⁷ Asimismo, la Ley 2191, de enero de 2022, garantiza el derecho de desconexión digital en territorio colombiano,³⁸ incorporando incluso la obligación de las empresas de establecer políticas específicas sobre este derecho.³⁹ En el caso mexicano, con la modificatoria en 2021 a la Ley Federal del Trabajo, se introdujo expresamente la obligación del empleador de respetar la desconexión digital de los trabajadores “en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral”.⁴⁰ Según se aprecia, tanto la norma chilena, paraguaya, mexicana y también la peruana, como se verá más adelante, vinculan la desconexión digital al teletrabajo, mientras que en

³⁵ Artículos 152 quáter J y 152 quáter K N° 6 del Código de Trabajo Chileno, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>.

³⁶ Padilla Parga, Roberto, “Derecho a la desconexión digital en la Ley de Trabajo a Distancia y Teletrabajo chilena. Un análisis desde un enfoque de derechos fundamentales laborales”, *Derecho del Trabajo*, Chile, núm. 24, 2020, p. 576, “el derecho a la desconexión se encuentra limitado en Chile al ámbito de aplicación determinado por el trabajo a distancia y teletrabajo privado, atendiendo a su ubicación en la geografía normativa del código del ramo y a la técnica legislativa empleada, por lo que no aplicaría a trabajadores del sector público, ni a trabajadores presenciales aun cuando no se percibe una razón poderosa para no incluir a estos últimos en este punto”.

³⁷ Artículo 8, inciso d), disponible en: <https://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-109-01062021-L-6738.pdf>

³⁸ El texto de dicha Ley se encuentra disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=177586>.

³⁹ Según Bermúdez Alarcón, Katerine, “La desconexión laboral en la Ley 2191 de 2022”, *Blog del Departamento de Derecho Laboral*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2022, disponible en: <https://derlaboral.uexternado.edu.co/noticias-relevantes/la-desconexion-laboral-en-la-ley-2191-de-2022/>, esta norma “no trae nada que no sea consistente con lo que ya estaba en el ordenamiento laboral frente a la subordinación que se ejerce durante la jornada de trabajo, sin embargo, precisa, y en eso radica su novedad, algo que estaba implícito, y es el derecho a que después de cumplirla, el tiempo “personal del trabajador” sea respetado por su empleador para permitirle dedicarse a las labores que éste considere”.

⁴⁰ Artículo 330-E, inciso VI de la Ley Federal del Trabajo. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>.

el caso de Colombia se trata de una norma específica sobre desconexión laboral, aplicable a toda forma de contratación laboral, tanto para trabajadores como para funcionarios públicos. Debe anotarse también que la regulación heterónoma de la desconexión digital en los citados países⁴¹ se distingue de los ejemplos europeos en la medida que no son producto de una negociación colectiva previa, sino que son la manifestación de una opción legislativa que busca dar respuesta a las consecuencias negativas del uso de las TIC en las relaciones laborales, mediante el reconocimiento expreso de la desconexión digital como derecho de los trabajadores y el establecimiento de obligaciones concretas al empleador para garantizarlo.⁴²

En cualquier escenario, debe anotarse que no se tratan de formas excluyentes de regulación. Es decir, al margen de que exista una norma estatal que recoja y reglamente el derecho a la desconexión, nada impide que los actores sociales —ya sea mediante la negociación colectiva, o también el mismo empleador de manera unilateral— refuercen la tutela de este derecho a través de su consagración en convenios colectivos o políticas empresariales. Claro está que en tales casos la norma heterónoma actuará como un piso mínimo que podrá ser mejorado en cada caso concreto, considerando las particularidades de cada negocio y organización empresarial. En nuestra opinión, ésta debería ser la solución a adoptar en la generalidad de casos.

3. *¿Un derecho con nuevo contenido?*

Al margen del origen de este derecho, se han planteado también posturas antagónicas respecto a su “novedoso” contenido. Y es que, para algún sector, la desconexión digital no es otra cosa más que el reconocimiento y/o refor-

⁴¹ Otros ejemplos en ámbito latinoamericano que, sin embargo, no introducen mayor novedad en su regulación son la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario ecuatoriana de junio de 2020, que reformó el Código de Trabajo, estableciendo la obligación del empleador de “respetar el derecho de desconexión del teletrabajador a desconexión”; y la Ley 27555 argentina, que establece el régimen general del teletrabajo y reconoce el derecho a la desconexión digital de los teletrabajadores.

⁴² Padilla Parga, Roberto, *op. cit.*, p. 577. En ese sentido, una de las críticas que se hace a los modelos normativos europeos, al francés en particular, es que regula el derecho de desconexión digital como un espacio de libertad de los trabajadores en el cual el empleador está impedido de penetrar, debiendo respetar los periodos de descanso o desconexión. Con base en la ley chilena, Padilla sostiene que dicha norma va más allá, porque, de un lado, establece al empleador obligaciones derivadas de su deber de protección al trabajador; y, de otro, hace un esfuerzo por dotar de un contenido concreto al derecho a la desconexión.

zamiento en la era digital de ciertos derechos laborales básicos, como el descanso y la limitación de la jornada de trabajo. Otros autores, por el contrario, consideran que la desconexión implica un contenido particular que permite diferenciarlo de los derechos antes indicados y que, por tanto, merece una regulación especial.

Por un lado, para quienes se trata un nuevo derecho, la desconexión digital no está ligada solamente al derecho al descanso, sino también al derecho a la intimidad privada, buscando así conciliar vida y trabajo decente en la era tecnológica.⁴³ En idéntico sentido, en el ámbito nacional se ha indicado que el contenido de “la desconexión digital englobaría la protección de ciertos derechos como: la jornada de trabajo, el derecho a la salud, el derecho al descanso y disfrute del tiempo libre; procurando lograr la tan deseada conciliación entre la vida laboral, personal y familiar”.⁴⁴

Sin embargo, desde el otro extremo se ha negado su naturaleza autónoma, “ya que sus contenidos mínimos ya se encuentran consagrados en los derechos fundamentales e institutos clásicos de la limitación de la jornada, los descansos en sentido amplio y la seguridad y salud en el trabajo”.⁴⁵ Al respecto, analizando el caso español, Molina acota que la legislación y jurisprudencia previas ya tutelaban aquellas situaciones para las que precisamente está pensada la desconexión; y considerando que su tratamiento legislativo no ofrece mayores o novedosas garantías, entonces el valor práctico de tal derecho se diluye.⁴⁶ De esta manera, se afirma que el “derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del viejo —o clásico— derecho, actualizado bajo el impulso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital, al descanso”.⁴⁷ En igual sentido opina Azócar, para quien el derecho a desconectarse del trabajo —y no sólo la desconexión digital— es un “derecho ya reconocido

⁴³ Monteiro Pessoa, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, Brasil, vol. 28, núm. 2, 2019, p. 26.

⁴⁴ Chira Rivero, Guillermo y Távora Romero, Melissa, “Hacia una adecuada regulación del derecho a la desconexión digital en el Perú y la actuación de la inspección del trabajo”, *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho U.S.A.T.*, Perú, vol. 9, núm. 2, 2020, p. 76; asimismo, López, Wilson, *op. cit.*, p. 57. Concluye también que se trata de un derecho autónomo y limitado a la protección de los derechos fundamentales al descanso, la salud, la intimidad y la conciliación de la vida familiar y laboral.

⁴⁵ Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁶ Molina Navarrete, Cristóbal, *op. cit.*, pp. 913 y 914.

⁴⁷ *Idem*.

por la mayoría de legislaciones y que, con el desarrollo de nuevas tecnologías y formas de comunicación, ha adquirido especial notoriedad”.⁴⁸

Al margen de este debate, la mayoría de autores admite la importancia de promover y producir medidas legislativas que reconozcan la desconexión digital. Así, Tascón indica que, no obstante que el derecho del trabajo cuenta con herramientas que permiten una tutela más o menos adecuada del tiempo de trabajo —entre ellas la inspección laboral—, no debería perderse de vista que “las nuevas realidades informáticas y el permanente estado de conectividad laboral... hagan necesaria una cierta intervención normativa para ordenar algunos aspectos que, al fin y a la postre, garanticen que tal protección se va a ser efectiva”.⁴⁹ Igual postura sostiene Azócar⁵⁰ y, en el Perú, esa es la posición asumida por López⁵¹ y Puntriano, siendo que para este último es “conveniente su regulación expresa en países en los cuales no exista una cultura de respeto al tiempo de descanso del trabajador”.⁵²

Por nuestra parte, consideramos que una realidad global marcada por una notoria y constante penetración de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, y que resulta proclive a la intrusión del empleador en la esfera privada del trabajador, exige la adopción de medidas específicas para la tutela efectiva de los derechos laborales fundamentales. De esta manera, resulta necesario establecer de manera expresa y precisa los límites del poder de dirección del empleador que eviten la prolongación del tiempo de trabajo fuera de los límites legal y/o convencionalmente establecidos. Debe tenerse presente que la vulneración por parte del empleador de los derechos al descanso y a una jornada máxima de trabajo termina siendo, en el contexto descrito, una transgresión o infracción “pluriofensiva”, porque incide simultáneamente y de manera negativa en diversos derechos de los trabajadores, como los ya mencionados a la salud, a la privacidad y conciliación del trabajo con la vida familiar.

En consecuencia, ante una historia de incumplimiento sistemático de la normativa que ha regulado el descanso y el tiempo de trabajo, como la acontecida en muchas partes del mundo, y también en nuestro país,⁵³ la incorpora-

⁴⁸ Azócar Simonet, Rodrigo, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ Tascón citado por Rosenbaum Carli, Federico, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁰ Azócar Simonet, Rodrigo, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ López, Wilson, *op. cit.*, p. 56.

⁵² Puntriano Rosas, César, “La desconexión digital: alcances y regulación en el Perú”, *Laborem*, Perú, núm. 23, 2020, p. 343.

⁵³ Dicha normativa se resume más adelante y de forma muy breve en el punto 1 de este trabajo.

ción del derecho a la desconexión digital en el ordenamiento peruano resulta más que oportuna. Así, una vez más, la realidad se ha impuesto al debate académico, y como viene ocurriendo en distintos lugares y mediante diversas formas de regulación, ha terminado imperando la necesidad de normar la desconexión digital como derecho, quedando opacada la discusión sobre su naturaleza jurídica. Por tal razón, coincidimos con Padilla en cuanto una regulación expresa de la desconexión digital “fluye de la necesidad de una protección efectiva de la persona del trabajador frente a la posibilidad de una invasión permanente de la vida laboral en las demás dimensiones de su vida personal debido al uso de herramientas digitales”.⁵⁴

En cualquier caso, no se puede ocultar el vínculo que existe entre la desconexión digital y los derechos laborales —y otros no propiamente laborales, pero con incidencia en la relación de trabajo—, y a los que pretende darles viabilidad. De modo tal que estamos ante una institución que cumple una “función bisagra o articuladora” entre el reconocimiento de tales derechos y el cumplimiento de las obligaciones del empleador que de ellos se derivan. En tal sentido, compartimos la idea de que la desconexión digital es un derecho instrumental,⁵⁵ porque su esencia no es otra que la de articular otros derechos; en concreto, los derechos a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad personal y familiar, y a la conciliación del trabajo con la vida familiar,⁵⁶ entendidos como piezas de un mismo rompecabezas que requieren ser unidas y tratarse de manera integral, a fin de garantizar a la par el cumplimiento efectivo de todos ellos.⁵⁷ Sin duda alguna, el sustento constitucional

⁵⁴ Padilla Parga, Roberto, *op. cit.*, p. 576.

⁵⁵ Cialti, Pierre, *op. cit.*, p. 180, y Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ Nótese que se trata de derechos fundamentales de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento. Así, la Constitución reconoce a los mismos en sus artículos 2.22 (descanso y disfrute de tiempo libre), 2.7 (intimidad personal y familiar), 7 (salud), y 25 (jornada máxima de trabajo y descansos remunerados). En el caso del derecho a la conciliación del trabajo con la vida familiar, su reconocimiento constitucional se deriva de su incorporación por la vía de la cláusula abierta del artículo 3 (“otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”) y del Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por el Perú.

⁵⁷ Adviértase que la “instrumentalidad” de la desconexión digital radica, precisamente, en que ésta no es un fin en sí misma. Es decir, el trasfondo de tutelar un tiempo de descanso —y la consecuente facultad del trabajador de rechazar válidamente cualquier encargo de su empleador durante este periodo— radica en garantizar el goce y protección de otros derechos que confluyen en el tiempo de desconexión. Así, por ejemplo, tanto el derecho a la intimidad como la conciliación con la vida familiar y la salud serían puestos en jaque si no se garantiza también la desconexión digital.

de esta finalidad garantista se encuentra, de un lado, en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución peruana, que señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, dando cabida a los derechos de ciudadanía laboral en el ámbito de la empresa; y, de otro, en el artículo 44 del propio texto constitucional, que establece como una de las obligaciones esenciales del Estado la de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.

4. *¿Derecho irrenunciable?*

Por otro lado, cabe preguntarse sobre la (in)disponibilidad de un derecho como la desconexión digital, que cumple una función instrumental o garantista de un conjunto de derechos fundamentales tanto típicamente laborales como de ciudadanía laboral.

Suelen considerarse derechos indisponibles o irrenunciables para el trabajador aquellos que el ordenamiento jurídico le reconoce en norma imperativa. En el caso peruano, la norma constitucional consagra “el carácter irrenunciable de los derechos laborales reconocidos en la Constitución y las leyes” (artículo 26.2). Pero es claro que no sólo las normas de origen constitucional y legal tienen carácter imperativo e, incluso, no todas las normas que tengan este origen resultan imperativas. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordar, de un lado, que “una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas”; y, de otro, ha precisado que la irrenunciabilidad alcanza a cualquier derecho laboral regulado en normas jurídicas que tengan naturaleza taxativa o imperativa, estableciendo estándares mínimos que deben ser respetados, como ocurre con los tratados internacionales y los convenios colectivos de trabajo.⁵⁸

En definitiva, la irrenunciabilidad de derechos opera respecto de normas de derecho necesario relativo que fijan mínimos, es decir, respecto de la parte imperativa de una norma, impidiendo al trabajador la disposición o desmejora del derecho en ella reconocido, pero permitiendo su suplemento o mejora. En esa línea, y ante el supuesto en que se disponga la desmejora de un derecho irrenunciable, la consecuencia aplicativa de este principio es la nulidad de tal acto. Como destacaba Plá Rodríguez, “se sanciona, pues, la infracción a estas normas de la manera más severa: con la nulidad. No la mera anulabi-

⁵⁸ Véase las sentencias recaídas en los expedientes 008-2005-PI/TC y 4635-2006-AA/TC.

lidad, la nulidad de pleno derecho que se debe declarar aunque el interesado no lo solicite”.⁵⁹

En el caso del derecho a la desconexión digital, si bien lo que se busca primordialmente es resguardar el respeto de una jornada máxima de trabajo, así como el derecho al descanso que sobreviene una vez finalizada ésta, hay que tener en cuenta que la desconexión podría quedar sin efecto de existir un acuerdo de sobretiempo fijado por las partes, en los términos y con los límites que el ordenamiento legal establece. En este sentido, prevalecerá la decisión del trabajador de no realizar horas extras y de gozar de los periodos de descanso (diario, semanal, vacaciones, días festivos) o de licencia legal y/o convencionalmente establecidos, pero éste siempre tendrá la opción de pactar con su empleador el trabajo en sobretiempo, precisamente, en el periodo correspondiente a la desconexión. Esta posibilidad de elegir entre las dos alternativas que se reconoce al trabajador: realizar trabajo en sobretiempo o no hacerlo, hace de la desconexión digital un derecho disponible.

No obstante, es imperativo que, en cada caso, la actividad realizada responda a la real voluntad del trabajador y sea retribuida con la sobretasa correspondiente, como requisitos de validez de la medida; pero sobre todo debe tenerse presente su carácter esencialmente extraordinario y que, en cierto modo, es lo que se busca apuntalar con el derecho a la desconexión digital. Es decir, el sobretiempo no debe entenderse como algo ordinario, sino necesariamente excepcional o eventual.

De esta manera, por ejemplo, no sería válido un acuerdo que establezca un trabajo en sobretiempo mayor al límite legal, o uno que establezca una permanente puesta a disposición del trabajador durante el periodo desconexión. Tales casos sí supondrían una renuncia o un acto de encubrimiento de una renuncia en el que cabría aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos, con la consecuente nulidad del acto en cuestión.

De igual forma, y aunque por regla general la desconexión digital sea un derecho disponible, cabe recordar que la remuneración por el trabajo en sobretiempo, al igual que la sobretasa derivada del mismo, sí son derechos irrenunciables. Ello, aunque sea una perogrullada, impide cualquier supuesto de trabajo no remunerado fuera de la jornada laboral. Así, de darse el caso en el que se pacte una remuneración o sobretasa menor a la legalmente fijada

⁵⁹ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho de trabajo*, 2a. ed., Argentina, Depalma, 1978, pp. 110 y 111.

por el trabajo realizado durante el tiempo de desconexión, también cabría la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

III. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

De todo lo expresado hasta este momento, y a partir de su finalidad y contenido, podemos caracterizar el derecho a la desconexión digital —y las consecuencias que se derivan de ello— a partir de los siguientes rasgos. Cabe advertir que, para el desarrollo de tales características, hacemos referencia, cuando corresponda, a determinadas disposiciones del ordenamiento laboral peruano; ello sin perjuicio de analizar posteriormente este novel derecho en función a la normativa histórica sobre tiempo de trabajo y descanso en el Perú.

En primer lugar, se trata de un *derecho instrumental* y no autónomo. Su objetivo es garantizar de manera simultánea el cumplimiento de un conjunto de derechos laborales fundamentales. Principalmente procura la satisfacción de derechos tradicionales referidos al tiempo de trabajo, como el derecho a una jornada máxima de trabajo y el derecho al descanso —lo que incluye permisos o licencias de diversa índole (maternidad, lactancia, sindicales, entre otras)—; alcanza también a otros derechos del trabajador que, como consecuencia de la transgresión de los anteriores, pueden verse afectados; tal es el caso de la salud, la intimidad personal y la conciliación del trabajo con la vida familiar. En este sentido, no estamos ante un derecho que tenga necesariamente una identidad propia, sino ante uno que cumple una función instrumental o garantista de otros derechos.

En segundo término, y para la satisfacción de dicha función instrumental, se reconoce al trabajador el *derecho a desligarse de sus obligaciones laborales* y, en concreto, a desconectarse de los medios telemáticos con los que realiza sus labores una vez finalizada la jornada ordinaria de trabajo, se trate o no de medios proporcionados por el empleador, e independientemente de donde se realicen las labores (en el centro de trabajo o en el domicilio del trabajador). Lo anterior implica reconocer al trabajador un *derecho de resistencia*, esto es, la facultad que tiene de desacatar o no cumplir las órdenes o encargos de su empleador en el periodo de desconexión sin que por ello incurra en responsabilidad alguna.

En tercer lugar, el derecho a la desconexión constituye un claro *contrapezo o límite al poder de dirección del empleador*. En estricto rigor, refuerza límites

ya existentes —tanto de origen legal como convencional— que modulan el contrato de trabajo y que exigen al empleador su ejecución de buena fe, en particular, de las obligaciones encaminadas al cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador a una jornada máxima de trabajo y al descanso. Esto supone que el empleador, de manera directa o por intermedio de cualquier directivo de la empresa o jefe inmediato del trabajador, está impedido de impartirle órdenes o encomendarle tareas dentro del periodo de desconexión. Esta prohibición no sólo alcanza a este preciso lapso, sino también a cualquier tipo de requerimiento que pudiera realizarse antes de dicho periodo, pero que, por su magnitud, resulta obvio e inevitable que se lleve a cabo —o se culmine— fuera de la jornada habitual de trabajo y que, a fin de cumplir con el encargo, tenga que hacerse necesariamente en el tiempo de desconexión o descanso.

La limitación del poder de dirección antes señalada alcanza sin duda a la facultad sancionadora del empleador. En otras palabras, este último no puede disciplinar al trabajador que se niegue a acatar órdenes o a realizar algún tipo de actividad laboral en el periodo de desconexión, salvo las situaciones excepcionales de caso fortuito o fuerza mayor a los que nos hemos referido antes. Precisamente por ello, y al no existir una causa que legitime la medida empresarial, las eventuales sanciones impuestas por el empleador serían nulas.

En cuarto lugar, el incumplimiento por parte del empleador del derecho a la desconexión de sus trabajadores significa una *acción contraria al deber de buena fe contractual*. Como es conocido, este deber tiene una clara dimensión bilateral, comprendiendo tanto al empleador como al trabajador en el cumplimiento de sus prestaciones debidas.

Al respecto, en el Perú, el artículo 1362 del Código Civil, de aplicación supletoria a las relaciones laborales, establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Se trata entonces de una norma imperativa presente en todo el *iter* de la relación contractual, y en este sentido, no sería admisible entender que dicha relación no está regida por las reglas de la buena fe, o incluso que las partes pueden pactar contra ellas.⁶⁰ Como no podría ser de otra forma, el alcance de la buena fe también resulta aplicable al ámbito laboral, siendo una exigencia para las dos partes de la relación.⁶¹ De modo tal, que

⁶⁰ De La Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, 2a. ed., Perú, Palestra Editores, 2007, p. 345.

⁶¹ Martín Valverde, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013, pp. 628-684, “esta exigencia de la buena fe no es una característica especial que distinga la relación de

“es tan importante la buena fe que debe demostrar el empleador como la que debe inspirar al trabajador”, por lo que “este principio debe ser tenido en cuenta para la aplicación de todos los derechos y obligaciones que las partes adquieren como consecuencia del contrato de trabajo”.⁶²

En consecuencia, en el derecho laboral el cumplimiento del contrato de trabajo según las reglas de la buena fe está vinculado a la conducta de las partes. Concretamente, la buena fe impone determinados estándares de comportamiento a los que deben sujetarse tanto el empleador como el trabajador, a fin de modular correctamente la ejecución de los derechos y obligaciones que emanan del contrato de trabajo: las partes deben “ajustar su conducta a una norma de rectitud y de honradez”, realizando los esfuerzos necesarios para el mejor cumplimiento de la relación laboral, y absteniéndose de cualquier forma de comportamiento desleal.⁶³

Es más, como sostiene un sector de la doctrina civilista, del principio o cláusula general de la buena fe se derivan obligaciones legales específicas como el deber de protección, cuyo propósito es garantizar una correcta ejecución de la relación contractual, y que se fundamenta en “la protección de la dignidad de los sujetos” reconocida constitucionalmente.⁶⁴ Es decir, este deber de protección, que comprende también a la relación de trabajo —y, sin duda, al sujeto contractualmente débil de esa relación, que se encuentra condicionado al poder de dirección de su empleador—, es finalmente “una expresión del derecho a la protección de la dignidad humana”;⁶⁵ la misma que de manera general se consagra en el primer artículo de nuestra carta fundamental y, con carácter específico para la relación de trabajo, en el tercer párrafo del artículo 23 del mismo cuerpo normativo. En definitiva, como concluye Hernández: “Si el empleador puede dar órdenes para la ejecución del trabajo, debe también proteger al trabajador procurando que la ejecución de dichas

trabajo de otras relaciones jurídicas diferentes”. En tal sentido, agrega el citado autor, dicha exigencia deriva de la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que la Constitución reconoce a la persona humana.

⁶² Plá Rodríguez, Américo, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

⁶³ Martín Valverde, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 628.

⁶⁴ Morales Hervias, Rómulo, “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 71, 2013, p. 75.

⁶⁵ Quiñónez López, Sonia, *Protección y alcance del derecho al descanso frente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2021, p. 113.

órdenes no le sean lesivas ni nocivas, debiendo asumir una serie de precauciones y responsabilidades” para tal efecto.⁶⁶

Por lo señalado, no debe pensarse que el principio de buena fe en la ejecución del contrato de trabajo es sólo exigible al trabajador y que, dependiendo de la intensidad de su incumplimiento, puede conllevar la imposición de medidas disciplinarias, entre ellas el despido. Por el contrario, como se ha indicado, dicho principio es igualmente exigible al empleador. De hecho, la jurisprudencia peruana ha sido clara sobre ello al analizar el ejercicio del *ius variandi*, precisando que, si bien se trata de una atribución empresarial, ésta debe ejercitarse de buena fe.⁶⁷ Sin embargo, en el contexto de la desconexión digital, la buena fe contractual tiene una connotación particular. Así, el empleador debe ser consciente de que no forman parte de sus prerrogativas —o lo que es lo mismo, que está fuera del ámbito de su poder de dirección— el impartir órdenes o encargos a sus trabajadores en periodos de descanso o desconexión. Consecuentemente, realizar tal conducta pese a no tener facultades para ello supone un quebrantamiento del deber de buena fe contractual.

Una quinta característica, no menos relevante, es que el incumplimiento por parte del empleador del derecho de desconexión digital puede considerarse un *acto “pluriofensivo”* por la cuantía de los derechos fundamentales afectados. En efecto, el incumplimiento empresarial no sólo supone una infracción del derecho a la desconexión propiamente, sino también, de manera simultánea, una vulneración de los derechos a la jornada laboral máxima, al descanso (diario, semanal, anual o en días feriados, según corresponda) o al goce de la licencia de la que se esté haciendo uso, a la salud, a la intimidad, y a la conciliación del trabajo con la vida familiar; en este último caso, con mayor preponderancia respecto de los trabajadores con responsabilidades familiares que realizan trabajo remoto o teletrabajo en su domicilio. Esta característica, como se verá, tiene efectos muy concretos en el mantenimiento o conservación de la relación de trabajo y en la tutela misma del derecho a la desconexión.

⁶⁶ Hernández Rueda, Lupo, “Poder de dirección del empleador”, en De Buen Lozano, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio (coords.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM-AIADTSS, 1997, p. 417.

⁶⁷ Al respecto, la Cas. Lab. 20366-2017-San Martín, Cas. Lab. 7486-2016-Moquegua, y Cas. Lab. 17819-2015-Cajamarca, reafirman que “si bien la ley reconoce la atribución del empleador para trasladar o desplazar al trabajador a un lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios; no obstante, le impone el deber de ejercer dicha atribución de buena fe”.

De otro lado, las órdenes o directrices reiteradas del empleador en los periodos de desconexión —o que deban realizarse durante los mismos— podrían calificar como un *acto de hostilidad*. Recuérdese que en el ordenamiento peruano se establece como un acto de hostilidad equiparable al despido a “todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador”, conforme a lo establecido en el artículo 30, inciso g) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL),⁶⁸ y como hemos señalado líneas arriba, el incumplimiento del empleador de su obligación de respetar los periodos de desconexión digital de sus trabajadores, supone un quebrantamiento de la buena fe contractual y, en última instancia, del deber de protección del trabajador, sustentados en el mandato constitucional de defensa y respeto de la dignidad humana, y del trabajador concretamente.⁶⁹ En tal sentido, dicho incumplimiento se puede reconducir como un acto de hostilidad en los términos previstos en la citada norma, pudiendo el trabajador afectado solicitar el cese de la hostilidad o, dado el caso, darse por despedido y demandar la respectiva indemnización.⁷⁰ Al margen de ello, al igual que cierto sector de la doctrina, consideramos oportuna la incorporación expresa de este acto de hostilidad dentro de los supuestos contemplados legalmente,⁷¹ como un acto de hostigamiento o acoso laboral, tal como lo hace la legislación colombiana.⁷²

Finalmente, el derecho a la desconexión digital *no se circunscribe únicamente al teletrabajo o al trabajo remoto*, sino que alcanza a todo tipo de actividad laboral, independientemente del régimen legal aplicable —privado o público-, y tanto la realizada de manera presencial como la llevada a cabo de manera remota o a distancia.

Las anteriores características pueden bien ser resumidas de forma gráfica en el siguiente cuadro:

⁶⁸ El Texto Único Ordenado de la LPCL fue aprobado mediante decreto supremo 003-97-TR.

⁶⁹ De otro lado, según hemos señalado que la vulneración de la desconexión digital, debido a su carácter instrumental, comporta la afectación de un conjunto de derechos fundamentales que encuentran sustento también en la dignidad del trabajador.

⁷⁰ En el mismo sentido se pronuncia Quiñónez López, Sonia, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

⁷¹ Chira Rivero, Guillermo y Távora Romero, Melissa, *op. cit.*, p. 82.

⁷² El artículo 4, parágrafo 2 de la Ley 2191 de 2022, señala expresamente que: “La inobservancia del derecho a la desconexión laboral podrá constituir una conducta de acoso laboral, en los términos de la Ley 1010 de 2006. En ningún caso será acoso laboral la conducta que no reúna las características de ser persistente y demostrable”.

<i>Características del derecho a la desconexión digital</i>	
1	Es un derecho instrumental.
2	Supone un derecho de resistencia del trabajador.
3	Actúa como contrapeso o límite al poder de dirección del empleador.
4	Su incumplimiento por parte del empleador implica una contravención al deber de buena fe.
5	Su vulneración por parte del empleador configura un acto pluriofensivo.
6	Su incumplimiento por parte del empleador puede ser considerado un acto de hostilidad.
7	No se circunscribe al trabajo remoto o teletrabajo.

FUENTE: Elaboración propia.

1. *La tutela administrativa del derecho a la desconexión*

Como se ha indicado *supra*, la inobservancia empresarial de las obligaciones relativas a la desconexión digital califica como un acto pluriofensivo por la diversidad de los derechos laborales fundamentales afectados. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, cuya finalidad es precisamente el control de la aplicación de la ley y la sanción de su incumplimiento, estaríamos ante una infracción muy grave del empleador. Así, recuérdese que, para el caso peruano, el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT)⁷³ sanciona con la mayor gravedad el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada laboral y el tiempo de trabajo en general, así como “cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales”.⁷⁴ Bajo dicho precepto, es evidente que la vulneración del derecho a la desconexión digital, por su implicancia directa con el derecho a una jornada máxima de trabajo y el derecho al descanso, y su correlación con otros derechos fundamentales, se subsume en el indicado tipo legal.

No obstante, a inicios de 2021 se introdujo la Décima Disposición Final y Transitoria en el RLGIT, la misma que, con una visión reduccionista de lo que implica la desconexión laboral, desatendiendo el principio de proporcionalidad, y de manera absolutamente inconsistente con otras infracciones previstas en el propio RLGIT, calificó la vulneración a la desconexión digital sólo

⁷³ Aprobado por decreto supremo 019-2006-TR.

⁷⁴ Véase los artículos 25.6, 24.14 y 25.15 del RLGIT.

como una falta grave.⁷⁵ Es más, como sugiere De Lama, esta infracción parece circunscrita al contexto de la pandemia de la COVID-19, estableciéndose así un carácter excepcional y temporal que no coincide con el contenido de la desconexión digital, dado que “seguramente, cuando ya no nos encontremos en el marco de este estado de emergencia nacional, van a seguir suscitándose problemas de incumplimiento de las garantías de este derecho”.⁷⁶ Y es que, en línea con lo anotado anteriormente, recordemos que la desconexión digital no se restringe únicamente al teletrabajo o al trabajo remoto, sino que alcanza a todo tipo de actividad laboral.⁷⁷

En tal sentido, también coincidimos con el citado autor en cuanto al hecho de que la tipificación actual de esta infracción es errada, toda vez que se “debió seguir la misma gradualidad que el RLGIT le ha impreso a toda aquella lesión del tiempo de trabajo”.⁷⁸ Dada la naturaleza pluriofensiva que supone el incumplimiento del empleador de los tiempos de desconexión, por la diversidad de los derechos afectados, consideramos que la infracción a este derecho debe ser sancionada con la mayor gravedad. Conviene recordar que el artículo 31 de la Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante, LGIT), establece que la calificación o graduación de las infracciones administrativas en el ámbito laboral obedece a la “naturaleza del derecho afectado o deber infringido”, y que en el caso de las infracciones muy graves debe prestarse atención a la “especial trascendencia” del bien tutelado, como sería el caso de la vulneración del derecho a la desconexión por su particular relevancia en la salvaguarda de un conjunto de derechos fundamentales laborales. Precisamente, uno de los

⁷⁵ El texto legal señala expresamente: “Constituye infracción administrativa grave que afecta el cumplimiento de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, ejercer coerción sobre el/la trabajador/a o incurrir en actos dirigidos a intimidar al trabajador/a para realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través de cualquier equipo o medio informático, de telecomunicaciones o análogos, o a mantener activos dichos medios durante el tiempo de desconexión digital”.

⁷⁶ Lama Laura, Manuel de, “La fiscalización del trabajo remoto y de la desconexión digital algunos apuntes en relación con la tipificación de infracciones sobre la materia”, *Análisis Laboral*, Perú, vol. 45, núm. 528, 2021, p. 12.

⁷⁷ Al respecto, cabe advertir que la propuesta de nueva Ley del Teletrabajo, recientemente aprobada por el Congreso de la República, pero todavía no promulgada, contempla como infracción muy grave el “no respetar el derecho del teletrabajador a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo”. Si bien coincidimos con la proporcionalidad atribuida a esta falta, debemos insistir en que la infracción a la desconexión digital no se limita al teletrabajo.

⁷⁸ Lama Laura, Manuel de, *op. cit.*, p. 12.

momentos en los que opera el principio de proporcionalidad es en la predefinición normativa de la infracción. Esto significa que “los textos legales que contienen el catálogo de infracciones y sanciones deben haber realizado una adecuada integración entre la gravedad de la conducta infractora y la sanción impuesta, impidiendo sanciones desproporcionadas en atención a los bienes jurídicos y los intereses que se tratan de proteger”.⁷⁹ Se trata, en definitiva, de realizar un análisis de ponderación entre la infracción y la sanción que atañe a ésta, y que debería llevar también a no establecer una sanción menor a la que corresponde dependiendo de la gravedad del incumplimiento o falta cometida.⁸⁰

Al respecto, cabe advertir que la nueva Ley del Teletrabajo ha rectificado la situación antes descrita, estableciendo como infracción muy grave el “no respetar el derecho del teletrabajador a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo” (artículo 27.3.a), la misma que se ha incorporado en los mismos términos como infracción muy grave en materia de relaciones laborales en el RLGIT. Si bien coincidimos con la proporcionalidad atribuida a esta falta por la normativa citada, debemos insistir en que la infracción a la desconexión digital no se limita al teletrabajo.

Ahora bien, es claro que esta consecuencia deberá ser analizada y ponderada en cada caso concreto por la Inspección del Trabajo, aplicando para ello los principios de razonabilidad y proporcionalidad como herramientas necesarias e imperativas que guían su función fiscalizadora.⁸¹ Y es que no puede tratarse a un hecho concreto o único de la misma manera que a los incumplimientos reiterados o constantes en contravención al derecho de desconexión; o para decirlo en términos simples, “no es lo mismo no responder a un mensaje

⁷⁹ Mercader Uguina, Jesús y Tolosa Tribiño, César, *Derecho administrativo laboral*, España, Tirant lo Blanch, 2004, p. 668.

⁸⁰ Otros casos de una inadecuada graduación de la gravedad de las infracciones laborales en el RLGIT, pueden verse en: Cavalié Cabrera, Paul, *Reflexiones sobre los criterios de agravamiento de la sanción inspectiva laboral a la luz de los principios del derecho administrativo sancionador*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2020, pp. 54-56.

⁸¹ La Ley del Procedimiento Administrativo General asimila el principio de razonabilidad con el de proporcionalidad, estableciendo en el numeral 1.4 del artículo IV del título preliminar de la indicada norma, que: “Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

puntual como no responder a múltiples mensajes”.⁸² Sin dudas, la remisión de un mensaje aislado y puntual pasado apenas unos segundos de la finalización de la jornada laboral, y que no requiera de una respuesta inmediata y de la realización de trabajo adicional, difícilmente podrá ser calificado como un acto que vulnere el derecho a la desconexión digital. Sin embargo, es preciso que el ordenamiento contemple como regla general la prohibición del empleador de impartir órdenes fuera de la jornada de trabajo, con la consecuente infracción y sanción por dichos actos. Consideramos que ello contribuye a generar los incentivos necesarios para que realmente se respeten los tiempos de desconexión de los trabajadores, sobre todo en aquellas sociedades en las que se aprecia una cultura de inobservancia sistemática a los tiempos de descanso.

De otro lado, hay que tener en cuenta que, incluso en algunas circunstancias, claramente excepcionales o por motivos de fuerza mayor, podría estar justificado el mensaje o encargo del empleador. En esa línea, cabe también precisar en aquellos casos en los que válidamente se produzca trabajo en sobretiempo,⁸³ o cuando las partes hayan acordado la realización de determinada actividad fuera de la jornada ordinaria, pero considerado como tiempo de trabajo efectivo (es decir, computable como parte de la jornada de trabajo), no estaríamos ante una infracción administrativa o incumplimiento del derecho a la desconexión digital.⁸⁴ Aunque resulte obvio recalcarlo, se tratan de escenarios extraordinarios o inusuales, de forma tal que el empleador no puede utilizarlos como excusa para encubrir una conducta reiterativa que transgrede los tiempos de desconexión. Como se indicó con anterioridad, frente a tales actos de encubrimiento, y analizando cada caso en particular, cabría aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos, independientemente de la infracción administrativa correlativa.

⁸² Trujillo Pons, Francisco, *op. cit.*, p. 29.

⁸³ Para ello será preciso que se cumplan los supuestos excepcionales contemplados en el Tuo de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por decreto supremo 007-2002-TR, cuyo artículo 9 consagra: “Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva”.

⁸⁴ En este orden de ideas, destaca una interesante jurisprudencia española de 2020. Concretamente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluyó que la realización de un curso obligatorio fuera de la jornada habitual para controladores aéreos no contravenía el derecho a la desconexión digital. Y es que por acuerdo colectivo se pactó que dicho curso calificara como tiempo de trabajo efectivo, por lo que “siendo tiempo de trabajo efectivo no le es aplicable el derecho de desconexión digital” (Roj: STSJ M 10055/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:10055).

2. *Desconexión digital y protección contra el despido*

Hemos señalado que la inobservancia del derecho a la desconexión digital por parte del empleador puede constituir un acto de hostilidad o acoso laboral, facultando así al trabajador a incumplir las órdenes recibidas de aquél en el periodo de desconexión y, al mismo tiempo, habilitándolo a requerir el cese del acto lesivo. Dicho requerimiento debe dirigirlo, en primer lugar, al propio empleador; y de persistir la medida empresarial, el trabajador queda habilitado para accionar judicialmente y que sea el juzgador quien la deje sin efecto, o determine el pago de la indemnización correspondiente si el trabajador decidiera darse por despedido.

Pero podría ocurrir no sólo que el empleador persista en su conducta, sino que incluso entienda el desacato del trabajador como un incumplimiento contractual y como una resistencia a sus órdenes o indicaciones; la misma que en el ordenamiento jurídico peruano está tipificada como una falta grave susceptible de despido. Llegados a este punto, estaríamos ante un despido en clara contravención al derecho de desconexión, por lo que consideramos conveniente analizar la naturaleza y posibles consecuencias de esta clase de despido, así como la forma de remedio o reparación del mismo.

Es conveniente recordar que en el Perú el despido no es libre, siendo que la decisión del empleador de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo debe ajustarse al mandato constitucional —establecido en los artículos 22 y 27 (interpretados sistemáticamente) de la carta fundamental—, de que esa voluntad extintiva responda a una causa justa tipificada en la ley y esté debidamente acreditada. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido y desarrollado una tipología de cuatro posibles formas que el despido injustificado puede adoptar en nuestro ordenamiento jurídico: el nulo, el fraudulento, el incausado y el arbitrario.⁸⁵ A pesar de ser esta una clasificación que pretende ser exhaustiva, debemos advertir la dificultad de encajar el despido lesivo del derecho a la desconexión laboral en la tipología establecida jurisprudencialmente.

Partimos del supuesto de que el despido ha cumplido el procedimiento previsto legalmente; es decir, el empleador ha invocado y acreditado la causa del despido, y le ha otorgado al trabajador el plazo correspondiente para que

⁸⁵ Para confirmarlo, basta con remitirse a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 1124-2001-AA/TC y 976-2001-AA/TC. De igual forma, las casaciones citadas en la nota 31 *supra*.

ejerza su defensa y levante las imputaciones realizadas. En el caso concreto que aquí analizamos, esto significa haberle imputado al trabajador, al menos, la falta de “reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores”, tipificada en el inciso a) del artículo 25 de la LPCL, y es a partir de esta premisa que vamos a analizar las cuatro clases de despido señaladas.

En tal sentido, el despido de un trabajador por no acatar las órdenes o indicaciones en el periodo desconexión no podría calificar como un despido incausado, en la medida que esta clase de despido es aquel que se produce, de manera verbal o escrita, sin comunicarle al trabajador la razón o causa del mismo. En el caso analizado esta exigencia formal sí habría ocurrido; siendo inviable la configuración de un despido incausado.

Por otro lado, califica como despido nulo el acto extintivo del contrato de trabajo por decisión del empleador que afecta derechos fundamentales, y que son aquellos expresamente señalados en la ley. Hay en esta clase despido una motivación prohibida, una conducta del empleador contraria a determinados intereses y bienes jurídicos tutelados por la Constitución, como la libertad sindical, la no discriminación o la maternidad. En este sentido, hay una clara correspondencia entre el despido nulo y el despido como sanción al trabajador por ejercer su derecho a la desconexión digital, porque este último es también un despido violatorio de derechos fundamentales. El problema radica en que el despido nulo, en escenario nacional, está reservado para supuestos taxativos contemplados por ley.⁸⁶ En esa línea, Blancas recuerda que “la opción del legislador nacional a favor de una lista *numerus clausus* resulta evidente, si se tiene en cuenta que por vía reglamentaria se exige que el trabajador que demande la nulidad del despido invoque expresamente cuando menos uno de los motivos a que se refiere la ley”.⁸⁷ De hecho, esta taxatividad ha sido confirmada por reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema, quien ha establecido que “en caso de pretenderse la nulidad de despido... éste debe estar enmarcado dentro de las causales taxativamente prescritas en el artículo 29 del Decreto Supremo núm. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.⁸⁸

⁸⁶ Estos supuestos están recogidos en el artículo 29 de la LPCL.

⁸⁷ Blancas Bustamante, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, Perú, Jurista Editores, 2013, p. 373.

⁸⁸ Cas. Lab. 12914-2014-Junin. En igual sentido se pronuncian la Cas. Lab. 3931-2018-Callao y la Cas. Lab. 9004-2018-Callao. Estos recientes pronunciamientos confirman que “el despido nulo se configura cuando el empleador basa el despido en una causa ilícita, lesionando derechos fundamentales; esta forma de protección concebida permite salvaguardar el derecho

Sin embargo, y al margen de no estar recogida como causal taxativa, estimamos que, dada la naturaleza de la desconexión digital, la consecuencia de un despido en contravención de este derecho debe ser inexorablemente la nulidad. Como se ha explicado previamente, la desconexión digital cumple un rol instrumental o garantista de importantes derechos fundamentales: a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad, a la conciliación del trabajo con la vida familiar. En consecuencia, un despido que vulnera el derecho de desconexión ha de entenderse como un acto pluriofensivo o simultáneamente lesivo de derechos fundamentales.⁸⁹ Por ello, resulta insostenible que, dada la naturaleza de los derechos implicados, que sustentan la dignidad del trabajador y que toda relación laboral está llamada a respetar, esta clase de despido pueda mantener eficacia alguna.

En la misma línea, es menester recordar que el derecho a la desconexión laboral actúa como límite del poder de dirección del empleador, lo que significa que —como regla— las órdenes y directrices que imparta al trabajador en los periodos de desconexión carecen de carácter vinculante. Consecuentemente, cualquier sanción, incluyendo el despido, derivada del incumplimiento del derecho en cuestión, constituye un ejercicio ilegítimo del poder disciplinario del empleador, careciendo de eficacia y calificando de nulo el referido acto. Esta consecuencia, además, deriva de las disposiciones generales del acto jurídico; siendo que, en el Perú, el Código Civil establece la nulidad del acto, entre otros supuestos, cuando su fin sea ilícito (art. 219, inc. 4) o cuando sea contrario a las leyes que interesan al orden público (art. V del título preliminar, art. 219, inc. 8).

Por lo expuesto, consideramos que la calificación jurídica que corresponde a un despido contrario al derecho de desconexión digital es la del despido nulo. No obstante, el carácter taxativo que la jurisprudencia otorga al elenco de supuestos expresados en el artículo 29 de la LPCL, hace difícil —sino judicialmente imposible— encuadrarlo en dicho precepto. Hay entonces una tarea de *lege ferenda*, a fin de que el legislador amplíe el listado del despido nulo

a permanecer en el empleo, *siempre y cuando el supuesto de hecho se encuentre contemplado en la norma*’ (énfasis agregado).

⁸⁹ Cfr. Arce Ortiz, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Perú, Palestra Editores, 2008, p. 542. Coincidimos con Arce en que los derechos constitucionales laborales deben garantizarse con el mayor rigor, lo que “implica que ante una violación de éstos la respuesta no puede ser otra que la revocación del acto extintivo. Dicho de otra forma, sería ilógico que el legislador ordene reparar un despido inconstitucional a través del abono de una indemnización pecuniaria”.

previsto en la LPCL a todos los casos de extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador que resulten lesivos de derechos fundamentales.

Veamos ahora el caso del despido fraudulento, que es una figura de estricta configuración jurisprudencial. En este supuesto, señaló el Tribunal Constitucional en el precedente constitucional Llanos Huasco, que “se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales”.⁹⁰ Y es a partir de este precedente que la jurisprudencia laboral ha ido modulando los supuestos específicos que configuran este particular tipo de despido, y que se han seguido de manera uniforme por la judicatura. Así, se ha determinado que

...para la configuración de un despido fraudulento existen requisitos que deben presentarse y analizarse en virtud de lo actuado al interior del proceso, debiendo concurrir los siguientes elementos: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; b) se atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad; d) la fabricación de pruebas.⁹¹

Como se aprecia, resulta también difícil calificar como fraudulento al despido que contraviene el derecho de desconexión digital, toda vez que no se cumplen ninguna de las premisas establecidas para tal efecto. Y es que, en sentido estricto, el empleador no estaría imputando hechos falsos o una falta no prevista legalmente, menos aún tendría que fabricar pruebas, ni existiría vicio de voluntad por parte del trabajador, y aunque podría afirmarse que el empleador está obrando de mala fe o con un ánimo perverso al despedir (porque es consciente de que no está facultado para dar órdenes a sus trabajadores en los periodos de descanso o de desconexión laboral, y que éstos no están obligados a cumplirlas), por aplicación del principio de tipicidad, ello sería jurídicamente insuficiente para calificar como fraudulento a este clase de despido.

Finalmente, y aunque parecería quedar como la única opción viable, es necesario descartar la posibilidad de calificar el despido en contravención del

⁹⁰ Sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC; fundamento 15.

⁹¹ Cas. Lab. 14383-2016-Cusco. En igual línea, la Cas. Lab. 7663-2016-Tacna y la Cas. Lab. 8263-2018-Lima.

derecho a la desconexión digital como un despido arbitrario. El despido arbitrario, en estricto sentido, es aquel en el que se despide al trabajador imputándole una causa establecida en la ley pero que no puede ser acreditada por el empleador en el proceso judicial correspondiente. En el tema que nos atañe, estamos una vez más, como en el caso del despido fraudulento o del despido incausado, ante el cumplimiento “formal” de la imputación al trabajador de la comisión de una falta grave tipificada legalmente. Pero hay una cuestión jurídicamente relevante que no puede perderse de vista, y que es que la supuesta falta no existe como tal. Recuérdese que el derecho a la desconexión actúa como contrapeso a la facultad disciplinaria del empleador. En esa medida, como hemos anotado varias veces en el presente trabajo, el empleador no se encuentra facultado para impartir órdenes o dar encargos a sus trabajadores en los periodos de desconexión o descanso; al mismo tiempo, los trabajadores no tienen la obligación de acatar dichas órdenes o de aceptar tales encargos. En consecuencia, las instrucciones dadas por el empleador carecen de legitimidad, y el desacato del trabajador o trabajadores no constituye una infracción laboral ni mucho menos una falta grave que justifique el despido. Podemos graficarlo de la siguiente manera: *a)* es un hecho cierto que el empleador dio una orden, *b)* también lo es que el trabajador la incumplió y, por lo tanto, no es un hecho que haya que acreditar; pero *c)* no es cierto que el trabajador haya estado obligado a cumplir las indicaciones del empleador, por lo que realmente no ha cometido falta alguna.

Lo que resulta más grave es que la conducta del empleador no se limita a una mera arbitrariedad, sino que, como también se ha señalado, supone un acto contrario a la buena fe laboral que vulnera diversos derechos fundamentales relacionados con el tiempo de desconexión. Consecuentemente, en nuestra opinión, resulta insostenible considerar meramente como arbitrario al despido materializado en contravención al derecho a la desconexión digital, cuando su naturaleza obedece, más bien, a la de un despido nulo.

Ahora, al margen de su identificación con alguna de las clases de despido, la vulneración al derecho a la desconexión deja abierta una segunda interrogante sobre cómo remediar el eventual despido. Y es que los tipos de despido analizados poseen diferentes mecanismos de tutela. Así, sólo el despido nulo contempla la reposición al puesto de trabajo con el consecuente pago de las remuneraciones devengadas.⁹² En el caso del despido fraudulento, el trabaja-

⁹² Artículo 40 de la LPCL, así como el tercer párrafo del artículo 34 del mismo cuerpo normativo.

dor puede también solicitar su reposición, pero su declaratoria no acarrea el pago de devengados.⁹³ Lo mismo ocurre para el caso del despido incausado, “en la medida que el pago de devengados procede única y excepcionalmente en el supuesto de despido nulo”.⁹⁴ Finalmente, ante un despido arbitrario por no haberse probado la causa en juicio, el trabajador sólo tiene derecho a una indemnización tarifada como “única reparación por el daño sufrido”.⁹⁵

Estas diferencias en cuanto al remedio específico de cada clase de despido nos permiten reafirmar la necesidad apremiante de que el legislador peruano incluya como causal expresa de nulidad al despido violatorio del derecho de la desconexión digital. Y es que, a nuestro criterio, tanto el pago de una indemnización tarifada como la mera reposición al centro de trabajo, sin el pago de las remuneraciones dejadas de percibir por causa del empleador, y después de haber transcurrido por la vía judicial, son insuficientes para servir como remedios eficaces ante la diversidad de derechos laborales fundamentales vulnerados.

Precisamente, en relación con esta última idea —y en tanto el legislador nacional no modifique el listado cerrado de los supuestos de nulidad de despido—, estimamos que la solución a nivel de remedio procesal pasa por solicitar la reposición a través una acción de amparo, al tratarse de un despido lesivo de derechos fundamentales. Como acota Blancas, “en el proceso de amparo no se califica la arbitrariedad del despido, sino la eventual lesión mediante éste de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que, en esta vía procesal constitucional, sólo es posible impugnar aquellos despidos que posean relevancia constitucional”.⁹⁶ Dado el carácter instrumental de la desconexión, su relevancia constitucional queda plenamente acreditada: su efectividad no sólo se traduce en garantizar un tiempo de descanso, sino que la transgresión al mismo supone también la transgresión de diversos dere-

⁹³ Al respecto, la Cas. Lab. 3776-2015-La Libertad es clara al establecer que: “El despido fraudulento y el despido nulo, son dos tipos de despido distintos uno del otro, por lo que los alcances del artículo 40 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728... se encuentra referida al pago de las remuneraciones devengadas en un supuesto único y excepcional como es el pago de periodos no laborados derivados de un despido nulo; por lo que no resulta aplicable por interpretación extensiva ni por analogía a otros supuestos no previstos expresamente en la ley, en la medida que el despido fraudulento tiene como consecuencia únicamente la reposición”.

⁹⁴ Cas. Lab. 6744-2014-Lima.

⁹⁵ Segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL.

⁹⁶ Blancas Bustamante, Carlos, *op. cit.*, p. 498.

chos fundamentales como la salud, la intimidad, y la conciliación con la vida familiar.

Así las cosas, el principal remedio con el que cuentan los trabajadores afectados por un despido lesivo de derechos fundamentales —que comprende al que resulte contrario al derecho a la desconexión digital—, pasa por acudir a la vía del amparo para solicitar la reposición al “estado anterior a la violación de un derecho constitucional”.⁹⁷ Aunque ello sólo implique la reposición al centro de trabajo —y no el pago de remuneraciones devengadas—, de forma posterior, y en otro proceso distinto al amparo, se podrá solicitar el pago de una indemnización por lucro cesante o daño emergente que resarza el daño sufrido por la conducta de mala fe del empleador. Al margen de ello, dada la magnitud de los derechos involucrados, y al ser este particular despido un evidente acto ilegítimo y pluriofensivo de derechos fundamentales, consideramos que el juzgador debería evaluar la dimensión de la transgresión, así como la posibilidad de otorgar al trabajador todos los remedios contemplados para un despido nulo.

Finalmente, ante un supuesto de vulneración del derecho a la desconexión, no puede descartarse la alternativa que tiene el trabajador de acudir a la figura del despido indirecto. Así, recordemos que hemos establecido anteriormente que, por su gravedad, las reiteradas órdenes del empleador durante los periodos de desconexión pueden calificar como actos de hostilidad; en esa medida, sería correcto indicar que estos actos habilitan al trabajador a optar por el despido y demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario, para lo cual deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 30 de la LP-CL. Ha indicado con acierto la Corte Suprema que “los actos de hostilidad constituyen precisamente supuestos en los cuales el empleador se excede en sus facultades de dirección, por lo que en estos casos se faculta al trabajador a solicitar el cese de la conducta hostil o equiparar dicha conducta a un acto de despido indirecto”.⁹⁸

3. *El derecho a la desconexión digital en el Perú. Una regulación incompleta*

Habiendo desarrollado la naturaleza, orígenes y principales características del derecho a la desconexión digital, en el presente acápite centraremos nuestra atención en la incorporación de este derecho en el ordenamiento laboral

⁹⁷ Artículo 1 del vigente Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307.

⁹⁸ Cas. Lab. 16400-2014-Lima.

peruano. Empezaremos con una brevísima revisión en perspectiva histórica de la limitación del tiempo de trabajo en el Perú y su (in)eficacia a través de los años, para luego proceder a desarrollar cuál es el rol que, según nuestra visión, debería ocupar la desconexión digital en el escenario nacional tras su consagración legislativa.

4. *La regulación de la jornada de trabajo en el Perú en perspectiva histórica*

La regulación del tiempo de trabajo —y de su inobservancia— en el Perú data de mucho tiempo atrás. Así, ya en 1593, las Leyes de Indias dictadas por Felipe II de España establecían una jornada de trabajo para los obreros de las fortificaciones y fábricas de la época de 8 horas diarias, 4 en la mañana y 4 en la tarde, repartidas durante el día de la manera más conveniente, a fin de librarlos de las inclemencias del tiempo y de preservar su salud (libro III, título VI, ley VI).⁹⁹ No obstante, estas disposiciones no se cumplieron.¹⁰⁰ Siglos después, ya en la era industrial, concretamente en 1913 y en un escenario de constantes huelgas en el puerto del Callao, el Estado peruano reconoció por primera vez, mediante una Resolución Suprema, el derecho a una jornada de 8 horas, aunque circunscrita a los obreros del citado puerto.¹⁰¹ De igual forma, en 1917, producto de una multitudinaria huelga de jornaleros en Huacho, éstos obtuvieron el reconocimiento de la jornada de 8 horas de trabajo para los obreros de dicha región.¹⁰² Al año siguiente, se promulgaron las leyes 2851 y 3010, que establecieron disposiciones relativas al tiempo de trabajo y al descanso semanal y en días festivos.

Un hito relevante en esta evolución normativa se produce en 1919, pues ese año, coincidente con la fundación de la OIT y de la dación del Convenio

⁹⁹ Montenegro Baca, José, “Estudio de las Leyes de Indias en las facultades de derecho latinoamericanas”, I *Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, 1965, p. 230, esta disposición, junto a otras como las referidas a libertad de trabajo, descansos y pago de un jornal justo, permiten identificar en el derecho indiano las bases del derecho del trabajo: “un genial anticipo del derecho del trabajo y del derecho social de nuestros días”.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ Motta Villegas, Juan, “Apuntes para una historia del derecho del trabajo peruano”, *Themis*, Perú, núm. 73, 2018, p. 218.

¹⁰² Benza Pflücker, Manuel, “Irene Salvador Grados: primera mártir de la lucha social en el Perú huacho en la historia de las luchas político-sociales”, *Sociología7* - Blog colaborativo para una sociología posible, 2011, fecha de consulta: 7 de julio de 2021, disponible en: <https://sociologia7.wordpress.com/2011/03/10/irene-salvador-grados-primera-martir-de-la-lucha-social-en-el-peru-huacho-en-la-historia-de-las-luchas-politico-sociales-por-manuel-benza-pflucker/>.

1, sobre las horas de trabajo en la industria,¹⁰³ se reconoció a nivel nacional la jornada laboral de 8 horas para todos los obreros. Al respecto, conviene resaltar que las normas de 1913 y 1919, que regularon la jornada laboral de 8 horas, fueron producto de la acción sindical directa y de sendos procesos de negociación entre las organizaciones sindicales, los empleadores y el gobierno.¹⁰⁴ Este dato evidencia el origen negociado y la importancia del movimiento sindical en dichos procesos —a lo largo del tiempo—, de las normas vinculadas al tiempo de trabajo, similar a lo que viene ocurriendo con la gestación del derecho a la desconexión digital.

Por su parte, los textos constitucionales de 1920 y 1933 no establecieron una jornada máxima de trabajo, limitándose a señalar, en ambos casos que “*la ley fijará las condiciones máximas de trabajo*”.¹⁰⁵ Así, la primera Constitución peruana en establecer de manera expresa la jornada ordinaria de trabajo de 8 horas diarias y 48 semanales es la de 1979; siendo que además reconoció el pago de horas extras, el descanso semanal remunerado y las vacaciones anuales pagadas.¹⁰⁶

Ya en épocas más recientes, en la década de 1990 el ordenamiento laboral peruano fue objeto de una drástica reforma a la baja, incluidos los temas referidos al tiempo de trabajo. Sobre estos cambios normativos, Guzmán Barrón reseña que:

La Constitución Política de 1993, a diferencia de la anterior, ya no regula la reducción de la jornada ordinaria, las horas extras, ni el trabajo nocturno. Bajo este nuevo marco constitucional... [continúa] una reforma flexibilizadora de la legislación laboral dada durante los cinco años anteriores. Así, el decreto supremo 05-95-TR derogó la Ley 4239 (que regulaba el descanso compensatorio para menores de edad por laborar los sábados en la tarde), entre otras normas; [promulgándose] el decreto legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, que derogó el decreto Ley 26136, el cual —tras las modificaciones introducidas por la Ley

¹⁰³ Aunque cabe precisar que nuestro país recién ratificó dicho Convenio el 8 de noviembre de 1945.

¹⁰⁴ Motta Villegas, Juan, *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁵ Artículo 47 de la Constitución de 1920 y artículo 46 de la Constitución de 1933.

¹⁰⁶ Artículo 44 de la Constitución de 1979: “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente... Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios”.

27671— dio lugar al actual decreto supremo 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre-tiempo, y a su Reglamento, aprobado mediante decreto supremo 008-2002-TR. Años más tarde, se publicó el decreto supremo 004-2006-TR, relativo al registro de control de asistencia y de salida, y que completa el marco legal vigente.¹⁰⁷

La última norma citada tuvo como propósito procurar un mayor control del cumplimiento de la jornada máxima de trabajo y del trabajo en sobretiem-po en las empresas, ante una situación que evidenciaba jornadas mayores a las 8 horas diarias o 48 semanales, y sobretiempos de facto (no consentidos por los trabajadores) sin el pago de la retribución correspondiente.

Adicionalmente, a lo largo de los años el Perú ha ratificado diversos tratados internacionales relacionados a la limitación del tiempo de trabajo. Así, se aprecian la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7.d), el Protocolo de San Salvador (artículo 7, incisos g) y h); al igual que diversos convenios de la OIT: Convenio 1 (horas de trabajo en la industria), Convenio 14 (descanso semanal en la industria), Convenio 52 (vacaciones pagadas), Convenio 79 (trabajo nocturno no industrial de menores), convenio 90 (trabajo industrial de menores) y Convenio 101 (vacaciones pagadas en la agricultura). De esta manera, la jornada de trabajo está regulada en el Perú por la Constitución de 1993 (artículo 25), el decreto legislativo 713 (sobre descansos obligatorios) y su reglamento (decreto supremo 012-92-TR), los decretos supremos 007-2002-TR, 008-2002-TR y 004-2006-TR; así como los instrumentos internacionales citados. Finalmente, completan el marco normativo la mencionada nueva Ley de Teletrabajo (Ley 31572) y su respectivo Reglamento (decreto supremo 002-2023-TR); que reconocen expresamente el derecho a la desconexión digital.

Este breve repaso normativo nos permite confirmar que, en nuestro país —pero seguramente coincide con lo ocurrido en otras latitudes—, hemos transitado por un número significativo de normas de origen y ámbito distintos (constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias) que han regulado y establecido límites claros a la jornada laboral; sin embargo, no ha sido posible generar en gran parte de los empleadores una cultura de respeto y cumplimiento de los tiempos asignados al trabajo y al descanso.

¹⁰⁷ Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, *op. cit.*, p. 194.

Esta situación refleja un mal estructural, arraigado de nuestro sistema de relaciones laborales, que se evidencia a lo largo de la historia peruana,¹⁰⁸ y que, por desgracia, lejos de amainar, va en ascenso. En épocas más recientes continuamos siendo testigos de la extensión fáctica de las jornadas de trabajo, del trabajo en sobretiempo como regla general, sin el consentimiento de los trabajadores y sin, necesariamente, la debida retribución. Al respecto, una investigación realizada por Yamada demostró que en el último cuarto del siglo pasado se produjo un incremento en las horas trabajadas por semana en el Perú urbano.¹⁰⁹ Este estudio determinó que para 1985 los hombres en el Perú laboraban en promedio 50.5 horas a la semana; mientras que para inicios del nuevo siglo esta cifra aumentó a 59.3 horas. Además, analizando sólo el caso de Lima Metropolitana, el promedio de horas trabajadas tanto por hombres como por mujeres en 1994 era de 49.9 horas por semana; siendo que tal promedio aumentó a 50.1 horas para el año 2000.¹¹⁰ Con el nuevo siglo el panorama no cambió en absoluto; siendo que para el caso de Lima Metropolitana “el 33.4% de los trabajadores tuvo jornadas de más de 60 horas semanales en el año 2002 y 18.5% tuvo jornadas de más de 70 horas”.¹¹¹

Para finalizar este desolador recuento, conviene insistir en lo señalado líneas arriba, sobre cómo la irrupción en el mundo del trabajo de las TIC y la facilitación por esa vía de determinadas actividades en el domicilio del trabajador ha supuesto el “desdibujamiento”, cada vez más notorio, entre los tiempos de trabajo y de descanso; situación que se vio agravada en el contexto de la pandemia de la COVID-19. Así, si bien con una muestra modesta, una encuesta realizada por Edenred en 2021 a más de mil trabajadores en Lima y provincias advirtió que el 73% de encuestados alegó un incremento de su carga laboral entre 1 a 5 horas por día a propósito de la pandemia.¹¹² Con ello,

¹⁰⁸ Levano, César, *Las ocho horas: la historia real de una conquista exclusivamente obrera. Edición del centenario*, Perú, Sinco Editores, 2019, p. 26, y Motta Villegas, Juan, *op. cit.*, p. 217. Recuérdese que para 1904, los trabajadores del puerto del Callao ya reclamaban mejores condiciones laborales, incluyendo el respeto por una jornada laboral de ocho horas. No obstante, los reclamos materializados en la huelga de dicho año devinieron en la muerte del estibador Florencio Aliaga, quien es considerado el primer mártir de las ocho horas en el Perú.

¹⁰⁹ Yamada Fukusaki, Gustavo, *Horas de trabajo: determinantes y dinámica en el Perú urbano*, Perú, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2005, pp. 11 y 12.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Yamada Fukusaki, Gustavo y Gallegos, José, “Más horas de trabajo: ¿quiénes y por qué?”, *Economía y Sociedad*, Perú, núm. 55, 2005, p. 16.

¹¹² Edenred, “Situación laboral tras un año de la pandemia”, *Barómetro Edenred Perú 2021*, Perú, 2021, fecha de consulta: 11 de marzo de 2022, disponible en: <https://blog.edenred.com.pe/invertir-en-plataformas-digitales-para-atraer-más-clientes>.

se reafirma la necesidad de crear en los hechos una cultura de respeto hacia los tiempos de trabajo y de descanso, para así lograr una adecuada y efectiva tutela de estos derechos y de otros derechos fundamentales inmersos en esta problemática. Sobre todo, se confirma la necesidad de instaurar una cultura donde el reconocimiento del derecho a la desconexión digital pueda desplegar toda su eficacia garantista.

IV. LA NORMATIVA SOBRE DESCONEXIÓN DIGITAL

A las normas que regulan la jornada de trabajo y el descanso de los trabajadores, se han sumado desde 2020, en el contexto de la pandemia de la COVID-19, el decreto de urgencia 127-2020 y el decreto supremo 004-2021-TR, incorporando, por esta vía en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la desconexión digital. Con la publicación de la nueva Ley de Teletrabajo y su Reglamento, la incorporación de este derecho ha quedado consolidada. Dado que este derecho tiene como una de sus funciones principales garantizar el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo, conviene detenernos antes en lo que se entiende como tiempo de trabajo de la jornada laboral. Son tres criterios los que suelen utilizarse para definir el tiempo de trabajo. Así, puede entenderse a la jornada laboral como *a)* tiempo efectivo de trabajo; *b)* como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo, o *c)* como tiempo a disposición del empleador en general.¹¹³ Nuestro ordenamiento, como acota Ulloa, se decanta por el segundo criterio a partir de la presunción de trabajo en sobretiempo contenida en el artículo 7¹¹⁴ del decreto supremo 004-2006-

¹¹³ Montenegro citado por Ulloa Millares, Daniel, *El tiempo de trabajo en España y Perú: ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*, España, Universidad de Castilla La Mancha, tesis doctoral, 2016, p. 31.

¹¹⁴ Artículo 7. Presunciones: Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.

Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.

Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por decreto supremo 007-2002-TR, en donde al trabajador, a pesar de su negativa, se le imponga la realización de trabajo en sobretiempo, se configurará una situación de trabajo impuesto sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme a lo dispuesto por dicha norma.

TR.¹¹⁵ Además, tal criterio ha sido acogido por nuestra Corte Suprema, pues ésta ha señalado que

...el tiempo que el trabajador utiliza para cambiarse de ropa, cuando la labor lo exige, debe incluirse dentro de la jornada de trabajo, *en razón a que el trabajador ya ingresó a su centro laboral a trabajar y está a disposición del empleador, no siendo justificable ni legal desconocer dicho lapso de la jornada ordinaria de trabajo*¹¹⁶ (cursivas agregadas).

Sin embargo, el problema con este criterio es que no resulta útil cuando el trabajador no tiene un centro de trabajo definido,¹¹⁷ habiendo quedado claramente desfasado a partir de la deslocalización de labores ocurrida en múltiples actividades producto del uso de las TIC. Ello, además, se evidencia en épocas recientes en las que el trabajo se presta de manera remota en el domicilio del trabajador y no en las instalaciones del empleador. Esto nos conduce a la adopción del tercer criterio que entiende a la jornada laboral como el tiempo de disposición en general al poder de dirección del empleador.

En tal sentido, consideramos que la forma más apropiada para tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores puestos en jaque por el impacto adverso del uso de las TIC en las relaciones laborales, así como delimitar adecuadamente los espacios de trabajo en la era digital, consiste en la equiparación plena de la jornada de trabajo con el tiempo del trabajador a disposición de las direcciones del empleador. Por lo demás, advertimos también la presencia de este criterio en algunas sentencias de la Corte Suprema. Así, dicho colegiado ha afirmado que “la jornada de trabajo u horario de trabajo debe entenderse como *el lapso de tiempo durante el cual el trabajador debe prestar servicios al empleador según lo pactado en el contrato de trabajo, siendo en este espacio de tiempo que el trabajador se obliga a poner su actividad laboral a favor del empleador*”¹¹⁸ (cursivas agregadas). De hecho, tal es el criterio que la norma reglamentaria adopta respecto de la desconexión digital, toda vez que establece que el tiempo de desconexión “se extiende entre el término de una jornada diaria de

¹¹⁵ Ulloa Millares, Daniel, *El tiempo de trabajo: algunas ideas para su definición. Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Perú, SPDTSS, 2015, p. 870.

¹¹⁶ Cas. Lab. 9387-2014-Lima Norte.

¹¹⁷ Ulloa Millares, Daniel, *op. cit.*, p. 873.

¹¹⁸ Con igual redacción, la Cas. Lab. 3577-2015-Callao y la Cas. Lab. 12502-2016-Callao. En igual sentido, la Cas. Lab. 29960-2014-Lima.

trabajo y el inicio de la siguiente”.¹¹⁹ Y, desde nuestro punto de vista, idéntica es la postura asumida por el convenio 30 de la OIT, pues de manera expresa establece en su artículo 2 que: “la expresión *horas de trabajo* significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”. Aunque el Perú no haya ratificado este convenio, no cabe duda de su valor orientador e interpretativo en este tema.

Al margen de lo anterior, algunas cuestiones quedan pendientes en cuanto a la vigencia de este derecho en el ordenamiento peruano. De hecho, la duda sobre la transitoriedad de su regulación mediante disposiciones excepcionales a raíz de la pandemia, y la posibilidad de que al finalizar el estado de emergencia la desconexión digital como derecho de los trabajadores perdiera su reconocimiento y dejara de ser exigible, se ha disipado con la nueva norma sobre el teletrabajo; aunque sigue siendo válido el planteamiento de un sector de la doctrina de contar con una ley especial que la regule.¹²⁰ En cualquier caso, e independientemente de esta opción legislativa, debe quedar establecido que la vigencia de la desconexión digital como derecho, junto con el contenido que el mismo pretende tutelar, no obedece a su reconocimiento por parte de una norma legal. Y es que, al tratarse fundamentalmente del respeto al derecho al descanso en la era digital, éste, junto con los derechos conexos al mismo —como salud, intimidad, conciliación de la vida familiar, entre otros—, no se circunscriben al teletrabajo o a determinada forma de trabajo a distancia. Por el contrario, la eficacia y la exigibilidad de aquello que entendemos por desconexión digital se desprende del carácter fundamental de los derechos que integran su contenido, de forma tal que su vigencia excede la de una norma que regule determinada modalidad de trabajo.

Por otro lado, cabe también preguntarse cómo se materializa el poder de dirección —en especial, la facultad sancionadora— del empleador en relación con la desconexión digital. De conformidad con lo esbozado líneas arriba, el doble contenido de la desconexión digital precisamente limita el poder

¹¹⁹ Artículo 9-A.3 del decreto supremo 010-2020-TR, este último modificado por decreto supremo 004-2021-TR. Cabe resaltar que igual criterio es adoptado por la nueva Ley del Teletrabajo, recientemente aprobada por el Congreso. Así, esta propuesta contempla que la desconexión digital “garantiza gozar de tiempo libre con motivo de un descanso, incluye las horas diarias de descanso fuera del horario de trabajo, el descanso semanal obligatorio, el periodo vacacional anual, las licencias por paternidad y maternidad, y las horas de lactancia, así como los permisos y licencias por accidentes o enfermedad, y otros”.

¹²⁰ Chira Rivero, Guillermo y Távora Romero, Melissa, *op. cit.*, p. 85.

sancionador del empleador, toda vez que al estar impedido de dictar órdenes fuera de la jornada, el incumplimiento de las mismas por parte del trabajador no es meritorio de sanción. En este sentido, el artículo 24.3 del RLIT precisa que el empleador “respetar el derecho a la desconexión digital garantizando que en ese periodo [los teletrabajadores] no estén obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas, salvo causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales que requieran la conexión del teletrabajador fuera del horario laboral”.

Nótese así que la norma sobre desconexión digital responde a la misma lógica que la regulación del trabajo en sobretiempo establecida en la LJ.T. En efecto, el segundo párrafo del artículo 9 de la indicada LJ.T indica que “nadie puede ser obligado a trabajar horas extra, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva”. Y es el Reglamento de dicha norma la que delimita esta excepción al establecer que el caso fortuito o fuerza mayor debe ser inevitable, imprevisible e irresistible, siendo que en tal caso el trabajo es obligatorio.¹²¹ Pues bien, aplicando tal razonamiento a la desconexión digital, en principio, las órdenes dictadas fuera de la jornada de trabajo, así como aquellas dadas con anterioridad pero que pretendan ser ejecutadas durante los periodos de descanso, carecen de efectos inmediatos hasta el retorno a las labores, salvo que: *a)* se produzca un acuerdo para la realización de las mismas en calidad de sobretiempo, o *b)* se trate de un caso fortuito o de fuerza mayor. Por consiguiente, cuando cualquiera de estos supuestos se produzca, la facultad disciplinaria del empleador recobra su potencialidad y, de ser el caso, podría hacerse efectiva ante el eventual incumplimiento de labores. Sin embargo, debemos insistir en que se tratan de supuestos excepcionales, siendo la regla general que el poder de dirección del empleador queda limitado durante los periodos de desconexión.

Por lo demás, otra interrogante en torno a esta regulación radica en el alcance subjetivo de este derecho. De esta forma, cabe preguntarse si todos los

¹²¹ Artículo 19 del decreto supremo 008-2002-TR, Reglamento de la LJ.T: “Para los fines del artículo 9 de la Ley, constituye caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible que haga necesaria la continuación de la prestación de labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. En este caso el trabajo en sobretiempo es obligatorio para el trabajador y se remunera con la sobretasa que establece el artículo 10 de la Ley”.

trabajadores gozan de este derecho en la misma medida. El artículo 22.3 de la LTT responde tal cuestión al establecer que

...para los teletrabajadores de dirección, para los que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata y para los que presten labores intermitentes o hubieran distribuido el tiempo de su jornada laboral, se establece un lapso diferenciado de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral, a fin de que puedan ejercer su derecho de desconexión.

Esta es una disposición que no puede pasar inadvertida, por varias razones. En primer lugar, porque está estableciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un periodo de descanso de doce horas continuas, es decir, que entre una jornada de trabajo y la siguiente deben transcurrir, como mínimo, doce horas de inactividad laboral. Por su naturaleza y finalidad, estamos ante una norma de derecho necesario relativo que no admite su desmejora, pero sí la ampliación del periodo de descanso. En segundo lugar, porque reconoce y garantiza a todos los trabajadores sin distinción el derecho a la desconexión digital; y hace bien, porque suele pensarse —equivocadamente— que un trabajador de dirección o uno de confianza no sujeto a fiscalización, o aquellos que la realizan de manera intermitente o discontinua, por tener jornadas de trabajo que pueden considerarse flexibles, no requieren descansar o que su jornada laboral conozca de límites. Sin embargo, para esta clase de trabajadores, ante la ausencia de fiscalización en el cumplimiento de su jornada laboral, se opta por establecer un periodo de desconexión continua. Finalmente, porque la indicada norma tiene un impacto directo en el trabajo en sobretiempo, de modo tal que, en ningún caso, las horas extras pactadas entre un trabajador y su empleador deberían superar las cuatro horas diarias.

Ahora bien, y para finalizar, consideramos conveniente precisar que las normas analizadas no regulan de manera integral toda la problemática de la desconexión digital, y difícilmente podrían hacerlo considerando que es un tema complejo y con múltiples aristas. Se trata, pues, de una regulación que debe ser completada con otras o nuevas medidas dirigidas a convalidar la eficacia del derecho a la desconexión digital, y que no se agotan en la heteronomía estatal como forma exclusiva de regulación de la desconexión digital. Así, en símil con la experiencia comparada, es posible recurrir a la autonomía colectiva para que a través de la negociación y de los acuerdos resultantes de ella se establezcan mecanismos de reforzamiento o protección de los tiempos

de desconexión. Por ejemplo, como ocurre en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, íntimamente vinculado al tema que venimos analizando, los empleadores tienen la obligación de viabilizar los principios de prevención y protección, cuyo propósito es, entre otros, garantizar la salud y el bienestar de los trabajadores. En esta tarea pueden contar con la participación de los trabajadores y, en esa línea, podría pactarse con ellos la creación de comisiones o comités paritarios en la empresa, encargados de promover y gestionar el respeto del derecho a la desconexión digital. Para ello, dicho órgano debería poder recibir denuncias de los posibles trabajadores afectados, y emitir los informes o exhortaciones según cada caso en concreto.

Otra alternativa es la autorregulación empresarial. El empleador tiene la responsabilidad de generar una cultura de cumplimiento de la normativa laboral en la empresa; en particular, el personal de dirección debería tener claro cuáles son sus obligaciones y limitaciones en el tema de la desconexión digital o laboral. Para ello, del empleador, en ejercicio de su facultad normativa, derivada del poder de dirección, debería establecer y desarrollar las políticas empresariales que garanticen la vigencia del derecho de desconexión, mediante códigos de conducta o incorporándolas en el reglamento interno de trabajo, que, conforme a lo establecido en el decreto supremo 031-91-TR, “determina las condiciones a las que deben sujetarse el empleador y los trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones” (artículo 1).

En ese sentido, consideramos que una política empresarial sobre desconexión digital debería comprender, al menos, lo siguiente: *a)* indicaciones precisas sobre el tiempo de trabajo: jornada, horario y periodos de descanso dentro de la jornada y luego de terminada ésta; *b)* señalamiento expreso del derecho a la desconexión de los trabajadores y lo que supone éste, en particular, la facultad de los trabajadores de no acatar las órdenes o encargos recibidos en el tiempo de descanso o desconexión sin que por ello incurran en responsabilidad; *c)* imposibilidad de cualquier directivo o funcionario de la empresa (que ejerza poder de dirección) de dar instrucciones o encargos a los trabajadores en los periodos de descanso o desconexión; *d)* medidas disciplinarias que se pueden adoptar contra dicho personal directivo en caso de incumplimiento, y *e)* establecimiento de las instancias y del procedimiento correspondiente que deben seguir los trabajadores ante el incumplimiento de la empresa del derecho en cuestión.

En cualquier caso, está claro que el empleador no podrá contravenir los límites o pisos mínimos establecidos por la legislación o el convenio colectivo que resulte aplicable. Así, por ejemplo, no podría ampliar los supuestos

excepcionales en los que se producirá válidamente el trabajo en sobretiem-
po. Y es que, en consonancia con una reciente sentencia de la Sala Social de
la Audiencia Nacional española, consideramos que “los límites al derecho a la
desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente
el empresario”.¹²² A esto agregamos, conforme a lo precisado en este trabajo,
que esta lógica no es única del teletrabajo o del trabajo remoto; por el contra-
rio, la promoción, el respeto y la garantía de los tiempos de descanso alcanzan
a todo tipo de actividad laboral.

V. CONCLUSIONES

- La necesidad de regular y limitar el tiempo de trabajo ha estado presente desde los inicios del derecho del trabajo; ello con el propósito de salvar otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad y la misma dignidad del trabajador.
- La implementación de las TIC en las relaciones laborales, si bien acarrea ventajas para la gestión empresarial, también supone un “desdibujamiento” entre los tiempos de trabajo y de descanso. Es en dicho escenario que el derecho a la desconexión digital cobra notoriedad e importancia.
- El derecho a la desconexión digital es un derecho instrumental, en el sentido que la protección de los tiempos de descanso o desconexión permite garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales como el ocio, la salud, la intimidad y la conciliación del trabajo con la vida familiar.
- El debate sobre la novedad y naturaleza del derecho a la desconexión digital pasa a un fútil segundo plano al considerar la necesidad de reforzar y garantizar en la actualidad los derechos fundamentales vinculados al tiempo de descanso. Así, aunque en sentido estricto no se introduzca una novedad jurídica respecto a los derechos tutelados, estimamos que su regulación expresa sí contribuye a promover el cumplimiento efectivo de todos los derechos involucrados.
- La desconexión digital posee un doble contenido que se presenta como las dos caras de una moneda o un mismo derecho manifestado en

¹²² Sentencia 00044/2022, de la Audiencia Nacional (Sala Social) de Madrid. ROJ: SAN 1132/2022.

momentos distintos: por un lado, la obligación del empleador de no perturbar al trabajador en sus tiempos de descanso; y, de otro, la facultad del trabajador de rechazar válidamente las órdenes de su empleador durante dicho periodo sin ser pasible de sanción alguna por tal rechazo.

- A diferencia de las pioneras experiencias a nivel comparado, la introducción de la desconexión digital en el Perú deriva de una iniciativa legislativa enmarcada en una situación de pandemia. Este hecho, sin embargo, no debe suponer que la esencia y finalidad de la desconexión se limiten a la vigencia de la crisis sanitaria o una particular modalidad de trabajo (trabajo remoto o teletrabajo).
- En el Perú, pese a las reiteradas normas que a lo largo de los años han regulado los límites al tiempo de trabajo, se aprecia un incumplimiento sistemático de dicha normativa. Por ello, estimamos que la incorporación de la desconexión digital requiere además de novedosos mecanismos, tanto de origen convencional como por iniciativa empresarial, que refuercen la efectividad de la desconexión digital. No obstante, la reciente ley de teletrabajo y su reglamento, si bien se encaminan en esa dirección, solo han dado cuenta de manera parcial la problemática descrita en el presente artículo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Lima, Palestra Editores, 2008.
- AZÓCAR SIMONET, Rodrigo, “Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral”, *Temas de la Agenda Pública*, Chile, núm. 119, 2019.
- BERMÚDEZ ALARCÓN, Katerine, *La desconexión laboral en la Ley 2191 de 2022*, Blog del Departamento de Derecho Laboral. Universidad Externado de Colombia, 2022, disponible en: <https://derlaboral.uexternado.edu.co/noticias-relevantes/la-desconexion-laboral-en-la-ley-2191-de-2022/>.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías: el derecho del trabajo y la seguridad social en época de cambios”, *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Perú, 2020.

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano*, Perú, Jurista Editores, 2013.
- BOZA PRÓ, Guillermo y BRIONES ZEGARRA, Joaquín, “Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de plataformas digitales”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021.
- BOZA PRÓ, Guillermo, “Prólogo”, en VARGAS RASCHIO, Tino, *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*, Perú, Gaceta Jurídica, 2021.
- BURDEL, Paul, “Le droit a la déconnexion”, *Iuslaboris France*, 2017, disponible en: <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2017/10/M%C3%A9moire-Le-droit-%C3%A0-la-d%C3%A9connexion.pdf>.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio y SIERRA HERRERO, Alfredo, “El derecho a la desconexión laboral: un derecho emergente en el marco de tecnologías de la información y comunicación”, *Izquierdas*, núm. 49, 2020.
- CAMPOS, Ana, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 52, 2019.
- CAVALIÉ CABRERA, Paul, *Reflexiones sobre los criterios de agravamiento de la sanción inspectiva laboral a la luz de los principios del derecho administrativo sancionador*, Lima, PUCP, tesis para optar el grado de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2020.
- CHIRA RIVERO, Guillermo y TÁVARA ROMERO, Melissa, “Hacia una adecuada regulación del derecho a la desconexión digital en el Perú y la actuación de la inspección del trabajo”, *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho USAT*, Perú, vol. 9, núm. 2, 2020.
- CIALTI, Pierre, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 137, 2017.
- Edenred, “Situación laboral tras un año de la pandemia”, *Barómetro Edenred Perú 2021*, Lima, 2020, disponible en: <https://blog.edenred.com.pe/invertir-en-plataformas-digitales-para-atraer-más-clientes>.
- GORDO GONZÁLEZ, Luis, “Riesgo y oportunidades de la aplicación del *big data* a la gestión de los recursos humanos transnacionales. Retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021.
- GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, Cecilia, “¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible”, *Laborem*, Perú, núm. 24, 2021.

- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, “Poder de dirección del empleador”, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM-AIADTSS, 1997.
- LEVANO, César, *Las ocho horas: la historia real de una conquista exclusivamente obrera. Edición del centenario*, Lima, Sinco Editores, 2019.
- LÓPEZ, Wilson, *La necesidad de regular el derecho la desconexión digital frente a la implementación del trabajo remoto y el teletrabajo*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho de la empresa, 2021.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013.
- MARTÍNEZ PEÑAS, Leandro, “Los inicios de la legislación laboral española: Ley Benot”, *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, España, vol. 1, 2011.
- MARTONE, Michel, “El *smart working* o trabajo ágil en el ordenamiento italiano”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, España, núm. 1, 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús y TOLOSA TRIBIÑO, César, *Derecho administrativo laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo «derecho humano a la desconexión» de los trabajadores fuera de jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 67, núm. 269, 2017.
- MONTEIRO PESSOA, Rodrigo, “El derecho a la desconexión del trabajo: la jornada de trabajo extendida por el uso de la tecnología – una paradoja a la legislación laboral que limita la jornada ordinaria de trabajo”, *Revista Paradigma*, Brasil, vol. 28, núm. 2, 2019.
- MONTENEGRO BACA, José, “Estudio de las Leyes de Indias en las Facultades de Derecho Latinoamericanas”, *I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, 1965.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, España, Tecnos, 2013.
- MORALES HERVIAS, Rómulo, “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 71, 2013.
- MOTTA VILLEGAS, Juan, “Apuntes para una historia del derecho del trabajo peruano”, *Themis*, núm. 73, 2018.
- OIT, “Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral”, Informe conjunto OIT-Eurfound, Ginebra, 2019.

- OIT, “Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, Ginebra, 2019.
- PADILLA PARGA, Roberto, “Derecho a la desconexión digital en la Ley de Trabajo a Distancia y Teletrabajo chilena. Un análisis desde un enfoque de derechos fundamentales laborales”, *Derecho del Trabajo*, Chile, núm. 24, 2020.
- PÉREZ CAMPOS, Ana, “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, núm. 52, 2019.
- PIZZOFERRATO, Alberto, “Transformation of work: Challenges to labor law: Retos de los sistemas de legislación laboral y de seguridad social”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Perú, SIDTSS, 2021.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho de trabajo*, 2a. ed., Argentina, Depalma, 1978.
- PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, 2a. ed., Perú, Palestra Editores, 2007.
- PUNTRIANO ROSAS, César, “La desconexión digital: alcances y regulación en el Perú”, *Laborem*, núm. 23, 2020.
- QUINÓNEZ LÓPEZ, Sonia, *Protección y alcance del derecho al descanso frente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación*, Perú, PUCP, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social, 2021.
- ROSENBAUM CARLI, Federico, “El «derecho» a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, *Derecho y Sociedad*, Perú, núm. 53, 2019.
- RPP, “Trabajo remoto: un 85% de limeños considera que labora más horas que antes de la pandemia”, Lima, 2020, disponible en: <https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que-labora-mas-horas-que-antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas-teletrabajo-home-office-coronavirus-en-peru-noticia-1292862>.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Euskadi, núm. 17, 2019.
- TRUJILLO PONS, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

ULLOA MILLARES, Daniel, *El tiempo de trabajo en España y Perú: ideas sobre la regulación de un elemento esencial en la vida de los trabajadores*, España, Universidad de Castilla La Mancha, tesis doctoral, 2016.

ULLOA MILLARES, Daniel, *El tiempo de trabajo: algunas ideas para su definición, Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Perú, SPDTSS, 2015.

YAMADA FUKUSAKI, Gustavo, *Horas de trabajo: determinantes y dinámica en el Perú urbano*, Lima, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2005.

YAMADA FUKUSAKI, Gustavo y GALLEGOS, José, “Más horas de trabajo: ¿quiénes y por qué?”, *Economía y Sociedad*, Perú, núm. 55, 2005.

PROBLEMÁTICAS ACTUALES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: UNA CRISIS CONTEMPORÁNEA CON SOLUCIONES LATINOAMERICANAS*

CURRENT PROBLEMS OF SOCIAL CONSTITUTIONALISM: A CONTEMPORARY CRISIS WITH LATIN AMERICAN SOLUTIONS

PROBLÈMES ACTUELS DU CONSTITUTIONNALISME SOCIAL: UNE CRISE CONTEMPORAINE AVEC DES SOLUTIONS LATINO-AMÉRICAINES

Ulises Nelson MEDINA ÁLVAREZ**

RESUMEN: El constitucionalismo social ha experimentado una crisis que se viene arrastrando desde la década de los setenta, debido a factores socioeconómicos y político-ideológicos. A través de un análisis explicativo y correlacional de sus aristas históricas, jurídicas, políticas y económicas abordaremos la profundidad de esta crisis y sus alcances actuales, así como las soluciones que se proponen a través del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano, que con rasgos propios, únicos y particulares, propone un constitucionalismo social renovado y reforzado ante el escenario mundial actual.

Palabras clave: constitucionalismo social, nuevo constitucionalismo latinoamericano, derechos sociales, Latinoamérica, neoliberalismo.

ABSTRACT: The social constitutionalism has experienced a crisis that has been dragging on since the 1970s, due to socioeconomic and political-ideological factors. Through an explanatory and correlational analysis of its historical, legal, political and economic aspects, we will address the depth of this crisis and its current scope, as well as the solutions

* Recibido el 31 de agosto de 2022, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023.

** Cargo académico: profesor adjunto en la Facultad de Derecho, Universidad de las Américas. ORCID: 0000-0002-4891-2741.



proposed through the so-called new Latin American constitutionalism, which with its own unique features and individuals, proposes a renewed and reinforced Social Constitutionalism in the current world scenario.

Keywords: social constitutionalism, new latin american constitutionalism, social rights, Latin America, neoliberalism.

RÉSUMÉ: Le constitutionnalisme social a connu une crise qui s'éternise depuis les années 1970, en raison de facteurs socio-économiques et politique-idéologiques. À travers une analyse explicative et corrélationnelle de ses aspects historiques, juridiques, politiques et économiques, nous aborderons la profondeur de cette crise et son ampleur actuelle, ainsi que les solutions proposées à travers le soi-disant nouveau constitutionnalisme latino-américain, qui, avec son propre caractéristiques et individus uniques, propose un constitutionnalisme social renouvelé et renforcé dans le scénario mondial actuel.

Mots-clés: constitutionnalisme social, nouveau constitutionnalisme latino-américain, droits sociaux, Amérique Latine, néolibéralisme.

SUMARIO: I. *Planteo inicial.* II. *¿Cuáles son las problemáticas del constitucionalismo social contemporáneo?* III. *¿De dónde emanan estas problemáticas?* IV. *¿Cuáles son las soluciones propuestas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano?* V. *Comentario final.* VI. *Bibliografía.*

I. PLANTEO INICIAL

Preliminarmente, plantaremos tres premisas que estructuran esta investigación:

- a. Si bien la crisis del constitucionalismo social se presenta en el mundo desde la década de los setenta del siglo pasado, durante este siglo XXI se ha profundizado. En efecto, una de las hipótesis planteadas es que los Estados han sido incapaces de garantizar de forma efectiva todos los derechos sociales, por factores socioeconómicos y político-ideológicos.
- b. El sistema económico neoliberal desincentiva una protección real de los derechos sociales consagrados en las Constituciones, y ha fortalecido la privatización de los recursos naturales.

- c. Jurídicamente, las visiones neoliberales e individualistas plasmadas constitucionalmente relegaron al Estado a un mero ente regulador, retrocediendo en la garantía de derechos sociales.

Para comprobar las premisas anteriores es necesario identificar los problemas principales, sus causas y las soluciones hoy planteadas a nivel latinoamericano.

Por ello el orden argumentativo de los capítulos se estructurará en tres preguntas: a) ¿cuáles son las problemáticas del constitucionalismo social contemporáneo?; b) ¿de dónde emanan estas problemáticas?; c) ¿cuáles son las soluciones propuestas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano?

Realizaremos un análisis explicativo y correlacional de las aristas históricas, económicas, políticas y jurídicas acerca de la aplicación del constitucionalismo social, sus crisis, consecuencias y soluciones surgidas a nivel latinoamericano.

En consecuencia, sostenemos que la respuesta planteada por el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, abre una alternativa al que llamaremos “primer constitucionalismo social” y al neoliberalismo, implicando un resurgir del constitucionalismo social con rasgos propios, locales y únicos.

II. ¿CUÁLES SON LAS PROBLEMÁTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL CONTEMPORÁNEO?

No se puede ordenar lo imposible en materia de derechos sociales, puesto que éstos, al obligar al Estado requieren su compromiso.¹ Esto se refleja a nivel jurídico por un amparo efectivo, y económico a través de prestaciones pecuniarias. Por lo tanto, para tutelar derechos sociales, se requieren gastos y recursos.

En efecto, Ferreyra sostiene respecto al amparo jurídico que: “En consecuencia, la fuerza normativa de la Constitución, es decir, su verdadera eficacia, depende centralmente de la planificación de sus «propias» garantías. Una de las garantías es el amparo”.²

¹ Ferreyra, Gustavo, “Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los 20 años de la Constitución federal de la Argentina reformada”, *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 9, 2015, pp. 15 y 16.

² Ferreyra, Gustavo, “La lucha por los derechos sociales —Episodio I—”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis, t. II, 2003, p. 43.

A su vez, sostiene en aspectos económicos que: “Los derechos de segunda generación o sociales, económicos sociales y culturales implican en principio una prestación positiva estatal... Gran parte de los derechos sociales atribuyen al sujeto o sujetos un derecho a consumir...”³

De lo anterior podemos concluir que hay factores económicos que impiden su aseguramiento efectivo. Dependen netamente de una obligación de hacer del Estado, el que debe cumplir con la capacidad jurídica y económica para su consagración evitando que sea ilusoria. De aquí emanan gran parte de las problemáticas que el constitucionalismo social ha presentado a lo largo de su historia.

Desde un prisma histórico, el constitucionalismo social presenta problemas por el auge de los movimientos sociales excluidos de su primer periodo, lo que se evidenció durante los procesos de descolonización durante la década de 1960.⁴ En este sentido, De Cabo sostiene que la primera crisis de los Estados sociales se produjo a propósito de los movimientos del '68,⁵ cuestión reafirmada por Viciano y Martínez.⁶

Los efectos de esta crisis a nivel latinoamericano se han traducido en el crecimiento de la segregación y la marginalidad, y en el aislamiento de grupos sociales autóctonos excluidos de la protección constitucional por su marcado carácter eurocentrista.

III. ¿DE DÓNDE EMANAN ESTAS PROBLEMÁTICAS?

La crisis del llamado *primer constitucionalismo social* se debe a factores político-ideológicos y socioeconómicos.⁷

³ Ferreyra, Gustavo, *op. cit.*, p. 47.

⁴ Pisarello, Gerardo, “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-demócrata”, *Revista de Derecho del Estado*, Buenos Aires, núm. 28, 2012, p. 59.

⁵ Cabo, Antonio de, “El fracaso del constitucionalismo social y la necesidad de un nuevo constitucionalismo”, *Nuestra Bandera. Revista de Debate Político*, Madrid, núm. 231, 2012, p. 48.

⁶ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, “Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, Valencia, núm. 21, 2017, pp. 11 y 12.

⁷ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, *op. cit.*, p. 4.

1. Factores político-ideológicos

El Estado social surge en el contexto de la segunda revolución industrial y la cuestión social. Esta idea se refuerza durante los llamados “treinta años dorados del Estado social”, entre 1945 y 1975,⁸ cuya expresión más clara se encuentra en las Constituciones europeas, que sirvieron de barrera para evitar privatizaciones extremas y tratando de garantizar derechos básicos para todos sus ciudadanos buscando profundizar la democracia.

En Europa y Estados Unidos estos nuevos modelos se plantean como alternativa frente al liberalismo clásico y a los totalitarismos del siglo pasado. Caídos estos últimos regímenes, los Estados sociales mutaron hacia el neoliberalismo.

Estos cambios fueron impulsados en Latinoamérica por dictaduras que efectuaron privatizaciones, promovieron la flexibilización laboral y desincentivaron la afiliación sindical.⁹ A juicio de Pisarello, en este periodo Latinoamérica vivió procesos directamente “destituyentes”, los que reemplazaron la tradición democrática del constitucionalismo social por dictaduras anti-sociales que negaron derechos civiles y políticos básicos,¹⁰ como ocurrió en Chile, donde se aplicó un constitucionalismo neoliberal.

En efecto, Chile confió su proceso constituyente de 1980 en políticos y tecnócratas neoliberales, que fortalecieron la inversión privada y la privatización de sus recursos naturales, desmantelándose el constitucionalismo social y retrocediendo en derechos sociales.

2. Factores socioeconómicos

La crítica económica al constitucionalismo social surge desde las teorías antikeynesianas, particularmente de Milton Friedman y la Escuela de Chicago, que proponían con fuerza el pensamiento neoliberal,¹¹ promoviendo reducir el Estado al mínimo por medio de políticas públicas de desregularización, fomentando una nueva forma de libertad basada en el individualismo.¹²

A raíz de la crisis económica de la década de los setenta estas ideas se fortalecieron. Según Pisarello esto se produjo “por el aumento de la crisis del

⁸ Cabo, Antonio de, *op. cit.*, p. 29.

⁹ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

¹⁰ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, p. 66.

¹¹ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, *op. cit.*, p. 5.

¹² *Ibidem*, p. 6.

petróleo, la que influyó en la financiación en la economía, la precarización del trabajo, el aumento de la desigualdad o el fin de las energías baratas basadas en combustibles fósiles”.¹³

Pues bien, a nivel mundial el neoliberalismo fue la propuesta de las élites para salir de la crisis económica de 1970.¹⁴ En efecto, Pisarello agrega que esta contrarreforma liberal-conservadora y sus efectos se han prolongado hasta el presente, regresando a los principios inspiradores del liberalismo decimonónico, restaurándose de forma absoluta el derecho de propiedad y la libertad de mercado.¹⁵

Su aplicación práctica produjo una falta de acciones jurídicas y administrativas efectivas que garanticen una cobertura de las contingencias sociales, todo ello por el proceso de privatizaciones amparado en cambios constitucionales que debilitaron al Estado social, yendo en sentido contrario a la desmercantilización de recursos básicos en favor de las personas que buscaba el constitucionalismo social.¹⁶

Pisarello, complementando lo anterior, sostiene que

la hegemonía neoliberal implicó una reconfiguración de las relaciones de poder que caracterizan la Constitución material, en detrimento de unas Constituciones formales que con frecuencia se inspiraban en principios como el Estado social y democrático de derecho, la función social de la propiedad o la necesidad de planificación de la vida económica.¹⁷

Volviendo a Chile, esto derivó en que muchos derechos sociales se consideraron bienes de consumo, generándose la *cosificación de los derechos*¹⁸ para lograr garantizarlos jurisdiccionalmente por medio del derecho de propiedad, que sí goza de una acción de protección constitucional. Esto es lo que De Cabo ha llamado un garantismo débil de los derechos sociales.¹⁹

Con la caída del Muro de Berlín, el neoliberalismo triunfa globalmente, producto de la hegemonía del Estado liberal. Por esto, Fukuyama afirmó que

¹³ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2006, p. 12.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸ Peñailillo, Daniel, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 15-18.

¹⁹ Cabo, Antonio de, *op. cit.*, p. 41.

la misma historia había finalizado, no habiendo alternativa posible a la democracia liberal.²⁰

Este nuevo mundo unipolar profundizó la globalización a través de tratados de libre comercio y organizaciones de integración económica que apuntalaron las reformas neoliberales internas.

Actualmente el llamado *crack* de 2008 llevó a Europa a la profundización de un constitucionalismo neoliberal de nuevo tipo. Como afirma Pisarello: “consiguiendo así que la obsesión por eliminar el déficit y el endeudamiento público sean un principio incuestionable”.²¹

IV. ¿CUÁLES SON LAS SOLUCIONES PROPUESTAS POR EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO?

Latinoamérica ha tomado otra alternativa distinta frente a la crisis neoliberal de principios de siglo, por medio de voces críticas provenientes de grupos segregados socialmente, respondiendo con un nuevo constitucionalismo social, con rasgos únicos, propios y originales.

Los últimos procesos constitucionales locales incluyen nuevos derechos sociales marcadamente latinoamericanos, con factores ecológico-ambientales, étnicos, de género, culturales y lingüísticos. Este nuevo constitucionalismo latinoamericano se ocupa de problemáticas propias de países históricamente excluidos del desarrollo, fomentando la igualdad, la solidaridad, la integración democrática, la soberanía y las identidades culturales, lo que sin duda tiene un marcado carácter emancipatorio,²² pero una independencia económica y jurídica es vital para que ello no sea ilusorio.

En este sentido, la explotación de sus recursos naturales por parte de potencias coloniales, les han permitido a éstas financiar y garantizar los derechos sociales de sus ciudadanos de una forma efectiva. Por eso De Cabo sostiene que la principal fortaleza de los llamados “treinta años dorados” del Estado social europeo, es en realidad un gigante de barro, al basarse en la explotación ajena y la destrucción de la naturaleza,²³ lo que contradice la visión conservacionista del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

²⁰ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, *op. cit.*, p. 4.

²¹ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, p. 58.

²² Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, *op. cit.*, p. 10.

²³ Cabo, Antonio de, *op. cit.*, p. 43.

Uno de los factores desencadenantes de la crisis neoliberal latinoamericana se debe a la pobreza. Por mencionar un ejemplo, hacia 2002, el 40% de los habitantes de Argentina eran pobres,²⁴ con un desempleo tendiente al 30%, con un millón de jubilados y enfermos sin beneficios previsionales y con otros dos millones sobreviviendo con menos de 150 dólares mensuales, contexto que venía empeorando desde el llamado *corralito financiero*²⁵ que decantó en la caída del gobierno de la época.

Este factor es parte de la realidad latinoamericana, a pesar de su riqueza en recursos naturales, muchos hoy privatizados. Así, diversos movimientos sociales lograron conquistar el poder democráticamente en muchos de sus países, efectuando reformas legales que profundizaron políticas públicas en materia de derechos sociales, renacionalizando recursos estratégicos y realizando asambleas constituyentes, como el caso venezolano, ecuatoriano y boliviano.

De todas maneras, la génesis del nuevo constitucionalismo latinoamericano radica en los procesos constitucionales de fines de la década de los ochenta y principios de los noventa, que expandió el catálogo de derechos sociales protegidos, como el caso brasileño de 1988, el colombiano de 1991 y las reformas constitucionales de Argentina de 1994.

En este último caso, Ferreyra sostiene que la reforma constitucional fue muy generosa al otorgar un capítulo entero a los nuevos derechos y garantías; además, consagra la figura del amparo, una de las herramientas más vigorosas para defender los principios y reglas del sistema constitucional argentino, siendo una garantía de los derechos constitucionales, cobrando relevancia en el escenario de la crisis económica, política y social de 2001.²⁶

Lo anterior nos refleja un modelo de constitucionalismo nuevo, distinto a los modelos de constitucionalismo social y neoliberal que lo anteceden.

En primer lugar, es un modelo que asegura que la Constitución sea una norma suprema en un sentido formal y material, fortaleciendo económicamente a los Estados para garantizar plenamente los derechos. Esto depende, según Viciano y Martínez, de la creación de una sólida teoría de derechos

²⁴ Ferreyra, Gustavo, “Estado constitucional argentino modelo 2002: ¿involución hacia la «emergencia infinita»? (Un relato sobre las relaciones entre la regla de reconocimiento conceptual básica y el orden constitucional)”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. III, 2002, p. 1094.

²⁵ Ferreyra, Gustavo, *op. cit.*, p. 1105.

²⁶ *Ibidem*, pp. 12-14.

sociales, mejorando los ya existentes,²⁷ que es el camino que la mayoría de los países latinoamericanos han tratado de seguir en los últimos años.

Por otro lado, se está construyendo una identidad jurídica local y única, especialmente respecto al reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y del medio ambiente. Esto a través del reconocimiento de Estados plurinacionales, que protegen la cultura, las costumbres, el lenguaje, el territorio e incluso jurisdicciones propias de los pueblos ancestrales.

La tendencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano está muy presente en el actual proceso constituyente chileno. En efecto, Viera sostiene lo siguiente:

Si nuestra Constitución llegase a afirmar que el Estado de Chile es un Estado social (y democrático), una definición de esa naturaleza no estará ahí de modo estático, sino que habría de suponer una mutación significativa en torno al rol que cabe al Estado en la economía. Y no se trata de una involución a modelos de planificación central. Pero sí poner de relieve que el Estado no sólo vela subsidiariamente.²⁸

De esta manera, este autor explica muy bien que se trata de un modelo constitucional nuevo y distinto a los anteriormente aplicados.

V. COMENTARIO FINAL

Por lo visto, no sólo la economía se ha globalizado, sino también las problemáticas sociales y, beneficiosamente, las respuestas que desde el constitucionalismo latinoamericano se están planteando. Lamentablemente, el derecho se globaliza después de los males.

En efecto, actualmente la pandemia COVID-19 plantea un nuevo desafío para la humanidad en materia de dignidad y derechos sociales, que dista considerablemente de las corrientes conservadoras que han llegado al poder los últimos años en Latinoamérica. No olvidemos que 2019 nos dejó una serie de estallidos sociales exigiendo dignidad.

Ferreira, a propósito de las premisas anteriores, sostiene que antes de que se desencadene la peste y sus consecuencias globales, otro malestar ya se en-

²⁷ Viciano, Roberto y Martínez, Rubén, *op. cit.*, p. 10.

²⁸ Viera, Christian, “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, año 21, núm. 2, 2014, p. 476.

contraba instalado en el mundo. La desigualdad social y económica entre los seres humanos, que se consolidó para agravar la situación de los excluidos del reparto.²⁹ También señala que el malestar de la peste demuestra la cotización universal del derecho a la salud, afirmando que sin ella no hay existencia humana con dignidad.³⁰

De todas maneras, sostiene que el virus globalizado abre un espacio beneficioso, puesto que permite un enjuiciamiento de los sistemas de salud, su cobertura, extensión y sus eminentes o lamentables estructuras.³¹ En efecto, a pesar de que muchos países latinoamericanos consagran en sus Constituciones el derecho a la salud, en la práctica solamente los países desarrollados poseen la infraestructura y conocimientos científicos para enfrentar la pandemia, demostrándose que no bastan las normas.³²

Pues bien, podemos concluir que a pesar de los avances del nuevo constitucionalismo latinoamericano en derechos sociales, el nuevo escenario mundial nos demuestra que no son suficientes. Debemos seguir avanzando en garantizar todos los derechos sociales que pecuniaria y jurídicamente sean posible.

En efecto, la pandemia nos ha demostrado que el nuevo constitucionalismo latinoamericano está siguiendo un camino correcto, toda vez que la ciudadanía requiere garantías efectivas sobre todo en tiempos de catástrofe, y para ello el fortalecimiento estatal es primordial, faltando aún mucho por recorrer en este sentido.

Para conseguir lo anterior, los últimos años se ha tendido localmente a este fortalecimiento renacionalizando los recursos naturales, produciendo una ampliación de las garantías sociales, lo que también viene a terminar con una lógica de explotación colonialista.

Existe aquí un punto de partida, que es el reconocimiento jurídico-cultural de rasgos propios latinoamericanos. Pues bien, para lograr una independencia efectiva, se requieren normas propias basadas en costumbres y vicisitudes locales, profundizando los avances sociales de los últimos años, basados en el multiculturalismo y la plurinacionalidad.

²⁹ Ferreyra, Gustavo, “El tiempo de la peste”, *Infobae*, p. 27, de mayo de 2020, disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/05/07/el-tiempo-de-la-pestes/>.

³⁰ *Ibidem*, p. 3.

³¹ Ferreyra, Gustavo y Quiroga, María Gracia, “Estado de malestar”, *Revista Derechos en Acción*, La Plata, núm. 15, 2020, p. 3.

³² Ferreyra, Gustavo, “El tiempo de la peste”, *cit.*, p. 2.

Frente a esto, Pisarello sostiene que la propuesta de refundación democrática y ecológica del constitucionalismo social no se puede resolver sólo desde las ideas, por lo que el reforzamiento normativo debe venir acompañado de espacios de articulación política, sindical y mediática de parte de los sujetos que son víctimas de la actual crisis, así como de las políticas neoliberales que las originan, llegando a una refundación republicana del constitucionalismo social que converja con variantes locales y globales de democracia política, social y ambiental conforme a los retos del siglo XXI.³³

Por lo tanto, no basta con la consagración constitucional para superar las problemáticas actuales, debemos avanzar hacia un sistema normativo que se traduzca en políticas públicas y acciones que hagan efectivas la totalidad de las garantías constitucionales, pero también fortalecer la organización democrático-participativa en la toma de decisiones colectivas, por ejemplo, con la promoción de espacios deliberativos internos de los pueblos originarios, siendo un rasgo distintivo del nuevo constitucionalismo social latinoamericano.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CABO, Antonio de, “El fracaso del constitucionalismo social y la necesidad de un nuevo constitucionalismo”, *Nuestra Bandera. Revista de Debate Político*, Madrid, núm. 231, 2012.
- FERREYRA, Gustavo, “El tiempo de la peste”, *Infobae*, 7 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/05/07/el-tiempo-de-la-pestes/>.
- FERREYRA, Gustavo, “Estado constitucional argentino modelo 2002: ¿involución hacia la “emergencia infinita”? (Un relato sobre las relaciones entre la regla de reconocimiento conceptual básica y el orden constitucional)”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. III, 2002.
- FERREYRA, Gustavo y QUIROGA, María Gracia, “Estado de malestar”, *Revista Derechos en Acción*, La Plata, núm. 15, 2020.
- FERREYRA, Gustavo, “La lucha por los derechos sociales —Episodio I—”, *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. II, 2003.

³³ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

- FERREYRA, Gustavo, “Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los 20 años de la Constitución federal de la Argentina reformada”, *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 9, 2015.
- PISARELLO, Gerardo, “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-demócrata”, *Revista de Derecho del Estado*, Buenos Aires, núm. 28, 2012.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2006.
- PEÑAILILLO, Daniel, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén, “Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, Valencia, núm. 21, 2017.
- VIERA, Christian, “Estado social como fórmula en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, año 21, núm. 2, 2014.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL. UNA APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA FEMENINA*

NEW TECHNOLOGIES IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP.
AN APPROACH FROM THE FEMININE PERSPECTIVE

NOUVELLES TECHNOLOGIES DANS LE DOMAINE DU TRAVAIL.
UNE APPROCHE DE L'ÉTAT DE LA QUESTION
DANS UNE PERSPECTIVE FÉMININE

María SALAS PORRAS**

RESUMEN: La expansión aplicativa de las nuevas tecnologías —en el sentido amplio que permite incluir en ellas la infocomunicación, la digitalización, la robótica, la nanotecnología y la Inteligencia Artificial— así como sus repercusiones en el ámbito laboral y de prestación de servicios, en general, han sido objeto de continuos análisis desarrollados por plurales instancias y organismos, cuyas conclusiones sirven a nuestro ensayo de naturaleza jurídico-normativa con dos finalidades: presentar el estado de la cuestión desde una perspectiva socioeconómica y, a partir de ella, indagar acerca de las medidas adoptadas por los distintos niveles políticos para afrontar las derivas perniciosas que la implementación de estas nuevas tecnologías pudiera ocasionar para la empleabilidad de la ciudadanía, más concretamente para colectivos vulnerables en el contexto de la IV revolución industrial, como podría acontecer con la mujer.

* Recibido el 12 de julio de 2022. El estudio que de seguida comienza ha sido defendido como ponencia invitada en las “Jornadas sobre Algoritmos Digitales desde una Perspectiva de Género” celebradas en abril de 2022 y organizadas en el marco del Aula Abierta en Igualdad MUMA, una actividad conjuntamente desarrollada por la Universidad de Málaga —representada por la profesora Lucía Aragüez Valenzuela— en colaboración con la Diputación de Málaga.

** Profesora titular de la Universidad de Málaga, España, de las asignaturas Derecho colectivo del trabajo, Derecho individual del trabajo y Jurisdicción y práctica laboral. ORCID: 0000-0002-1146-6880.



Los objetivos apenas referidos justifican que la estructura de este estudio esté compuesta por dos grandes apartados destinados, el primero, a ofrecer una reflexión asentada en los datos proporcionados por los informes existentes al respecto. Con ello pretendemos no sólo compilar las conclusiones alcanzadas por los distintos grupos de investigación que han abordado la cuestión, sino especialmente detectar hallazgos comunes y diferenciados que, en conjunto presentados, contribuyan a dotar de transparencia al estado de la cuestión. Como de seguida se observa, hemos procurado a este respecto traer a colación análisis procedentes de actores internacionales —OIT, OCDE y Foro Económico Mundial—, comunitarios —órganos comunitarios e institutos de investigación europeos, así como entidades privadas que han desarrollado informes al respecto en el ámbito europeo— y nacionales españoles —representados, en este caso, por el Instituto de las Mujeres, el Consejo Económico Social, Eurostat, el Servicio Público de Empleo Estatal y alguna entidad privada—, de modo que sea posible el contraste y, por ende, cierta objetividad. El segundo apartado queda consignado a indicar los aspectos ventajosos, pero también los perjudiciales que las nuevas tecnologías comportan para el ámbito laboral, si bien tomando como perspectiva de estudio el colectivo femenino y, como guía estructuradora, los tres momentos que tradicionalmente la doctrina *iuslaboralista* distingue en la relación contractual laboral; *id est*, su nacimiento, vigencia y terminación. Las propuestas conclusivas, destinadas a ofrecer algunas sugerencias al legislador nacional respecto de actuaciones a adoptar en este ámbito de la empleabilidad femenina en el contexto de las nuevas tecnologías, se incluyen en el último de los apartados que configuran este ensayo.

Palabras clave: nuevas tecnologías, mujer, competencias digitales, intermediación, formación profesional continua, corresponsabilidad, ciberacoso, ciberviolencia, violencia en los datos, despido.

ABSTRACT: The application expansion of new technologies —in the broad sense that allows them to include info-communication, digitization, robotics, nanotechnology and Artificial Intelligence— as well as its repercussions in the workplace and the provision of services, in In general, have been the subject of continuous analyzes developed by multiple instances and organizations, whose conclusions serve our essay of a legal-normative nature with two purposes: to present the state of the matter from a socioeconomic perspective and, from it, to inquire about the measures adopted by the different political levels to face the pernicious drifts that the implementation of these new technologies could

cause for the employability of citizens, more specifically, for groups that are especially vulnerable in the context of the IV industrial revolution, as could happen with women.

The objectives just mentioned justify that the structure of this study is composed of two large sections intended, the first, is to offer a reflection based on the data provided by the existing reports on the matter. Through it, we intend not only to compile the conclusions reached by the different research groups that have addressed the issue but especially to detect common and differentiated findings that, presented together, provide transparency to the state of the issue. As can be seen below, we have tried in this regard to bring up analyses from international actors —ILO, OECD and World Economic Forum—, community —community bodies and European research institutes, as well as private entities that have developed reports on the matter in the European sphere— and Spanish nationals —represented, in this case, by the Women’s Institute, the Social Economic Council, Eurostat, the State Public Employment Service and some private entity—, so that the contrast is possible and, therefore, some objectivity. The second section is consigned to indicate the advantageous aspects, but also the harmful ones that the new technologies entail for the workplace, although taking as a study perspective the female group and, as a structuring guide, the three moments that the labour law doctrine traditionally distinguishes in the labor contractual relationship; *id est*, its birth, validity and termination. The conclusive proposals, aimed at offering suggestions to the national legislator regarding actions to be adopted in this field of female employability in the context of new technologies, are included in the last sections that make up this essay.

Keywords: new technologies, women, digital skills, intermediation, continuing professional training, co-responsibility, cyberbullying, cyberviolence, data violence, dismissal.

RÉSUMÉ: L’expansion des applications des nouvelles technologies —au sens large qui leur permet d’inclure l’info-communication, la numérisation, la robotique, les nanotechnologies et l’intelligence artificielle— ainsi que ses répercussions sur le lieu de travail et dans la prestation de services, en général, elles ont fait l’objet d’analyses continues développées par de multiples instances et organisations, dont les conclusions servent notre essai de nature juridico-normative à deux fins: présenter l’état de la question d’un point de vue socio-économique et, à partir de là, s’enquérir des mesures adoptées par les différents niveaux politiques

pour faire face aux dérives pernicieuses que la mise en œuvre de ces nouvelles technologies pourrait entraîner pour l'employabilité des citoyens, plus spécifiquement, pour les groupes particulièrement vulnérables dans le contexte de la IVe révolution industrielle, comme cela pourrait arriver avec les femmes.

Les objectifs qui viennent d'être évoqués justifient que la structure de cette étude soit composée de deux grandes sections destinées, la première, à proposer une réflexion à partir des données fournies par les rapports existants en la matière. À travers elle, nous entendons non seulement compiler les conclusions auxquelles sont parvenus les différents groupes de recherche qui se sont penchés sur la question, mais surtout détecter des résultats communs et différenciés qui, présentés ensemble, contribuent à assurer la transparence de l'état de la question. Comme on peut le voir ci-dessous, nous avons essayé à cet égard de faire remonter des analyses d'acteurs internationaux —OIT, OCDE et Forum économique mondial—, communautaires —organismes communautaires et instituts de recherche européens, ainsi que d'entités privées qui ont élaboré des rapports sur la question dans la sphère européenne— et des ressortissants espagnols —représentés, dans ce cas, par l'Institut de la femme, le Conseil économique et social, Eurostat, le Service public de l'emploi de l'État et une entité privée—, de sorte que le contraste est possible et, par conséquent, par conséquent, une certaine objectivité. La deuxième section est destinée à indiquer les aspects avantageux, mais aussi les nuisibles que les nouvelles technologies comportent pour le lieu de travail, tout en prenant comme perspective d'étude le groupe féminin et, comme guide structurant, les trois moments que la doctrine du droit du travail a traditionnellement distingué dans la relation contractuelle de travail; *id est*, sa naissance, sa validité et sa fin. Les propositions conclusives, visant à offrir quelques suggestions au législateur national concernant les actions à adopter dans ce domaine de l'employabilité des femmes dans le contexte des nouvelles technologies, sont incluses dans la dernière des sections qui composent cet essai.

Mots clés: nouvelles technologies, femmes, compétences numériques, intermédiation, formation professionnelle continue, co-responsabilité, cyberharcèlement, cyberviolence, violence des données, licenciement.

SUMARIO: I. *Las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo desde una perspectiva cuantitativa.* II. *Consecuencias de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Aproximación cualitativa.* III. *Propuestas conclusivas.* IV. *Referencias bibliográficas.* V. *Referencias informáticas.*

I. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO DEL TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA CUANTITATIVA

La inclusión en nuestro estudio de un primer apartado destinado a presentar la traducción que en números tiene la repercusión de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo —y en especial para el colectivo de las mujeres— halla su justificación tanto en la ventaja que para su comprensión entraña la presentación en datos cuantitativos, como la siempre necesaria contraposición de estas previsiones en atención a quien las emite. Puesto que, en aras de la objetividad investigadora —siempre perseguida, pero no por ello alcanzada— resulta conveniente contrastar consideraciones, especialmente cuando al futuro más o menos próximo se refieren.

En este sentido, y en aras de ofrecer las cifras presentadas desde distintas instancias geopolíticas y los plurales organismos que en ellas se puedan dar encuentro, los informes en seguida aludidos proceden, en el ámbito internacional, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y del Foro Económico Mundial (FEM); en el nivel regional comunitario, de la Unión Europea —más concretamente del Parlamento Europeo y del Instituto Europeo para la Igualdad de Género— y, en el ámbito nacional, del Ministerio de Igualdad a través del Instituto de la Mujer.

1. *Referencias procedentes del ámbito internacional*

La revisión de los más recientes informes de la OIT, la OCDE y el FEM publicados¹ sobre esta temática permite apuntar con claridad a dos tipos de conclusiones generales.

¹ En el caso de la OIT nos referimos al de 2018 sobre el “Impacto de la tecnología en la calidad y cantidad de puestos de trabajo” y la cartografía estadística disponible respecto de 2020 —los tres últimos trimestres— en el informe de ILOstat de 2021. Los informes de la OCDE sobre la materia que nos ocupa y, entre ellos, especialmente relevantes, consideramos el de 2017 —“Cómo la tecnología y la globalización están transformando el mercado de trabajo”—, el de 2020 y 2021 sobre las “Mujeres en el trabajo: oportunidades y desafíos en la

La primera está relacionada con la idea de que la incorporación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral si bien destruye empleo, también está abocada a generarlo en cantidades superiores. Y, en este sentido, sus estimaciones cuantitativas se instalan en que, para 2030, serán objeto de automatización el 60% de los puestos de trabajo que existían en todo el mundo a partir de 2017 —año en que se elabora el informe referido—. Es este incremento de la automatización de trabajos lo que justifica la simultánea creación de nuevos puestos y la exigencia de que los trabajadores —se estima que entre un 3 y un 14% del total mundial— estén preparados para cambiar de categoría profesional. De ahí se deriva la necesidad de que los países agilicen los mecanismos de conversión y formación profesional hacia las demandas de empleo que la automatización trae consigo. Por consiguiente, a juicio de la OCDE y, siguiendo los argumentos presentados en el informe referido, los puestos de trabajo que están en riesgo de ser automatizados en los años presentes y venideros son aquellos que presentan una mayor tasa de actividades repetitivas y, de forma correlativa, unos niveles mínimos —en ocasiones, incluso medios— de formación. Siendo ejemplos de ello la agricultura, el comercio al por menor, las ventas al por mayor, las manufacturas, la educación en niveles básicos, etcétera. Sectores éstos, por lo general, más feminizados. En total, los mencionados representan el 30% del total de puestos de trabajo en los que la mujer suele ser omnipresente o, al menos, su presencia es mayor si se compara con la de los hombres. Estiman las organizaciones referidas que entre el 10 y el 20% de este tipo de trabajos serán objeto de sustitución —total o parcial— de la persona por la máquina —robot, *software* o cualesquiera otros mecanismos posibles—.

La segunda consideración que habría de tenerse presente alude a los ingresos que deja de percibir la mujer —como colectivo— por no integrarse en los sectores productivos emergentes a consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral y permanecer en aquellos otros ámbitos que, si bien no pueden ser objeto de automatización, tampoco conllevan un incremento económico importante. En este sentido se destacan en esas publicaciones que habría un relevante efecto pernicioso si no se tuviera presente en los estudios que al efecto se realicen. Así, los nuevos yacimientos de empleo que, desde 2021, comportan pingües beneficios están relacionados con la computación en la nube, la ingeniería, los datos y la inteligencia artifi-

revolución tecnológica”. En cuanto al reporte del FEM, el más reciente al respecto es de 2021 titulado “Informe sobre desigualdades globales por motivo de género”.

cial. Unos ámbitos en los que el colectivo femenino está subrepresentado —llegando al -0.2% para el caso de la computación en la nube— o escasamente presente —no se alcanza el 1% en ninguno de los sectores referidos—. Sin embargo, es elevada su presencia en ámbitos menos sustanciosos económicamente, pero difícilmente automatizables, como sucede con el cuidado de personas, la educación —especialmente en niveles inferiores—, la hostelería, la cultura, el ocio y el entretenimiento.

2. Datos desde el nivel comunitario

Desde la Unión Europea, hallamos publicaciones sobre la temática que nos ocupa procedentes, de una parte, de unidades especializadas como el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo,² el grupo de trabajo de la Comisión Europea sobre Igualdad de Género,³ el Instituto Europeo para la Igualdad de Género;⁴ así como de organizaciones privadas —ESRI,⁵ PricewaterhouseCoopers (PwC)⁶ y Women In Tech—⁷ que al respecto han elaborado informes cuya relevancia debe ponerse de manifiesto no sólo por su escasez, sino por apoyarse en ellos estudios de otros organismos públicos como los referidos en primer lugar. Desde ellos, y de forma paralela a lo apenas subrayado, se apunta a la importancia de conocer cuáles, de entre los

² De 2018 es el Informe que rescatamos para la elaboración de este apartado. Concretamente el titulado “El impacto de las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo y la economía social”.

³ Nos referimos a la Comisión Europea: “2022 Report on gender equality in the EU”, publicado en marzo de 2022.

⁴ También en 2018 se finalizó el informe elaborado por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género bajo la rúbrica “Mujeres y hombres en las tecnologías de la info-comunicación: una oportunidad para el mejor equilibrio entre la vida personal y laboral”.

⁵ Empresa tecnológica que presta servicios en materia de integración de sistemas de información geográfica y que, en 2022, ha trabajado junto con el Eurostat para ofrecer un mapa general de la situación en que las nuevas tecnologías colocan a los colectivos con especiales dificultades de integración. En el anexo IV de este estudio se facilita el mapa interactivo operado por ESRI para Eurostat.

⁶ Este multinacional y polifacético despacho de abogados ha elaborado un índice estadístico a partir del que obtienen sus conclusiones al respecto de la incorporación de la mujer en el mundo del trabajo. El resultado de su aplicación para 2020 y entre 33 países de la OCDE lleva por título “Mujeres en el trabajo 2020. Oportunidades y desafíos de la Revolución Tecnológica”.

⁷ El título del informe de esta asociación de mujeres es “Encuesta de la población femenina en las tecnologías para el año 2021”.

múltiples puestos de trabajo que en la actualidad existen y con mayores visos de probabilidad están siendo objeto de automatización. Así, se distingue entre ocupaciones que en 99% de probabilidad serán reemplazadas por las nuevas tecnologías —en cualesquiera de sus formas— y aquellas con una elevada improbabilidad de ser suplantadas por éstas —sólo en 4% se estima tal posibilidad—. Entre las primeras existen importantes coincidencias respecto de los informes referidos con anterioridad y procedentes de instancias internacionales, si bien se incluyen puestos de más reciente creación, como sucede con quienes se dedican a ingresar datos en programas informáticos, los técnicos de biblioteca, los trabajadores de procesos fotográficos, los operadores de máquinas de procesamiento, los gestores y preparadores de impuestos, los agentes de carga y flete, los técnicos matemáticos o los vendedores telefónicos. Dentro del segundo grupo se clasifican trabajos que exigen una mayor interacción humana, capacidad creativa e inteligencia social. De ahí que encontremos terapeutas, supervisores de primera línea de mecánicos, instaladores y reparadores, directores de servicios de emergencias, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, ortopedistas y protésicos, cirujanos orales y maxilofaciales y dietistas.

Estas últimas profesiones que, conforme a los informes consultados, suelen ser objeto de prestación especialmente por empresas pertenecientes a la economía social,⁸ si bien están introduciendo las nuevas tecnologías en sus actividades productivas, apenas habrían de soportar el referido desplazamiento persona-máquina, sino todo lo contrario. Lo que acontece —y así se constata en el Informe del Parlamento Europeo—,⁹ es una mejora de las condiciones de trabajo en la medida en que las nuevas tecnologías contribuyen a disminuir esfuerzos, mejorar la productividad y la interacción humana.

Sin embargo, a diferencia de las indicaciones que los informes procedentes de instancias internacionales presentaban, las nuevas tecnologías no crean más puestos de trabajo de los que destruyen o, al menos, son estos los datos con los que trabajan las instituciones comunitarias —por tanto, en lo que respecta a los países de la UE—. Y las razones que se presentan como justificativas de tales conclusiones son dos. De una parte, que la automatización de puestos de trabajo está siendo tan virulenta que no hay tiempo material para preparar y formar a la población trabajadora en la adquisición de esas nuevas

⁸ Así se identifica en la página 40 del Informe del Parlamento Europeo, *cf.* “Mujeres y hombres en las tecnologías de la info-comunicación...”, *cit.*

⁹ “Mujeres en el trabajo 2020. Oportunidades y desafíos de la Revolución Tecnológica”, *cit.*

competencias digitales. Por otro lado, la reducción de costes que trae consigo la automatización es tan elevada que, aun a riesgo de perder el “toque humano”, las empresas prefieren automatizar la mayor parte posible de los servicios prestados. Lo cual está catapultando a Europa a niveles de desempleo próximos a los existentes en la década de los años treinta del siglo pasado.¹⁰ Cotas que con dureza golpean a los sectores de la población especialmente sensibles a estas oscilaciones, como ocurre con la mujer. En este sentido, reflejan los datos publicados por el Eurostat que desde 2019 las mujeres que prestaban servicios en la UE eran 13% menor que el número total de hombres.¹¹ Por su parte, la distribución por países de las cifras de empleo femenino en materia de nuevas tecnologías que a Eurostat se facilita por parte de las entidades ESRI, PwC y WomenInTech es la siguiente: Islandia, Suecia y Eslovenia son los tres países que alcanzan las mayores cotas de integración laboral de la mujer en el sector tecnológico. La República Checa, Alemania y Países Bajos, además de ser los países con menor tasa de desempleo en mujeres con formación superior —1.1, 1.4 y 2%, respectivamente— han experimentado el mayor desarrollo en lo que se refiere a la reducción del desempleo femenino en este ámbito. Estonia e Irlanda destacan, precisamente, por el descenso en este concreto aspecto, mientras que Bélgica y Polonia han alcanzado los mayores incrementos en términos absolutos respecto de las diferencias salariales por razón de sexo. En sentido opuesto se hallan Francia y Austria, debido a que, en especial Francia, experimentan un aumento sin precedentes en el desempleo femenino, y Austria en el empleo a tiempo completo.

3. *Las cifras en España*

Los estudios de los que dispone nuestro país proceden tanto del ámbito público —en concreto del Instituto de las Mujeres, del Consejo Económico Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Eurostat— como del sector privado —siendo ESRI una de estas empresas—. Precisamente es esta última la que, en términos coincidentes con el Eurostat y el Instituto de las Mujeres, presenta a España como uno de los países europeos con mayor tasa de desempleo femenino en el sector científico y tecnológico —10.8% para mujeres con formación superior—, cifras sólo superadas por Grecia, Macedonia del Norte y Montenegro.

¹⁰ Estas reflexiones se contienen en la página 44 del Informe del Parlamento Europeo: “Mujeres y hombres en las tecnologías de la info-comunicación...”, *cit.*

¹¹ Véase, en este sentido, las tablas comparativas que se incorporan en el anexo III.

En cuanto a las mujeres sin formación superior, la ratio se sitúa en un 24.4%, sólo superado por Grecia (25.2%) y Montenegro (24.8%). Según los datos del visor de ESRI, los países vecinos de España —Portugal y Francia—, tienen una tasa de desempleo en mujeres con formación superior del 4.6 y 4.30%, respectivamente; y del 9.1 y 12.6% en el caso de mujeres sin formación superior. Italia presenta tasas similares con un 4.4% de desempleo en mujeres con formación superior y un 14.4% de desempleo en mujeres sin formación superior.

Respecto del porcentaje de mujeres graduadas en Tecnologías de Información y Comunicación, los datos para 2017¹² repetidos desde el Eurostat por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTIS) reflejan que, a diferencia de Estonia que alcanza el 2.2% y se coloca en el primero de los puestos de este ranking elaborado entre los países europeos, España a duras penas alcanza el 0.5%. A pesar de ello, llama la atención que, para 2019, fecha en que se compilan los porcentajes de especialistas en TIC¹³ respecto del total de personas empleadas en nuestro país, España alcance el 19.7%, ubicándose en décimo tercer lugar, incluso por encima de la media europea que no supera el 17%. Aunque pudiera parecer un remonte destacable, es preciso indicar que su comparación con el porcentaje masculino arroja una diferencia de 60 puntos porcentuales, lo que pone de manifiesto el largo camino que resta por recorrer.

La infrarrepresentación femenina en las profesiones relacionadas con las nuevas tecnologías también es destacada por el Consejo Económico Social en su Informe de enero de 2021 —que viene a actualizar el de 2017— al indicar que el promedio de los países de la UE con mejores datos al respecto triplica los resultados españoles. Ciertamente es que, en este sentido de las cuantiosas diferencias porcentuales, el CES destaca cómo influyen en ellos la especialización de la economía española orientada, como se sabe, al sector servicios, concretamente a la hostelería y al comercio minorista.¹⁴ En este sentido y, sin obviar que, conforme a los informes procedentes de los organismos internacionales y comunitarios, el primero de los sectores referidos no estaría avocado a una automatización absoluta, al menos a corto y mediano plazos, resulta necesario llamar la atención acerca de la importancia de preparar a la ciudadanía para

¹² Se adjunta cuadro informativo publicado por el Instituto de las Mujeres, y elaborado por el Observatorio Nacional de Tecnología en la Sociedad, en el anexo V.

¹³ Para facilitar la observación, en el mismo anexo V se incluye el cuadro informativo relativo a los porcentajes de especialistas TIC de sexo femenino.

¹⁴ Así se indica expresamente en la página 55 del citado Informe.

que adquiera competencias digitales que le permitan avanzar profesionalmente, cubrir nichos de nuevos empleos y sacar provecho de las ventajas que las nuevas tecnologías puedan incorporar sea a los puestos de trabajo existentes, sea a los que están por crearse. De especial trascendencia resulta ello para las mujeres, puesto que, de conformidad con los datos publicados por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo en su Informe para 2020, los estudios primarios son el nivel en que se concentra el porcentaje más elevado de la población femenina española —con 55.70%— frente al 14.05% del nivel universitario.¹⁵ A la vez que la hostelería y el comercio al por mayor y al por menor son los sectores que concentran al 51.5% de las mujeres trabajadoras en nuestro país. Es por ello que el CES estima acertadas las políticas públicas que desde la Estrategia España Digital¹⁶ se emprenden, relativas a reducir la brecha digital, tanto la urbana-rural como la existente entre pequeñas y grandes empresas; a fomentar el uso de datos como motor de impulso sectorial, abordando la interoperabilidad de datos de los sectores y fomentando la apertura de éstos, tanto por parte de la administración como en el ámbito de la investigación y del sector privado y, finalmente, a impulsar el desarrollo empresarial y los nuevos modelos de negocio, teniendo presente la Industria 4.0 y las oportunidades de diversificación económica que ofrecen las nuevas tecnologías.

De esta forma presentados los datos facilitados por las instituciones y organizaciones procedentes de los niveles explorados, puede concluirse que, a pesar de las disparidades detectadas entre ellos, el colectivo femenino se encuentra en una situación poco halagüeña si se compara con el masculino, no sólo a nivel global y europeo, sino también para el caso español. Concretamente para este último y, por las peculiaridades de los sectores productivos preponderantes en nuestro país, si bien las nuevas tecnologías podrían no entrañar un riesgo inminente de sustitución total del ser humano en el puesto de trabajo, tampoco ello habría de ser objeto de descuido, en la medida en que, conforme se ha puesto de manifiesto, los trabajos repetitivos y que requieran un bajo —incluso, medio— nivel formativo terminarán sucumbiendo en el bucle centrípeto que la cuarta revolución industrial ha puesto en marcha. La mujer se encuentra en la encrucijada más que nunca. Motivo por el cual resulta de especial relevancia conocer qué actuaciones políticas, jurídico-normativas

¹⁵ El desarrollo de estos datos puede hallarse en el anexo VII.

¹⁶ Más información al respecto puede hallarse en: https://portal.mineco.gob.es/ca-es/ministerio/estrategias/Paginas/00_Espana_Digital_2025.aspx, último acceso: 29 de marzo de 2022.

y económicas se implementan desde instancias públicas y privadas, así como difundir entre la sociedad civil lo delicado de la situación para avivar el seso y despertar conciencias, de modo que la adquisición de competencias en nuevas tecnologías sea uno de los horizontes del sistema educativo básico y general.

Al hilo de la reflexión que cierra el párrafo anterior, nuestro objetivo ahora está en abundar en las dinámicas jurídico-normativas que se destinen a promocionar el papel de la mujer en el mercado de trabajo que perfila la nueva revolución industrial, de modo que se contribuya, en cierta forma, a construir una socialidad orientada a tal fin promotor. Y con estas encomiendas acometemos el siguiente de los apartados que configuran este estudio.

II. CONSECUENCIAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL. APROXIMACIÓN CUALITATIVA

Las posibilidades, las derivas perniciosas y los desafíos que acontezcan como consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías en el puesto de trabajo son el campo de estudio que pretende abordarse en este segundo apartado. Para ello tomaremos como elementos de observación los estudios, las políticas públicas, las disposiciones normativas (heterónomas y autónomas) y las decisiones jurisprudenciales —estas tres últimas cuando eventualmente existan— que hayan sido adoptadas en los niveles geopolíticos de referencia, de modo que, a través de su revisión, sea posible identificar unas y otros.

En aras de mantener cierto orden y coherencia interna en este apartado, hemos optado por configurarlo a partir de los tres momentos tradicionalmente diferenciados en la vida de la relación contractual laboral, es decir, en los momentos previos a la formalización del contrato, durante su vigencia y en los límites de su extinción. De ahí que su construcción sea la que sigue.

1. *Etapla inmediatamente previa a la prestación de servicios*

La revisión en el apartado anterior de informes y estudios pertenecientes a los tres niveles geopolíticos tomados en consideración aconseja sobremedida incluir un punto en nuestro estudio que, aun a riesgo de no constituir el núcleo duro de nuestra disciplina, sí que ha sido identificado como clave para atender a las demandas y ofertas de empleabilidad nacidas en esta cuarta revolución industrial.

Al hilo de esta idea y con la finalidad de presentar las modulaciones que las nuevas tecnologías han introducido en los estadios anteriores a la consumación contractual laboral cuando del colectivo femenino se trata, este primer subapartado se organiza atendiendo a dos parámetros. El primero, identificado con el eje vertical, permitiría distinguir las medidas indicadas y adoptadas desde los tres niveles geopolíticos a que venimos haciendo referencia. Ubicado en el eje horizontal, el segundo aspecto presenta dos áreas de estudio que bien pueden entenderse transversales a aquellos tres niveles. De esas áreas hemos deliberadamente excluido al emprendimiento femenino, no por falta de interés, sino porque exige un tratamiento de tal amplitud que desborda la finalidad de este estudio. Así, centradas en la formación de la mujer en titulaciones relacionadas con las nuevas tecnologías y en el modo en que la intermediación se configura jurídico-normativamente cuando las nuevas tecnologías hacen su aparición, la selección de esas dos áreas tiene como sustrato el ser identificadas por la doctrina científica¹⁷ por instituciones y organismos públicos¹⁸ como necesarias antesalas de la relación contractual. De tal concreción se deriva, también, que las acciones positivas y las disposiciones normativas, cuando existen, estén centradas casi exclusivamente en tales ámbitos.

2. *Formación en titulaciones relacionadas con las nuevas tecnologías*

En efecto, el estudio que hemos realizado en el apartado anterior de los informes procedentes de distintos y reconocidos organismos públicos y privados, permite poner de manifiesto que la formación en titulaciones relacionadas con las nuevas tecnologías se erige en pieza clave para conjurar la automatización —más real que hipotética— que amenaza a concretos sectores de producción en los que la presencia femenina es abrumadora. Y en esta misma

¹⁷ En aras de la economía del espacio, en esta cita referimos como botón de muestra el estudio colectivo dirigido por la profesora Romero Burillo, titulado *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

¹⁸ Aunque es objeto de desarrollo esta cita en los subapartados contiguos, sin embargo resulta conveniente adelantar siquiera que ejemplo de estos pronunciamientos son los siguientes: a nivel internacional, podemos citar el informe elaborado conjuntamente por la OIT y la ONU Mujeres en 2021 titulado “Empowering Women at Work. Government Laws and Policies for Gender Equality”; desde instancias comunitarias disponemos del informe elaborado en 2021 por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género “Women and men in ICT: a chance for better work-life balance”, y también de 2021, pero a nivel nacional español contamos, entre otros, con los “Indicadores de Género de la Sociedad Digital” publicado por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad.

línea se inscriben los instrumentos que en seguida se presentan, los cuales, sin duda muy numerosos¹⁹ contemplan acciones destinadas a mitigar la discriminación por razón de sexo.

Aunque ninguna de esas herramientas está centrada exclusivamente en la formación de nuevas tecnologías, lo cierto es que aparece como temática recurrente. Estos instrumentos presentan naturalezas variopintas, pero lo que aquí nos interesa es que comulgan en señalar como objetivo reducir, cuando no erradicar, el impacto desigual que la automatización pueda generar en una ya persistente segregación ocupacional por razón de sexo. Y para ello apuestan, como decimos, por fórmulas superadoras de aquella consecuencia negativa, consistentes —las fórmulas— en incrementar la inversión tanto pública como privada en el fomento de las capacidades tecnológicas de la ciudadanía; muy concretamente en las del colectivo femenino y desde edades muy tempranas.²⁰ De modo que, justificadas en la idea de que la proclive opción femenina por los estudios y las profesiones de las ramas sociales, jurídicas y del cuidado obedecen a patrones culturales impuestos, las medidas propuestas abundan en aproximar a la mujer a las denominadas materias STEM (ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas) y promover sus aptitudes para estos campos del saber.

En esta línea se inscribe, por ejemplo, la Convención de la ONU para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, en vigor desde 1981 y cuya consideración como tratado internacional la presenta como una de las normas de mayor aceptación a nivel global. Concretamente en su artículo undécimo configura la formación inicial y continuada como derecho que los Estados parte deben garantizar en igualdad de condiciones a las mujeres.

El más reciente de los instrumentos elaborados por la OIT,²¹ de naturaleza política y no vinculante, es la Declaración por el Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo adoptada en 2019. Ésta presenta, entre otras áreas de

¹⁹ Una compilación bastante exhaustiva se realiza en el Informe previamente citado “Empowering Women at Work”.

²⁰ Esta es una indicación contenida en la página 12 del Informe publicado en 2013 por la OIT, titulado “Women and technology – The Attitude Gap”, disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_195857/lang-en/index.htm. Último acceso: 22 de abril de 2022.

²¹ De naturaleza puramente política es, sin embargo, la Declaración Tripartita de la OIT sobre principios concernientes a las multinacionales y la política social, revisada por quinta vez en 2017. Esta Declaración menciona, entre otras áreas de actuación, la formación como vía para alcanzar la igualdad de género. De este mismo carácter político participa la Agenda 2030

actuación en qué centrar su “aproximación humanista”, el incremento de la inversión en las capacidades del ciudadano. En este sentido, la OIT llama a la asunción de responsabilidad por parte de gobiernos y actores sociales en sus respectivas esferas de actuación para garantizar que los sistemas educativos y formativos se adelanten y respondan eficazmente a las necesidades del mercado.

Concretamente la OIT pone a cargo de los gobiernos la formulación de políticas públicas orientadas a despertar y promover capacidades digitales, así como a facilitar un contexto favorable para que las empresas oferten formación a los futuros trabajadores y a los actuales atendiendo a las específicas necesidades demandadas por los mercados.

La Unión Europea, como realidad política, tiene reconocida competencia compartida en materia de formación, motivo por el cual, de conformidad con el artículo 6.e) del Tratado de Funcionamiento (TFUE, en adelante), sólo puede llevar a cabo acciones que apoyen, coordinen o complementen la actuación de los Estados miembros. De ello se deriva que las intervenciones de la Comunidad en esta materia se limiten a actuaciones de naturaleza política y económica, siendo una muestra la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 centrada, casi con exclusividad, en superar los sesgos de género en las ocupaciones relacionadas con las nuevas tecnologías y las materias incluidas en el grupo abanderado por las siglas STEM.

Para alcanzar esta finalidad configura, de un parte, el Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027²² destinado a fomentar el desarrollo de un ecosistema educativo de alto rendimiento que permita a los Estados miembros adaptar de forma sostenible y eficaz sus respectivos sistemas de educación y formación a la era digital mediante la formación en competencias y capacidades digitales. Por otro lado y, focalizada exclusivamente en el colectivo femenino, esta Estrategia da cobertura a la Declaración ministerial de compromiso para promover la participación de la mujer en la economía digital que ha sido objeto de decisión parlamentaria favorable a la adopción de la Resolución 2019/2168(INI).²³ En ella el Parlamento Europeo realiza un llamamiento a la Comisión y a los Estados miembros para que armonicen las medidas de

para el Desarrollo Sostenible en cuyo objetivo cuarto se menciona la formación y la educación como metas que garantizan la igualdad de oportunidades para todos.

²² El texto íntegro del referido Plan puede consultarse en: <https://education.ec.europa.eu/focus-topics/digital-education/about/digital-education-action-plan>, último acceso: 19 de abril de 2022.

²³ Denominada “Women in Digital” cuyo texto es accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0232_ES.html, último acceso: 22 de abril de 2022.

fomento de la transición digital con los objetivos de la Unión en materia de igualdad de género de modo que, en los próximos marcos financieros plurianuales, se destinen partidas económicas en favorecer la participación de las mujeres en la economía digital y la sociedad de la información, tal y como se reconoce expresamente en la propia Estrategia apenas referida. Con una formulación más concreta si cabe, en el apartado destinado a educación, señala el Parlamento en el punto quinto la importancia de

...animar a la Comisión y los Estados miembros, así como a los desarrolladores, las empresas y las universidades a abordar la brecha de género en el sector de las TIC y a cooperar en la búsqueda de soluciones y el intercambio de buenas prácticas sobre una mejor inclusión de las niñas en materias pertinentes para la educación digital a partir de una edad temprana; pide a la Unión y a los Estados miembros que desarrollen, apoyen y ejecuten las actuaciones promovidas por las Naciones Unidas y sus órganos.

Reflejo de ello es el lanzamiento de la plataforma para el intercambio de buenas prácticas al respecto de políticas, recursos, oportunidades destinadas a reducir la brecha digital femenina. Se trata de la iniciativa denominada #eSkills4Girls.²⁴

Descender al ámbito nacional español permite distinguir entre acciones de naturaleza política y legislativa, si bien estas últimas son una consecuencia directa de las primeras.

Así, respecto a las medidas de carácter político y relacionadas con la formación en competencias digitales del colectivo femenino, hemos de señalar la agenda España Digital 2025, aprobada en 2020 cuyo tercer eje estratégico busca reforzar las competencias digitales del conjunto de la ciudadanía además de las de los trabajadores, poniendo especial énfasis en cerrar la brecha digital en la educación. El objetivo es que en 2025 el 80% de las personas tengan competencias digitales básicas y que la mitad de ellas sean mujeres. Para ello articula tres tipos de medidas distintas, entre las que destacamos el Plan Nacional de Competencias Digitales. Éste se define como un plan integral cuyo primer eje de intervención tiene como segunda línea de actuación la lucha contra la brecha digital de género mediante dos tipos de programas; a saber, el fomento de vocaciones científico-tecnológicas en el sistema educativo y el fomento de la capacitación digital de las mujeres y de participación en itinerarios formativos tecnológicos.

²⁴ Disponible en: <https://www.eskills4girls.org>, último acceso: 22 de abril de 2022.

En sintonía con estos programas ha sido aprobada la Ley Orgánica 3/2022 de 31 de marzo, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional²⁵ que establece como objetivo del Sistema de Formación Profesional “el fomento de la igualdad efectiva de oportunidades entre las personas en el acceso y desarrollo de su proceso de formación profesional para todo tipo de opciones profesionales, y la eliminación de la segregación formativa existente entre mujeres y hombres” —ex artículo 6.11—. Y, conforme al artículo octavo, configura como elemento básico del currículo de la formación profesional el desarrollo formativo profesional de las personas mediante la incorporación en él de contenidos culturales, científicos, tecnológicos y organizativos.

A grandes rasgos presentadas y seleccionando exclusivamente las más próximas al tiempo en que se elabora este estudio, son éstas las actuaciones que desde los tres ámbitos de referencia se indican como más adecuadas para conjurar tanto el riesgo de automatización de puestos de trabajo —por ende desempleo— como la inaccesibilidad a los más suculentos ingresos que dejaría de percibir el colectivo femenino por no acceder al tipo de trabajos que generan las nuevas tecnologías.

A. *La intermediación y el acceso al empleo*

La temática que en seguida se aborda, a diferencia de lo apenas referido, presenta otra perspectiva de las incidencias que la digitalización pueda estar acarreado en el mundo laboral respecto del colectivo femenino. Así, mientras que la formación profesional prepara a la mujer para ser empleable, la intermediación y el acceso al empleo hacen referencia al procedimiento que configurado a partir de ofertas, demandas de empleo y mecanismos de puesta en contacto, permite seleccionar o descartar a las candidatas. En la medida en que una parte nada desdeñable de las empresas a nivel mundial²⁶ utiliza la intermediación laboral digital como fórmula de publicitación de la demanda

²⁵ Publicada en el *BOE* núm. 78, del 1o. de abril de 2022 y en vigor desde el 21 de abril de 2022. Uno de los primeros estudios sobre esta norma ha sido realizado por la profesora Mella Méndez, titulado “Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional: Valoración General de una Reforma Ambiciosa” y de acceso libre a través de la página *web* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

²⁶ Ciertamente no existe unanimidad al respecto de cuáles sean tales cuantías, pero las cifras que se manejaban a la altura de 2019 rozaban el 88% de las compañías de todo el mundo que utilizaban la inteligencia artificial y los algoritmos para la selección de candidatos para puestos de trabajo. Disponible en: <https://www.shrm.org/resourcesandtools/hr-topics/global-hr/pages/employers-embrace-artificial-intelligence-for-hr.aspx>, último acceso: 23 de abril de 2022.

de trabajo, la incorporación de las nuevas tecnologías en este ámbito es ya una tangible realidad que ha alterado el funcionamiento y configuración de tal procedimiento, así como a las partes intervinientes como gestores del mismo. Motivo por el cual resulta más que necesario indagar siquiera al respecto de las medidas que hubieran sido indicadas o adoptadas por los ámbitos de estudio con la finalidad de regular tal interposición digital.

En este sentido hemos de reconocer que, sea a nivel internacional o europeo, las actuaciones emprendidas abordan esta temática de la igualdad de oportunidades en el empleo desde una perspectiva generalista; es decir, no circunscrita a las posibles perniciosas derivas que podría estar conllevando la digitalización del proceso de intermediación y selección de trabajadores. De ahí que, si bien pueden citarse una interesante cantidad de instrumentos —todos ellos con fuerza vinculante si fueron ratificados en el caso de la OIT²⁷ o si se es miembro de la UE—²⁸ que establece como finalidad un trato igualitario en el acceso al empleo —incluso en los casos de intermediación realizada por agencias privadas de colocación—,²⁹ en ninguno de ellos van a hallarse alusiones a los sesgos de género que introduce la utilización de nue-

²⁷ Preferimos utilizar esta nota al pie para enumerar siquiera los instrumentos aprobados desde la OIT en este sentido de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Así acontece con el Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en vigor desde 1981) y ratificado por España el 16 de diciembre de 1983, *BOE* núm. 69, del 21 de marzo de 1984, y con el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (en vigor desde 1958) y la Recomendación 111, siendo ratificado por España el 4 de diciembre de 1968, *BOE* núm. 291. Sin carácter vinculante mencionamos también la Declaración de la OIT para el Futuro del Trabajo (junio de 2019) que invita a los Estados miembros a establecer como objetivo de sus agendas políticas el logro de la igualdad de género en el trabajo a través de una agenda transformadora, con una evaluación periódica de los avances logrados, que garantice la igualdad de oportunidades, la igualdad de participación y la igualdad de trato. Así como la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) que compromete a los Estados miembros a respetar y promover los principios y derechos en la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Y, finalmente, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible prevé en el Objetivo 5 alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de mujeres y niñas.

²⁸ Para el caso de la Unión Europea, el llamamiento a la igualdad de trato en el acceso al empleo aparece en las normas de derecho originario, como acontece en el artículo 8 del TFUE, artículo 20 de la Carta Social Europea; la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

²⁹ Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas (en vigor desde 1997) y ratificado por España el 19 de junio de 1999, publicado en el *BOE* núm. 219, en cuyo artículo 5 prevé la obligación de que la igualdad de oportunidades sea observada por las agencias.

vas tecnologías en los procesos de selección de trabajadores. Ello justifica que en enero de 2022, la Comisión publicase su Comunicación sobre la necesidad de que se formule una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital,³⁰ siendo una de sus consideraciones la relativa a garantizar que “las personas y las empresas no tengan menos derechos o estén menos protegidas cuando interactúan con el entorno digital que cuando se encuentran fuera de línea”. De entre los derechos que se busca promover y reafirmar, expresamente se reconoce el de ser objeto de sesgo algorítmico que obstaculice el acceso equitativo y no discriminatorio a la información y al debate democrático. Una amplitud de horizontes habría de exportarse también al ámbito productivo.

Denunciado por la doctrina científica mediante la presentación y estudio de casos reales,³¹ resulta patente que la discriminación por razón de sexo —y no sólo por este motivo— puede contaminar también los sistemas algorítmicos empleados en esta era de la digitalización para realizar las selecciones de candidatos a un puesto de trabajo. Contaminación que se deriva de lo que los autores presentan como “violencia en los datos” y que se define como un “problema de definición en la construcción de las variables de las que dependen los resultados finales agrupados en etiquetas de clasificación que genera preferencias selectivas que desproporcionadamente afecta a unas personas en detrimento de otras”.³²

La cuestión que suscita esta afirmación podría, pues, quedar configurada de modo que plantee si la normativa antidiscriminatoria apenas referida es aplicable también a estos casos, puesto que pone a prueba no sólo su solidez

³⁰ La Comunicación se identifica como COM(2022) 28 final, y está disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>, último acceso: 27 de mayo de 2022.

³¹ Como ejemplo citamos aquí el trabajo que a nivel comunitario han desarrollado los profesores Raphaële Xenidis y Linda Senden (2020): “EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination”, en Bernitz, Ulf *et al.* (eds.), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International. A nivel interno español referimos el estudio colectivo dirigido por la profesora Romero, Ana María, *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, *cit.*, muy especialmente el contenido en las páginas 27 a 46, que pertenece a la contribución del profesor Fernández García bajo el título “Intermediación laboral digital y discriminación”.

³² La traducción es nuestra y ha sido realizada con base en la expresión contenida en la página 4 del estudio elaborado por Anna Lauren Hoffmann (2018): “Data Violence and How Bad Engineering Choices can Damage Society. Medium”, disponible en: <https://medium.com/s/story/data-violence-and-how-bad-engineering-choices-can-damage-society-39e44150e1d4>, último acceso: 23 de abril de 2022.

sino también su capacidad para atajar problemas para los que inicialmente no ha sido formulada.

En este sentido, y en la medida en que la normativa comunitaria es tributaria de otras disposiciones internacionales referidas —como acontece con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer—, podríamos responder afirmativamente a esta cuestión por las razones que en seguida se explican y que se derivan de la lectura conjunta de la Directiva 2006/54 —concretamente de su artículo 2 apartado 1 letra b)—, de la Directiva 2000/78 —artículo 2.2.b)— y de la jurisprudencia comunitaria que las interpreta.³³ Ambos preceptos aluden a la idea de discriminación indirecta definiéndola como la situación de desventaja en que personas de un sexo determinado son situadas a partir de disposiciones, criterios o prácticas en apariencia neutras, legítimas y proporcionadas. Justo la utilización de algoritmos para realizar los procesos de selección bien podría entenderse —y presentarse a la sociedad civil— como mecanismo objetivo de selección, en la medida en que no interviene un ser humano con discernimiento aparentemente contaminado por estereotipos sexistas, sino un conjunto de datos introducido tanto por el demandante como por el oferente de empleo.

Queda fortalecida la amplitud aplicativa de estas Directivas incluso para los supuestos en que la discriminación se produce por asociación al colectivo protegido. En este sentido, la jurisprudencia asentada por el TJUE en el asunto Coleman³⁴ y CHEZ³⁵ reforzaría el nivel de protección que otorga la legislación de la UE. De hecho, este concepto podría cubrir casos de clasificación errónea algorítmica porque el nivel de granularidad de un algoritmo se extiende a nivel individual y algunos individuos que no son miembros de grupos protegidos podrían estar asociados con estos grupos y clasificados erróneamente. Siguiendo la jurisprudencia del TJUE, se les otorgaría el mismo nivel de protección legal que a los miembros de los propios grupos protegidos. Este escenario sería similar al de CHEZ en el ámbito de los bienes y servi-

³³ Entre otras, sirvan como botón de muestra, las siguientes: C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm, EU:C:2005:709; C-555/07 Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG, EU:C:2010:21; C-441/14 Dansk Industri (DI) contre Succession Karsten Eigil Rasmussen, EU:C:2016:278, y C-414/16 Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., EU:C:2018:257.

³⁴ C-303/06 S. Coleman v Attridge Law y Steve Law, EU:C:2008:415.

³⁵ C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contre Komisia za zashtita ot diskriminatsia, EU:C:2015:480.

cios, donde el residente de una zona mayoritariamente poblada por personas gitanas es excluido del acceso a determinados servicios eléctricos con base en los estereotipos racistas que la empresa mantiene contra la población gitana de esta zona. La empresa, explicando que temía el robo de electricidad en la zona, instaló medidores de electricidad tan altos que los clientes no podían alcanzarlos para controlar su consumo de electricidad. La parte demandante en CHEZ no era de origen gitano, pero el TJUE sostuvo que era víctima de los estereotipos y adscripciones racistas contra su barrio. De manera más general, el análisis realizado por el TJUE en CHEZ también podría ser una fuente de inspiración para abordar la discriminación algorítmica basada en “proxy”,³⁶ es decir, utilizando características que no se refieren directamente a criterios como la raza, el sexo, el origen o la discapacidad, pero que reemplazan funcionalmente. Esta conclusión casa de manera perfecta con la alcanzada en el asunto *Coleman*, en el que la madre de un niño discapacitado afirmó haber sido acosada y discriminada indirectamente porque su empleador le denegó la ordenación flexible de su tiempo de trabajo, de modo que le permitiera cuidar a su hijo. En *Coleman*, el TJUE reconoció que “la prohibición de la discriminación directa... no se limita sólo a las personas que son ellas mismas discapacitadas”, sino que se extiende a las personas que están asociadas con personas discapacitadas, como acontece con los cuidadores. Por lo tanto, con respecto a tales casos de discriminación algorítmica relacionados con el empleo, el actual régimen legal de la UE parece proporcionar algunos criterios útiles.

La discriminación algorítmica en la publicidad relacionada con las ofertas de trabajo podría compararse con las situaciones que el TJUE trató en los casos ACCEPT³⁷ y Feryn.³⁸ En estos supuestos, el Tribunal consideró que las declaraciones discriminatorias realizadas en público por los empleadores, respectivamente por motivos de orientación sexual y origen étnico, entran dentro del alcance de prohibición de discriminación directa incluso en ausencia de víctimas identificadas. En ACCEPT, un importante accionista de

³⁶ Para conocer los sistemas de *machine learning* en los procesos de selección laboral recomendamos, entre otros, la lectura del estudio elaborado por Natalia Ramírez y Andrés Páez, titulado “Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral”, disponible en: <https://arxiv.org/pdf/2008.00371.pdf>, último acceso: 23 de abril de 2022.

³⁷ C-81/12 Asociația Accept v Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, EU:C:2013:275.

³⁸ C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV, EU:C:2008:397.

un importante equipo de fútbol en Rumania había declarado en público que no querría a ningún jugador de fútbol gay en su equipo. El TJUE decidió que estas declaraciones podían constituir discriminación porque “puede inferirse [de ellas] que [el club] tiene una política de contratación discriminatoria”. Mientras que en Feryn, el director de una importante empresa de venta e instalación de puertas había declarado públicamente que no emplearía a inmigrantes porque los clientes de la empresa se mostrarían reacios a darles acceso a sus casas para fines de instalación. El Tribunal consideró que la declaración pública en cuestión podría equivaler a discriminación porque generaba un efecto disuasorio de postulación a los posibles solicitantes de empleo de origen étnico minoritario. La normativa comunitaria referida, pues, resulta de aplicación incluso en estos casos en que la oferta todavía no existe, así como tampoco un proceso selectivo y aún menos víctimas discriminadas. Lo cual nos permitiría concluir que también es aplicable por analogía a los supuestos de intermediación y acceso al empleo cuando el procedimiento y los gestores son algoritmos o *softwares*. Este potencial que subrayamos, sin embargo, debería estar respaldado por disposiciones de *hard-law* que permitan adaptar la normativa existente a las formas digitales de discriminación.

El recurso en España a la intermediación laboral digital por parte de la oferta de trabajo alcanza cifras próximas al 80%, de acuerdo con el informe publicado por ADECCO para 2020.³⁹ Lo cual permite justificar que también en este caso sea relevante presentar las acciones, medidas y disposiciones adoptadas en este nivel que permitan ordenar y configurar la intermediación laboral digitalizada, así como evitar las discriminaciones que pudieran generarse en este contexto, las cuales se estima circundan el 13%.⁴⁰

En este sentido, nuestro país cuenta con un robusto marco normativo sobre intermediación y acceso al empleo que debe ser revisado e interpretado siempre a la luz de los artículos 9.2 y 14 CE que garantizan la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como atendiendo a la jurisprudencia comunitaria en el sentido previamente planteado. Y ello puede constatarse en el artículo 5 de la LO 3/2007⁴¹ que reconoce la necesidad de garantizar el

³⁹ Disponible en: <https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/Informe-infoempleo-adecco-2019.pdf>, último acceso: 23 de abril de 2022.

⁴⁰ Este dato está contenido en el informe “Los perfiles de la discriminación en España”, elaborado por el CIS entre 2013 y 2016, disponible en: https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-archivos/marginales/3000_3019/3000/es3000mar.pdf, último acceso: 23 de abril de 2022.

⁴¹ Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo. El artículo 7.1.d) de la Ley de Empleo⁴² establece como fin del sistema nacional de empleo asegurar que los servicios públicos de empleo aplican políticas de intermediación laboral y políticas activas de empleo conforme a los principios de igualdad y no discriminación. Por su parte, el artículo 5.d) del RD 1796/2010⁴³ dispone la obligación de las agencias de colocación de garantizar en su ámbito de actuación los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. El artículo 4.2.c) ET⁴⁴ prevé que los trabajadores tienen como derecho básico no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, presentándose como correlato la relativamente reciente⁴⁵ redacción del artículo 64.4.d) ET. Conforme a ella, nace una nueva obligación puesta a cargo del empleador que utilice algoritmos en la selección de su personal, puesto que habrá que dar cuenta de ellos —su funcionamiento y contenido— a los representantes legales de los trabajadores. Y, finalmente, el artículo 16.1.c) de la LISOS⁴⁶ que tipifica como infracciones muy graves solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo dentro del Estado.

Cierto es que, de modo paralelo a lo acontecido para los niveles supranacionales, nuestro país tampoco cuenta con una normativa específica sobre intermediación laboral digital que prevenga de tales conductas. Sin embargo, desde la esfera reparadora, coincidimos plenamente con el sector de la doctrina científica que estima⁴⁷ que, por analogía, serían aplicables a los supuestos de ofertas digitales discriminantes por utilizar algoritmos parciales o sesgados las resoluciones judiciales ya existentes respecto de ofertas de empleo en cuya publicidad se introducen expresiones discriminatorias. Y es que en ambos

⁴² Real Decreto Legislativo 3/2015, del 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

⁴³ Reglamento que regula las agencias de colocación en España.

⁴⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, del 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁵ Esta nueva redacción ha sido introducida por el artículo único de la Ley 12/2021, del 28 de septiembre (BOE núm. 233, del día siguiente).

⁴⁶ Real Decreto Legislativo 5/2000, del 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.

⁴⁷ En concreto nos referimos a la conclusión alcanzada por el profesor Fernández García en su “Intermediación laboral digital...”, *cit.*, p. 47.

casos se coincide en la garantía del mismo bien jurídico reconocido constitucionalmente; *id est*, el derecho al trato en igualdad en el acceso al empleo.

B. *Durante la vigencia del contrato*

Una vez en vigor la relación contractual, también pueden apreciarse modulaciones introducidas por la incorporación de las nuevas tecnologías en la prestación de servicios. Y, en este sentido, las acciones desarrolladas en los tres niveles de estudio se concentran en los aspectos que en seguida se refieren.

a. *La conciliación de la vida familiar y profesional en la modalidad del teletrabajo*

El derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar ha sido regulado desde instancias supranacionales bajo el prisma de la corresponsabilidad; es decir, un reparto equilibrado y proporcionado de las tareas de cuidado de los miembros de la familia por quienes componen la pareja. Al menos esta es nuestra interpretación tras la revisión de instrumentos como el Convenio 156 de la OIT y la Recomendación 165 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares aprobado en 1981;⁴⁸ la Declaración de la OIT para el Futuro del Trabajo —aprobada en junio 2019— que invita a los Estados miembros a establecer como objetivo de sus agendas políticas el logro de “la igualdad de género en el trabajo a través de una agenda transformadora... que para garantizar la igualdad de oportunidades, la igualdad de participación y la igualdad de trato, permita un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares” y la Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

Y en esta misma línea deberían inscribirse las consecuencias derivadas de la implementación de las nuevas tecnologías en el puesto de trabajo, según apuntan las escasas —pero claras— disposiciones normativas que a nivel supranacional y nacional existen respecto de la ordenación de la automatización y digitalización de la prestación de servicios.

⁴⁸ Ratificado por España el 12 de noviembre de 1985, *BOE* núm. 271.

Tal acontece con el Convenio 177 de la OIT y la Recomendación 184 sobre el trabajo a domicilio. Cierto es que nuestro país todavía no ha ratificado el Convenio y, por ende, tampoco la Recomendación; habría de suponer que no hay ningún tipo de orientación para el legislador nacional, empero resulta necesario destacar cómo, desde estos primeros momentos en que se vislumbra la importancia del trabajo a distancia en los futuros mercados de trabajo y paradigmas económicos, se insiste en los que *a posteriori* se considerarán pilares básicos para soportar esta estructura contractual, *id est*: el carácter voluntario y reversible de la modalidad de prestación de servicios —lo cual excluye directamente los supuestos en que la modalidad es impuesta, independientemente de la causa de su obligatoriedad—, el fundamental papel que haya de jugar la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo, la obligación de transparencia al respecto de quién proporciona los materiales u otros elementos para prestar el servicio y, a los efectos que aquí interesa, la extensión de la protección de la salud de quien lo ejerza, así como la equiparación en derechos respecto del trabajador ordinario —ex artículo 1 (iii) del Convenio 177—. Por tanto, ya desde este nivel se indica con total claridad que el trabajo a distancia —y, en lógica correlación, esta otra modalidad del teletrabajo— no debe entrañar ningún trato especial en términos perjudiciales para quien lo desarrolle, sino todo lo contrario. Lo cual conlleva que concluyamos que la prestación de servicios parcial o totalmente automatizada o digitalizada por parte del trabajador no debe suponer alteraciones respecto de los derechos que tiene reconocidos, entre los que se incluye la conciliación.

Para el caso del ámbito comunitario, el trabajo a distancia o el teletrabajo no cuentan con disposiciones normativas de eficacia general que ordenen su régimen jurídico, motivo por el cual en enero de 2021 ha sido aprobada una iniciativa del Parlamento Europeo que pide a la Comisión que proponga una ley destinada a reconocer el derecho a la desconexión, establecer los requisitos mínimos para el trabajo a distancia y aclarar las condiciones de trabajo, los horarios y los periodos de descanso. Cierto es que el teletrabajo, sí que ha sido modulado por el Acuerdo Marco de la UE sobre Teletrabajo. Sin embargo, no debemos olvidar que se trata de un acuerdo autónomo entre los interlocutores sociales europeos (CES, UNICE, UEAPME y CEEP); *id est*, una disposición de eficacia limitada que sólo compromete a las organizaciones nacionales afiliadas a implantar el acuerdo conforme con los procedimientos y prácticas específicos de cada Estado miembro. Este Acuerdo es heredero del Convenio 177 de la OIT, de modo que han de entenderse aplicables las re-

ferencias hechas al respeto de los derechos de los trabajadores que opten por esta modalidad, incluido su derecho a la conciliación familiar y profesional.

En nuestro país, el trabajo a distancia y la modalidad del teletrabajo son objeto de regulación por la Ley 10/2021, resultante de la convalidación del Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre. Estos modos de prestación de servicios también se perciben como potenciales ventajas para alcanzar dos objetivos esenciales en una sociedad que se quiera inclusiva. De una parte, la conciliación familiar y profesional, en la medida en que los trabajadores disponen de mayor libertad para organizar sus tareas.⁴⁹ Una meta es la que contribuye sin duda la versión modificada⁵⁰ del artículo 34.8 ET conforme a la cual las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Ciertamente es que no se puede configurar éste como un derecho absoluto, pero sí permite al menos que las empresas deban justificar suficientemente la negativa a tal solicitud.⁵¹ Y, de otro lado, el avance en la eliminación de roles y estereotipos que supongan una sobrecarga para la mujer en el cuidado y sostenimiento de la familia —cuando exista la pareja y ésta sea heterosexual—. En este sentido, el artículo 8 *in fine* de la Ley 10/2021 dispone que en el diseño de los convenios o acuerdos colectivos que establezcan los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla el trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia y viceversa, se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser

⁴⁹ Esta reflexión la expresa con mayor profundidad y justificación la profesora Sierra Benítez en *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, CES Andalucía, 2011, p. 45.

⁵⁰ La modificación se introduce por el RD Ley 6/2019, del 1o. de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, *BOE* núm. 57, del 7 de marzo.

⁵¹ Los pronunciamientos en este sentido no se han hecho esperar, tal y como acontece con la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2, de Avilés, Asturias, del 26 de noviembre de 2021, número de recurso 806/2021, ECLI:ES:JSO:2021:7914. En ella el juez *a quo* ha reconocido el derecho de la trabajadora a mantener la modalidad telemática de prestación de servicios iniciada con la situación de pandemia después de su finalización puesto que la empresa no ha demostrado suficientemente que esta modalidad le suponga un trastorno económico u organizativo, mientras que para la trabajadora suponía tener que renunciar a su derecho a la conciliación laboral y familiar por ser madre recientemente.

objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa.

El papel, por tanto, que se reconoce a la negociación colectiva es fundamental en esta pretensión de la co-responsabilidad familiar y profesional en los trabajos a distancia, así como para prevenir la discriminación por razón de sexo en la articulación del trabajo a distancia, puesto que los planes de igualdad se presentan como el cauce adecuado para articular tales medidas preventivas —artículo 4.3 Ley 10/2020—. Y, en este sentido de la utilidad de los planes de igualdad, estimamos acertadas las modificaciones que el mismo RD Ley 6/2019 introduce en la LO 3/2007, concretamente en sus artículos 45 y 46, relativas tanto a la ampliación de la obligación de contar con un plan de igualdad por parte de las empresas de 50 o más trabajadores, como que en el contenido de este documento se haga necesaria referencia a medidas evaluables relativas al proceso de selección y contratación, la clasificación profesional, la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; la infrarrepresentación femenina, las retribuciones y los procedimientos para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo

b. *La formación profesional continuada*

La referencia en este apartado a la formación profesional debe entenderse hecha a la que acontece una vez que la relación contractual está formalizada; es decir, al perfeccionamiento que adquiere el trabajador mientras desarrolla la prestación de servicios para la que ha sido contratado.

En este sentido resultan de aplicación las disposiciones normativas e iniciativas que han sido referidas en el apartado primero de este estudio destinado a la formación en los estadios previos a la vigencia de la relación laboral, conforme a los cuales se reconoce esta formación como derecho que debe garantizarse a los trabajadores en términos de igualdad, de modo que la preferencia en el acceso a tales cursos por un colectivo sin justificación legal alguna será considerado medida discriminatoria directa o indirecta en función de si el resultado es pretendido o no por la disposición que ordene la diferencia en el trato.

Y, en este sentido de las acciones positivas, si alguna especificación hemos de hacer es la que se refiere al Plan Nacional de Competencias Digitales,

puesto que su línea cuatro indica expresamente que el género es una cuestión transversal en las políticas que se destinen a la formación profesional continuada. De ahí que en la Ley Orgánica 3/2022 de Ordenación e Integración de la Formación Profesional la participación de la mujer en las ofertas de formación sea presentada como acción positiva cuando se constaten situaciones de sobrerrepresentación masculina —artículo 25.2—.

De igual forma ha de destacarse que este derecho a la formación continuada en igualdad de condiciones ha de ser extensible a los trabajadores a distancia y teletrabajadores sin excepción, existiendo para las empresas un deber específico de información y actuación para estos supuestos, al menos en lo que corresponde al ámbito nacional español —ex artículo 9 Ley 10/2020—. Ello, si colocado en relación con las previsiones del artículo 4.3 de la misma norma, nos lleva a concluir que podría existir una garantía reforzada o preferencia para las mujeres que soliciten participar en actividades de formación continuada, tanto si prestan servicios a distancia como si lo hacen de forma tradicional, puesto que este último precepto ordena una actuación preventiva cuando el sexo sea la razón del trato peyorativo.

c. Acoso y violencia cibernéticas

Otro de los aspectos de la relación laboral que demanda atención por parte de los poderes públicos y los agentes sociales es la calidad ambiental de las propias relaciones. Así, la digitalización no sólo de la prestación de servicios sino también de la interacción humana, sea entre trabajador y superior jerárquico o entre compañeros de trabajo, está poniendo de manifiesto la aparición de graves riesgos para la salud mental y física.

Tal acontece con las acciones denominadas *ciberacoso* y *ciber*violencia cuya definición⁵² responde a la persecución u hostigamiento proferidos por medio telemáticos —Internet, telefonía móvil, videojuegos online—.

Estos neologismos han sido subsumidos entre los riesgos psicosociales que el empleador, en su deuda de seguridad y salud para con el trabajador debe conjurar, tal y como se pone de manifiesto en el Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso,⁵³ aprobado en 2019 y su correlativa Recomen-

⁵² El término ciberacoso fue utilizado por primera vez por el educador canadiense Bill Belsey y paulatinamente ha sido incorporado a otros campos sociales, como acontece con el laboral.

⁵³ Está prevista su ratificación por España desde la aprobación en el Consejo de Ministros el 14 de mayo de 2021.

dación 206. Se indica expresamente en la letra d) del artículo 3 del referido Convenio que éste es de aplicación a los supuestos de violencia y acoso en el mundo del trabajo que ocurran durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo por medio de tecnologías de la información y de la comunicación. De esta forma y en correlación con aquella garantía de seguridad y salud, la OIT indica a los Estados miembros que adopten medidas que prevengan y eliminen la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; medidas que han de consistir en la prohibición legal de estos comportamientos y la tipificación de sanciones, en adoptar políticas que prevengan estas situaciones desde la sensibilización de la sociedad, facilitar a las víctimas el acceso a mecanismos y procedimientos de reparación del daño y medidas de apoyo, así como garantizar que existan medios de inspección e investigación a través de la inspección de trabajo —artículo 4—.

A nivel comunitario y a pesar de que la Declaración relativa al artículo 8 del TFUE prevé como objetivo transversal de todas las políticas europeas el combatir la violencia contra la mujer en todas sus formas, no disponemos de disposición legal alguna que tipifique, indique o armonice las actuaciones que los Estados siguen en estas situaciones, motivo por el cual en diciembre de 2021 el Parlamento solicitó del Consejo y la Comisión europeas una disposición normativa que aborde esta problemática.⁵⁴

En lo que respecta a nuestro país, los más recientes estudios realizados por la doctrina científica⁵⁵ ponen de manifiesto —muy acertadamente a nuestro criterio— que con el marco actual normativo el acoso y la violencia cibernéticas se integran perfectamente no sólo en el concepto de riesgo derivado del trabajo que se maneja en el artículo 2.1 de la LPRL,⁵⁶ sino también en el de accidente de trabajo contenido en el artículo 156 de la LGSS⁵⁷ y en la tipología de infracción muy grave definida en el artículo 8 en sus apartados 13 y 13 bis de la LISOS. En esta misma línea se inserta el Protocolo de actuación entre el

⁵⁴ La noticia ha sido consultada en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211210IPR19215/gender-based-cyberviolence-parliament-calls-for-eu-law-to-tackle-the-problem>, último acceso: 23 de abril de 2022.

⁵⁵ Nos referimos al estudio elaborado por el profesor De Vicente Pachés, titulado “El ciberacoso a la mujer: una nueva realidad silenciada de violencia de género en el trabajo”, en Romero Burillo, Ana María (dir.), *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, cit., pp. 153-181.

⁵⁶ Se trata de la Ley 31/1995, del 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, publicada en el *BOE* núm. 269, del 10 de noviembre.

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, del 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, publicada en el *BOE* núm. 261, del 31 de octubre.

Ministerio de Trabajo y la Agencia Española de Protección de Datos⁵⁸ conforme al cual se pretenden adoptar medidas tanto para suprimir conductas ilícitas —como el acoso y la violencia cibernéticas— sean objeto de reclamación ante la mencionada Agencia, como para sensibilizar y prevenir actos de violencia contra los trabajadores y, muy especialmente, en casos de violencia contra la mujer siempre que guarden relación con el mundo del trabajo.

*C. La finalización de la relación productiva:
el despido como mecanismo de protección*

En relación con el acoso y la violencia cibernéticos apenas comentados y atendiendo a las indicaciones realizadas a los países suscritos desde el Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso, en este apartado se plantea la incorporación de éstas como causas suficientes en el mundo del trabajo para dar lugar a la procedencia del despido disciplinario —ex artículo 54.g) ET—.

Ello acontecería cuando la conducta tenga lugar entre compañeros, entre trabajadores y superiores jerárquicos —independientemente de la dirección de tales conductas—, entre trabajador y empresario o, entre aquél y un miembro de la familia del empleador por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza —artículo 54.2.c) ET—. Amparada por analogía en estas causas podría estimarse también el supuesto en que el ciberacoso o la ciberviolencia se produzca por el trabajador hacia un cliente, puesto que esta conducta desvirtuaría la buena imagen de la empresa, argumento que se ha utilizado por la doctrina judicial y la jurisprudencia. Así, como ejemplo de supuestos en que el mal trato al cliente cuando reviste gravedad es considerado causa suficiente para estimar procedente el despido son las sentencias que en seguida se comentan, las cuales, si bien no se refieren a supuestos de acoso y violencia cibernética, al menos pueden servirnos como puntales para sostener el argumento previamente expuesto. Así acontece en la Sentencia del TSJ de Galicia, del 11 de marzo de 2003, recurso 332-2003, en la que el trabajador es despedido por atender insultando y de malos modos al cliente que tuvo que despertarlo dado que se encontraba dormido y desatendiendo su puesto de trabajo y la Sentencia 211/2004, del 10 de marzo, del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas, en la que el trabajador es despedido por transgresión de la buena fe contractual cuando, durante su turno nocturno se presenta a las 20 horas

⁵⁸ Cuyo texto está disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/protocolo-aepd-mitramiss.pdf>, último acceso: 23 de abril de 2022.

en uno de los apartamentos del hotel en que desempeñaba funciones de mecánico, accediendo a través de la puerta de la terraza y preguntándole a su ocupante que cuánto le cobraría por acostarse con él.

III. PROPUESTAS CONCLUSIVAS

La revisión de informes y estudios elaborados por instituciones públicas y privadas a nivel internacional, comunitario y nacional español permiten que destaquemos, en este apartado final, la importancia de disponer de datos fiables que faciliten la presentación, en términos cuantitativos, del tema que nos ocupa. En este sentido, se ha constatado que la procedencia de tales datos —diferenciable en lo que respecta al nivel geopolítico de referencia y al carácter público o privado de la institución u organismo que dirige y gestiona su recopilación— a pesar de ser dispar converge en aspectos que bien podrían identificarse como esenciales por ser lugares comunes a todas esas fuentes de compendio de información. Tal acontece con el efecto sustitución que las nuevas tecnologías generan; sustitución que afecta tanto al objeto del servicio, al modo en que se presta como a las capacidades y habilidades profesionales de quien lo presta. Este punto de comunión se rompe, sin embargo, cuando los informes abordan la velocidad a la que se produzca el relevo y si la sociedad está preparada para afrontar no sólo el cambio sino también la prontitud exigida por la demanda productiva. Es justamente esta la clave que justifica la preocupación internacional, comunitaria y nacional por preparar a la ciudadanía para un futuro ya presente. Especialmente cuando el sector poblacional, como sucede con el femenino, suele concentrarse en puestos de trabajo muy próximos al abismo de la destrucción apenas referido y tiene constatadas dificultades para adaptarse a los nuevos trabajos que no sólo reportan beneficios más elevados que los tradicionalmente ocupados por ellas sino, además, se prestan en condiciones de mayor penosidad o dureza por la dificultad de ser robotizados o digitalizados.

De todo ello podríamos concluir que la formación en competencias digitales debería ser una competencia transversal y obligatoria desde los niveles educativos primarios hasta los postgrados universitarios. Comprender y aprender el lenguaje de programación es esencial para garantizar la subsistencia económica, pero también para la integración social. El analfabetismo digital, la violencia de datos, la pobreza a la que pueden quedar relegados ciertos

sectores poblacionales —como acontece con el femenino— sólo se previene y se reduce con la educación en estas habilidades.

Siguiendo este hilo argumental, no debe extrañar que nuestra segunda aproximación al tema de estudio —afrentada cualitativamente desde la perspectiva jurídico-normativa— haya comenzado por indagar acerca de las concretas actuaciones adoptadas por el nivel comunitario y nacional español en este sentido antes indicado. Nuestra conclusión al respecto, si se nos permitiera realizar una valoración cuantitativa también aquí, habría de ser positiva. Ciertamente es que no puede ser complaciente, pero hemos de reconocer que existe preocupación por el asunto y que se han abierto caminos concretos en consonancia con las competencias jurídicas reconocidas al respecto. Dignos de ser resaltados en este apartado conclusivo son desde la Estrategia Europea para la Igualdad de Género, el Plan de Acción de Educación Digital hasta la Decisión parlamentaria que solicita vincular instrumentos financieros a la configuración de medidas concretas que favorezcan la participación de la mujer en la sociedad de la información y la economía digital. Esta misma técnica —que podríamos llamar “de la zanahoria”— también se ha utilizado para las políticas activas de empleo y lo que antes era un erial de intervenciones nacionales ahora es un jardín repleto de hermosas y efectivas buenas prácticas en lo que se refiere a la activación de desempleados. Se trata, de nuevo, de técnicas de *soft law* que por estar apoyadas por instrumentos financieros potentes y continuados generan no sólo dinámicas de coordinación a nivel supranacional, sino incluso profundas reformas a nivel doméstico. España, en su caso, ya cuenta con la Agenda Digital 2025 cuyo tercer eje estratégico busca reforzar las competencias digitales femeninas —junto a las de la otra mitad de la población— a través del Plan Nacional de Competencias Digitales y la Ley Orgánica 3/2022 de Ordenación e Integración de la Formación Profesional. Lo reciente en el tiempo de estas actuaciones no nos permite acudir a informes sociológicos o estudios doctrinales que pongan de manifiesto las ventajas de tales actuaciones, sin embargo un paso importante es ya el haber sido dado.

Hasta estas líneas que escribimos nuestras reflexiones se han limitado a su estadio previo, sin embargo la incursión de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo y sus repercusiones para el colectivo femenino han sido también abordadas en la relación contractual. Y de los apartados que se destinan a este menester hemos de distinguir la intermediación de la propia vigencia del vínculo relacional y de las causas extintivas.

La primera de esas etapas aludidas también cuenta con acciones concretas a nivel comunitario, las cuales, si bien es cierto que insertas en la esfera de *hard*

lam, no aluden de forma específica a las nuevas tecnologías como elementos distorsionadores de los derechos de las candidatas a un puesto de trabajo. Esta falta de lo que podría denominarse tipificación especial no obsta, a juicio de la más reputada doctrina, que tales conductas repugnen al actual orden jurídico. Y a reafirmar tal intuición ha contribuido sobremanera la jurisprudencia comunitaria según se ha manifestado en el apartado correspondiente. Nuestra propuesta aquí, entendemos, habría de pasar por solicitar del legislador comunitario y nacional esta tipificación. No con la finalidad de utilizarla como agravante, pero sí para visualizar conductas que, de otra forma, podrían pasar inadvertidas por la novedad del asunto, por la diferenciación que consciente o inconscientemente hicieran los actores sociales o por la intangibilidad sea de los bienes jurídicos a proteger, sea de los medios con que se perpetran las infracciones—incluso delitos—. En esta misma línea, a nuestro juicio, se inscribe la referida Comunicación de la Comisión de enero de 2022 cuya finalidad no es tanto elaborar todo un cuerpo legislativo nuevo, sino matizar aquellos aspectos relacionados con las relaciones socio-productivas digitalizadas.

Más contundentes y numerosas son las actuaciones adoptadas por los niveles geopolíticos observados cuando el ámbito en que nos centramos comprende la vigencia del contrato de trabajo. En esta área hemos abordado exclusivamente aquellos aspectos de la relación contractual en que la introducción de las nuevas tecnologías podría resultar en un tratamiento peyorativo para la mujer si no se contrarrestan adecuadamente sus efectos. Así acontecería con la conciliación de la vida laboral y familiar en la modalidad del teletrabajo, con la formación profesional continuada y con el acoso y la violencia cibernéticas.

Respecto del primero, resulta trascendente a nuestro criterio subrayar la idea de la corresponsabilidad en la conciliación. El teletrabajo no puede presentarse por los poderes públicos a la ciudadanía como un mecanismo idóneo para que la mujer concilie su vida familiar y profesional. De hacerse así flaco favor estaríamos haciendo al colectivo que busca integrarse en términos de igualdad en el ámbito productivo. Por tanto, nuestra propuesta conclusiva en esta sección pasa necesariamente por rescatar esta idea y animar a tenerla presente tanto por parte del legislador como de los agentes sociales, por reconocérsele a la negociación colectiva un papel esencial en su materialización—la de la conciliación corresponsable— a través de los planes de igualdad.

La formación profesional continuada y a tenor de la lectura conjunta de las disposiciones normativas de aplicación bien podríamos retomar aquella conclusión que avanzábamos en el apartado correspondiente y que aludía a

hacer del femenino un colectivo prioritario para la recepción de actividades de formación en competencias digitales en la empresa. De esta forma estaría garantizándose la presencia de la mujer en este ámbito y reduciéndose el riesgo de desactualización, desempleo y pobreza.

Finalmente, el abordaje del acoso y la violencia cibernéticos permite que concluyamos de forma muy positiva, puesto que el Convenio 190 de la OIT, al que España se adhiere en los meses posteriores a la elaboración de este ensayo, permite una aplicación directa a nuestro ordenamiento jurídico cuyos principios constitucionales, de legalidad orgánica y ordinaria ya amparan la protección femenina frente a estas conductas antijurídicas. Precisamente el despido puede visualizarse como uno de los mecanismos de protección más potentes en el ámbito laboral frente a tales comportamientos. Así, y para cerrar de forma definitiva este apartado de conclusiones, querríamos reiterar que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con suficientes y eficientes herramientas normativas y jurisprudenciales para modular y contrarrestar —llegado el caso— los posibles efectos perniciosos que las nuevas tecnologías pudieran generar en esta etapa final de la relación contractual, también y especialmente cuando la víctima de tales conductas sea la mujer.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Consejo Económico Social, *La digitalización de la economía. Actualización del Informe 3/2017*, Consejo Económico y Social de España, Colección Informes núm. 01/2021.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, “Intermediación laboral digital y discriminación”, en ROMERO BURILLO, Ana María (dir.), *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

HOFFMANN, Anna Lauren, “Data Violence and How Bad Engineering Choices can Damage Society. Medium”, 2018, disponible en: <https://medium.com/s/story/data-violence-and-how-bad-engineering-choices-can-damage-society-39e44150e1d4>.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre la Ley Orgánica 3/2022, del 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una reforma ambiciosa”, 2022, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-ley-organica-3-2022-de-31-de-marzo-de-ordenacion-e-integracion-de-la-formacion-profesional-valoracion-general-de-una-ambiciosa-reforma/>.

- MORENO GENÉ, Josep, “El impacto de las nuevas tecnologías en la cantidad y calidad de trabajo desde una perspectiva de género”, en ROMERO BURILLO, Ana María (dir.), *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- RAMÍREZ BUSTAMANTE, Natalia y PÁEZ, Andrés, “Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral”, 2018, disponible en: <https://arxiv.org/pdf/2008.00371.pdf>.
- ROMERO BURILLO, Ana María, *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, CES Andalucía, 2011.
- VICENTE PACHÉS, Fernando de, “El ciberacoso a la mujer: una nueva realidad silenciada de violencia de género en el trabajo”, en ROMERO BURILLO, Ana María (dir.), *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- XENIDIS, Raphaële y SENDEN, Linda, “EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination”, en BERNITZ, Ulf *et al.* (eds.), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International, 2020.

V. REFERENCIAS INFORMÁTICAS

- Comisión Europea, “2022 Report on gender equality in the EU”, disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/2022_report_on_gender_equality_in_the_eu_en.pdf.
- Foro Económico Mundial, *Global Gender Gap Report 2021. Insight Report*, 2021, disponible en: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf.
- ILOstat database, 2021, disponible en: <https://ilostat.ilo.org/data/>.
- Instituto de las Mujeres, “Las mujeres en la economía digital española: trayectorias inspiradoras”, Ministerio de Igualdad, 2020, disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/disenov/novedades/LAS_MUJERES_EN_LA_ECONOMIA_DIGITAL_ESPANOLA.pdf.
- Instituto de las Mujeres, “Mujeres y digitalización: de las brechas digitales a los algoritmos”, Ministerio de Igualdad, 2020, disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/disenov/novedades/M_MUJERES_Y_DIGITALIZACION_DE_LAS_BRECHAS_A_LOS_ALGORITMOS_04.pdf.

- Instituto Europeo para la Igualdad de Género, “Women and men in ICT: a chance for better work-life balance”, 2018, Research Note, disponible en: <https://eige.europa.eu/publications/women-and-men-ict-chance-better-work-life-balance-research-note>.
- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, “España Digital 2025”, 2020, disponible en: https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/estrategias/Paginas/00_Espana_Digital_2025.aspx.
- Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, “Indicadores de Género de la Sociedad Digital”, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2021, disponible en: <https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-04/indicadoresgeneromarzo2021.pdf>.
- OCDE y OIT, “Women at Work in G20 countries: Policy action since 2020”, 2021, disponible en: <https://www.oecd.org/gender/OECD-ILO-2021-Women-at-Work-Policy-Action-Since-2020-G20-Italy.pdf>.
- OCDE, “How technology and globalization are transforming the labour market”, OECD Employment Outlook, 2017, disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017/how-technology-and-globalisation-are-transforming-the-labour-market_empl_outlook-2017-7-en#page1.
- OCDE, “The impact of AI on the labour market: is this time different?” OECD. AI Policy Observatory, 2021, disponible en: <https://oecd.ai/en/work/impact-ai-on-the-labour-market-is-this-time-different>.
- OCDE, “Women in Work. The opportunities and challenges of the tech revolution”, 2020, disponible en: <https://www.pwc.co.uk/economic-services/WIWI/women-in-work-2020-full.pdf>.
- OIT, “The impact of technology on the quality and quantity of jobs”, Global Commission on the Future of Work, Issue Brief, 2018, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618168.pdf.
- OIT, “Women and technology – The Attitude Gap”, 2013, disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_195857/lang-en/index.htm.
- OIT y ONU Mujeres, “Empowering Women at Work. Government Laws and Policies for Gender Equality”, 2021, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_773233.pdf.

- “Plan Nacional de Competencias Digitales”, 2021, disponible en: https://portal.mineco.gob.es/Recursos/Articulo/mineco/ministerio/ficheros/210127_plan_nacional_de_competencias_digitales.pdf.
- Pricewaterhousecoopers, “Women in Work 2020. The opportunities and challenges of the tech revolution”, 2020, disponible en: <https://www.pwc.es/es/publicaciones/diversidad/women-in-work-index-2020.pdf>.
- Sector-Wide Risk Assessment, Information, Communications and Technology (ICT), Salient Issue Briefing: Discrimination, Investor Alliance for Human Rights, 2021, disponible en: https://investorsforhumanrights.org/sites/default/files/attachments/2019-07/Module-Sector_Wide_Risk_Assessment_ICT-FOE.pdf.
- Servicio de Investigación del Parlamento Europeo, “The impact of new technologies on the labour market and the social economy”, Scientific Foresight Unit: Science and Technology Options Assessment (STOA), 2018, disponible en: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/digitranscope/document/impact-new-technologies-labour-market-and-social-economy>.
- Servicio Público de Empleo Estatal, “Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres”, Observatorio de las Ocupaciones, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, disponible en: https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_mercado_trabajo/2021/Informe-Mercado-Trabajo-Mujeres-2021-Datos2020.pdf.
- WEST, S., WHITTAKER, M. y CRAWFORD, K., “Discriminating Systems: Gender, Race and Power in AI”, *AI Now Institute*, 2019, disponible en: <https://ainowinstitute.org/discriminatingystems.html>.
- Womenintech, “Women in Tech Survey 2021”, 2021, disponible en: <https://wearatechwomen.com/wearatechwomen-barriers-for-women-in-tech-report-2022/j>.

**DOBLE IDENTIDAD, DOBLE CONDENA:
UNA MIRADA A LA DISCRIMINACIÓN Y DESIGUALDAD
LABORAL DE LAS PERSONAS INDÍGENAS LGBT+
EN CUETZALAN DEL PROGRESO, PUEBLA***

DOUBLE IDENTITY, DOUBLE SENTENCE: A LOOK AT
DISCRIMINATION AND LABOR INEQUALITY OF INDIGENOUS
LGBT+ PEOPLE IN CUETZALAN DEL PROGRESO, PUEBLA

DOUBLE IDENTITÉ, DOUBLE PEINE : REGARD SUR LA
DISCRIMINATION ET INÉGALITÉ DE TRAVAIL DES
PERSONNES LGBT+ INDIGÈNES À CUETZALAN DEL
PROGRESO, PUEBLA

María del Pilar HERNÁNDEZ LIMONCHI**
Esteban David PÉREZ LÓPEZ***
Nancy Elizabeth WENCE PARTIDA****

RESUMEN: Las personas indígenas LGBT+ son parte de una sociedad donde persiste el racismo, el clasismo y la homofobia. Por lo tanto, el objetivo del presente artículo es comprender la discriminación y la desigualdad laboral hacia esta población para identificar posibles violaciones a sus derechos humanos. La investigación se realizó en la cabecera muni-

* Recibido el 7 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 22 de marzo de 2023.

** Profesora investigadora de tiempo completo adscrita a la Universidad Intercultural del Estado de Puebla, miembro del núcleo académico de la Maestría en Ambientes Interculturales de Aprendizaje y responsable del Cuerpo Académico “Derechos humanos, derechos indígenas y globalización”. ORCID: 0000-0001-6432-7502.

*** Abogado, egresado de la licenciatura en derecho con enfoque intercultural. Universidad Intercultural del Estado de Puebla.

**** Profesora investigadora de tiempo completo adscrita a la Universidad Intercultural del Estado de Puebla, coordinadora de la Maestría en Ambientes Interculturales de Aprendizaje y miembro del Cuerpo Académico “Relaciones de poder en contextos de diversidad y estrategias plurales para la emancipación”. ORCID: 0000-0002-4096-8871.



pal de Cuetzalan del Progreso, Puebla, a través de entrevistas semiestructuradas, con enfoque sociojurídico y mediante la técnica bola de nieve.

Se realizaron seis entrevistas a hombres y mujeres que se identificaron como indígenas, pero también como gays o lesbianas, con un rango de edad de 27 a 31 años, quienes narraron prácticas discriminatorias en el ámbito laboral, que los coloca en desventaja en relación con las personas mestizas heterosexuales. Entre los resultados destaca que se pone en duda su capacidad y se enfrentan a insultos, burlas, abusos, agresiones, hostigamiento sexual, violación y rechazo en la esfera laboral; se les dificulta conseguir empleo, se les niega o se les expulsa. Se concluye que se viola el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas indígenas LGBT+ en el ámbito laboral.

Palabras clave: derechos humanos, derecho al trabajo, indígenas LGBT+, discriminación, desigualdad de oportunidades.

ABSTRACT: LGBT+ indigenous people are part of a society where racism, classism and homophobia persist. Therefore, the objective of this article is to understand the discrimination and labor inequality towards this population to identify possible violations of their human rights. The research was carried out in the town of Cuetzalan del Progreso, Puebla, through semi-structured interviews, with a socio-legal approach and using the snowball technique.

Six interviews were conducted with men and women who identified themselves as indigenous, but also as gay or lesbian, with an age range of 27 to 31 years, who reported discriminatory practices in the workplace, which places them at a disadvantage in relation to the heterosexual mixed-race people. Among the results, it highlights that their capacity is questioned and they face insults, ridicule, abuse, aggression, sexual harassment, rape and rejection in the workplace; find it difficult to get a job, are denied or expelled. It is concluded that the right to equality and non-discrimination of LGBT+ indigenous people in the workplace is violated.

Keywords: human rights, right to work, indigenous LGBT+, discrimination, inequality of opportunities.

RÉSUMÉ: Les personnes autochtones LGBT+ font partie d'une société où le racisme, le classisme et l'homophobie persistent. Le présent article a donc pour objet de comprendre la discrimination et l'inégalité en matière d'emploi à l'égard de cette population afin d'identifier d'éventuelles

violations de ses droits fondamentaux. L'enquête a été menée dans le chef-lieu de Cuetzalan del Progreso, Puebla, à travers des entretiens semi-structurés, avec une approche socio-juridique et par la technique boule de neige.

Six entretiens ont été menés avec des hommes et des femmes qui se sont identifiés comme autochtones, mais aussi comme gays ou lesbiennes, âgés de 27 à 31 ans, et qui ont fait état de pratiques discriminatoires dans le domaine du travail, qui les désavantage par rapport aux personnes métissées hétérosexuelles. Il en ressort que leurs capacités sont mises en doute et qu'ils sont victimes d'insultes, de moqueries, d'abus, d'agressions, de harcèlement sexuel, de viol et de rejet sur le lieu de travail; ils ont du mal à trouver un emploi, sont refusés ou expulsés. Il est conclu que le droit à l'égalité et à la non-discrimination des personnes autochtones LGBT+ au travail est violé.

Most clés: droits humains, droit au travail, autochtone LGBT+, discrimination, inégalité des chances.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Doble discriminación: indígena LGBT+.* III. *Derecho a la igualdad y no discriminación de las personas indígenas LGBT+.* IV. *Derechos laborales de las personas indígenas LGBT+.* V. *Metodología.* VI. *Resultados.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En 2017 se realizó la Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS),¹ donde se muestra la discriminación y desigualdad que enfrenta la población indígena en México. Entre los principales resultados se encuentra que cuatro de cada 10 personas opinan que los grupos indígenas son considerados poco trabajadores. Con respecto a las personas de la comunidad LGBT+ se han realizado varios “estudios y análisis económicos previos que han comprobado la existencia de segregación y discriminación laboral por sexo (hombre-mujer); sin embargo, estos trabajos no enfocan su análisis en el caso específico de la población LGBT+ o diversidad de género”.²

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS), México, 2017.

² Jiménez-Castaño, Jorge, Cardona-Acevedo, Marleny y Sánchez-Muñoz, María del Pilar, “Discriminación y exclusión laboral en la comunidad LGBT: un estudio de caso en la loca-

En relación con la discriminación de personas LGBT+, la primera encuesta de 2014 sobre homofobia laboral en México mostró cifras alarmantes donde “el 35% de las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgénero han sido víctimas de algún tipo de discriminación en su lugar de trabajo”.³ Otra encuesta señaló que por la orientación sexual o la identidad de género, al 14% de los participantes les negaron un empleo, 10% fueron despedidos, 35% fueron discriminados por su superior o sus compañeros de trabajo y al 20% les preguntaron sobre su orientación sexual o identidad de género para obtener un empleo.⁴

Ahora bien, el concepto de indígena, según Stavenhagen, se refiere a “los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando éste fue invadido, conquistado o colonizado”.⁵ Asimismo, cuando nos referimos a las personas LGBTTIQA (en adelante LGBT+) son las identidades no heterosexuales y disidentes del régimen de género binario, es decir, lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales, intersexuales, queer y asexuales.

Se debe agregar que, en la mayoría de los pueblos originarios, como es el caso de Cuetzalan del Progreso, Puebla, algunas personas mestizas⁶ discriminan a las personas indígenas por su lengua, color de piel, vestimenta, condición económica o social, lo cual confirma que la discriminación consta de varias dimensiones, porque los grupos que son discriminados por su origen étnico, pueden ser objeto de otros actos de discriminación dado que no tienen acceso pleno a los servicios de educación, salud, ni a ciertos espacios laborales, entre otros. Por otra parte, las personas con una orientación sexual distinta a la heterosexual son un grupo social expuesto a diversas violencias por transgredir el orden sexual hegemónico, orden que legitima discursos y prácticas regidos por la heterosexualidad como norma, la llamada heteronor-

lidad de chapinero, Bogotá Colombia”, *Papeles de población*, México, vol. 23, núm. 93, julio-septiembre de 2017, p. 233.

³ Adil Diversidad e Inclusión Laboral, *1ra. Encuesta sobre Homofobia y el Mundo Laboral en México*, México, 2014.

⁴ *Idem*.

⁵ Stavenhagen, Rodolfo “Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Nueva Antropología*, vol. XIII, núm. 43, noviembre de 1992, p. 87.

⁶ Las personas nahuas las denominan *kooyotl* que significa “no habla náhuatl” o no realizan prácticas de esta cultura. En la sierra también se les llama “gente de razón”.

matividad.⁷ Generalmente, la sociedad discrimina a las personas LGBT+ por las imposiciones del sistema heteronormativo.

Entonces, las personas indígenas LGBT+ enfrentan una doble discriminación por su doble identidad, tanto en el ámbito privado como en el público. En este caso, sólo se hace referencia a la discriminación en el ámbito laboral, la cual genera desigualdad de oportunidades y, por lo tanto, violaciones a los derechos humanos. Si bien es cierto que se han elaborado estudios sobre discriminación, pocos se han enfocado en lo que ocurre en el ámbito laboral de personas indígenas LGBT+. Por ello, este artículo es original y relevante para el estudio del derecho social y los derechos humanos desde un enfoque intercultural. De manera que el objetivo del presente artículo es comprender la discriminación y la desigualdad de oportunidades hacia las personas indígenas LGBT+ en el ámbito laboral en la cabecera municipal de Cuetzalan del Progreso, Puebla, para identificar posibles violaciones a los derechos humanos.

II. DOBLE DISCRIMINACIÓN: INDÍGENA LGBT+

En algunos pueblos indígenas, hablar sobre sexualidad y construcciones de género es un tabú, son temas que no se mencionan en la familia, ni fuera de ella. Suele ser complejo, pues si bien parten desde su cosmovisión, también intervienen prácticas y actividades bajo la lógica de la heterosexualidad como única forma de relación sexoafectiva aceptada. “La visión que se ha forjado en determinados contextos culturales sobre el deber ser en relación con el cuerpo de una persona influye en la sociedad al promover discursos que establecen principios normativos que marcan lo «normal» o «anormal» dentro de cada grupo social”.⁸

Según Rivera, “la práctica de la homosexualidad generalmente es considerada como una distorsión de lo que debe ser natural, pues una familia es la que

⁷ Gutiérrez, David y Evangelista, Angélica, “Violencia institucional hacia mujeres trans trabajadoras sexuales y su posicionamiento frente a la regulatización sanitaria”, en Hernández, Ricardo y Winton, Ailsa (coords.), *Diversidad sexual, discriminación y violencia. Desafío para los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, pp. 87-102.

⁸ Hernández-Silvano, Amadeo, Marcial-Zavala, Rogelio y Moreno-Muñoz, Manuel, Antsiwinik, “Expresarse como homosexual en una secundaria de contexto indígena”, *LiminaR. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. XVIII, núm. 1, enero-junio de 2020, p. 130.

está constituida por un hombre y una mujer”.⁹ Cuando una persona se identifica como indígena LGBT+, la construcción de la identidad “se ve permeada por elementos que dificultan el desarrollo integral de manera libre y armónica”,¹⁰ lo que podría traducirse en acciones de maltrato, discriminación o violencia “para corregirlos” o “volverlos machitos” en el caso de los varones, e incluso se les expulsa de la comunidad, pues ante los señalamientos sociales, la familia es cómplice de la deshonra por la inadecuada educación del hijo o la hija.¹¹

A quienes viven libremente ambas identidades se les discrimina en varios espacios, como el familiar, escolar y laboral.

Los procesos de discriminación contra la población LGBT+ ocasionan que las relaciones sociales de dicha comunidad se establezcan dentro de parámetros de desigualdad, incluso en los mercados laborales, afectando la calidad de vida de los mismos, lo cual desemboca en el no reconocimiento como sujetos laborales.¹²

De acuerdo con Balbuena,¹³ en Latinoamérica y particularmente en México se considera “a los homosexuales como sujetos no bien recibidos en los ámbitos públicos”. Las políticas homofóbicas continúan manifestándose en nuestro país no sólo a través de las prácticas y los ritos, sino también en esas luchas por la supuesta defensa de un modelo de familia heteroparental. No obstante, dentro de los espacios laborales las personas homosexuales se enfrentan a prácticas discriminatorias y son señaladas como maricas, putos, desviados, jotos, machorras, marimachas, tortilleras, entre otras. Al respecto Balbuena considera que “estos prejuicios constituyen parte de una narrativa histórico-cultural que asigna posiciones de descrédito a los homosexuales, deshumanizándolos o subrayando una condición de pecadores y de perversos que no tiene más sustento que los repetitivos argumentos que esgrime la religión”.¹⁴

⁹ Rivera, José, “Juventudes emergentes: percepciones en torno a la familia, la escuela, el trabajo y el ocio en jóvenes en contextos rurales en San Luis Potosí”, *Cuicuilco*, México, núm. 53, enero-abril de 2012, p. 90.

¹⁰ Bautista, Enrique, “Reflexiones acerca de la diversidad sexual entre jóvenes indígenas en México”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 63, 2018, pp. 107 y 108.

¹¹ Fuente, Eduardo de la, “La homosexualidad en la familia”, *Tramas. Subjetividad y procesos sociales*, núm. 24, 2006.

¹² Jiménez-Castaño, Jorge, Cardona-Acevedo, Marleny y Sánchez-Muñoz, *op. cit.*, p. 233.

¹³ Balbuena, Raúl, “La construcción sociocultural de la homosexualidad. Enseñando a vivir en el anonimato”, *Culturales*, vol. VI, núm. 11, enero-junio de 2010, p. 78.

¹⁴ *Idem*, p. 74.

Derivado de ello, en las diferentes culturas que se rigen por sus normas internas, adoptan una específica en relación con la sexualidad y la identidad de género, donde lo aceptable es ser hombre o mujer, pero quienes salen de esta “normalidad” suelen vivir exclusión y violencia, tanto en su familia como en el espacio público, con la única finalidad de que la heterosexualidad conserve su posición en la jerarquía social.

Bajo esta lógica, la homosexualidad es vista como una violación al sistema impuesto por la norma sexista y evaluada como incompleta, perversa, patológica, criminal e inmoral. Esto provoca “odio, desprecio y rechazo pues, bajo los planteamientos esencialistas, contraviene aquello que se considera como natural, es decir, la existencia de hombres masculinos y mujeres femeninas destinados a establecer parejas heterosexuales con intenciones de reproducción”.¹⁵ En la historia de México, afirma Monsiváis,¹⁶ a los homosexuales se les ha quemado vivos, han sido objeto de linchamientos morales sistemáticos, expulsados de sus familias y de sus empleos, encarcelados, desterrados de sus lugares de origen, exhibidos sin compasión alguna, excomulgados, asesinados con saña por el solo “delito” de su orientación sexual.

Asimismo, para las personas indígenas homosexuales la lucha constante a la que se enfrentan día con día se convierte en una doble desventaja, por ser indígena y por ser LGBT+. Como bien lo señalan Rodríguez y De Keijser,¹⁷ “en México, comunidades rurales, indígenas y grupos marginados, sobre todo, basan su pensamiento y concepción en una arraigada lucha de lo moderno y lo tradicional, en las cuales el hombre y la mujer tienen definidos sus papeles y sus roles”, que al no cumplirlos se transgreden las normas establecidas. No obstante, cada comunidad indígena construye de manera diferente su cosmovisión ante la diversidad de género, porque atraviesa a individuos, aspectos culturales, materiales y geográficos, así como normas internas que guían a la implementación de determinados roles que se asumen a partir de las creencias aceptadas entre ser hombre o mujer.

Como bien menciona Castañeda, “los homosexuales gozan hoy de una aceptación frágil y superficial, sólo aparente, los grandes problemas de fondo, la discriminación real y la homofobia real, permanecen intactos”. Pese a que en la actualidad existen convenios, políticas y legislación contra la

¹⁵ Bautista, Enrique, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶ Monsiváis, Carlos, *Que se abra esa puerta: crónicas y ensayos sobre la diversidad sexual*, México, Paidós, 2010.

¹⁷ Teutle, Alberto y List, Mauricio, *Húmedos placeres. Sexo entre varones en saunas de la ciudad de Puebla*, México, La Cifra-Universidad Autónoma Metropolitana, 2015, p. 130.

discriminación, “los cambios al respecto no han sido los esperados, pues se trata de percepciones con un arraigo social importante que van más allá del establecimiento de normatividades”.¹⁸

III. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS INDÍGENAS LGBT+

Existen normas jurídicas que regulan el derecho a la igualdad y no discriminación, tanto a nivel internacional, nacional y estatal, que representan la dignidad integral del ser humano y que se requieren para la inclusión de personas indígenas LGBT+ y otros grupos vulnerables. Este derecho es inherente a todo ser humano, sin importar el origen étnico, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la condición social o económica, la lengua, las preferencias sexuales, la identidad, entre otras condiciones.

México tiene una “composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”,¹⁹ pero esta riqueza cultural no tiene una protección jurídica real, toda vez que históricamente y hasta la actualidad se discrimina y se trata de manera desigual a la población indígena. Según Foucault “una actividad legislativa permanente y ruidosa no debe engañarnos: son las formas que tornan aceptable un poder esencialmente normalizador”.²⁰

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en el país “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse”.²¹ Opuesto a lo que señala el artículo 4o. constitucional, al garantizar exclusivamente la igualdad ante la ley para mujeres y hombres, como si se buscara mantener el orden heterosexual y dejar fuera a quienes no se identifican dentro de esta norma. En cambio, el

¹⁸ Castañeda, Marina, *La experiencia homosexual. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera*, México, Paidós, 2011, p. 236.

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 28 de mayo de 2021, artículo 2o.

²⁰ Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1998, p. 175.

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o.

artículo 2o. garantiza la igualdad de oportunidades y promueve la eliminación de prácticas discriminatorias hacia la población indígena.²²

Ahora bien, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación define a la igualdad real de oportunidades como “el acceso que tienen las personas o grupos de personas al igual disfrute de derechos, por la vía de las normas y los hechos, para el disfrute de sus derechos”,²³ y a la discriminación como

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la lengua, las preferencias sexuales, la identidad, o cualquier otro motivo.²⁴

Entonces, se podría decir que tanto la discriminación como la desigualdad implican distinciones y diferencias entre personas y grupos sociales, por cuestiones sociales y de acceso a ciertos estilos de vida, o por fenómenos sociales que establecen jerarquías sociales. Para ello se crean las acciones afirmativas que son “medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades”,²⁵ para “favorecer el acceso, permanencia y promoción de personas... en espacios... laborales”,²⁶ a personas pertenecientes a los pueblos indígenas. Nuevamente la legislación nacional no incluye a las personas LGBT+, quienes también son vulnerables. Por otra parte, el Código Penal Federal²⁷ tipifica a la discriminación como un delito contra la dignidad

²² *Ibidem*, artículo 2o.

²³ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 17 de mayo de 2022, artículo 1o., fracción VI.

²⁴ *Ibidem*, artículo 1o., fracción III.

²⁵ *Ibidem*, artículo 15 septimus.

²⁶ *Ibidem*, artículo 15 octavus.

²⁷ *Ibidem*, artículo 149 ter.

de las personas, en caso de que se nieguen o restrinjan, entre otros, derechos laborales en razón de género.

Cabe mencionar que la reforma constitucional de 2011 fue un avance en la legislación mexicana, al señalar las obligaciones del Estado para una adecuada tutela y garantía de los derechos humanos; de igual manera, para investigar, prevenir violaciones y sancionar con el fin de que no exista impunidad en la aplicación de los mismos. Por ello, la no discriminación es un derecho fundamental regulado en la Constitución y la discriminación es un delito que debe ser denunciado, con la finalidad de hacerla visible y de garantizar de manera oportuna y efectiva los derechos humanos de las víctimas en espacios laborales.

IV. DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS INDÍGENAS LGBT+

En 1961 México ratifica el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo u ocupación, definiéndola como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.²⁸ Asimismo, aclara que empleo y ocupación son términos que “incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.²⁹ En 1965 se aprueba la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que en materia laboral señala que los Estados parte se comprometen a garantizar el goce del “derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”.³⁰

Con respecto al Convenio 169³¹ sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, señala que “los gobiernos deberán hacer cuanto esté

²⁸ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 111 sobre la discriminación (empleo u ocupación), entrada en vigor el 15 de junio de 1960, artículo 1, inciso 1, apartado a.

²⁹ *Ibidem*, artículo 1o., inciso 3.

³⁰ Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entrada en vigor el 4 de enero de 1969, artículo 5, apartado i.

³¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991, artículo 20, apartado 2.

en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en los relativo a: a) acceso al empleo [...] remuneración igual por trabajo de igual valor”. En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³² considera que “las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo y salario”.

A nivel nacional, la Ley Federal del Trabajo³³ señala que el trabajo digno o decente es el que respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, preferencias sexuales, entre otras. Asimismo, consideran que el “trabajo es un derecho y un deber social” y, por lo tanto, se deben respetar las libertades y dignidad de quienes lo prestan, eliminar condiciones que impliquen discriminación y reconocer las diferencias entre hombres y mujeres para obtener la igualdad ante la ley. De nuevo el sistema jurídico nacional impone la heteronormatividad.

En el estado de Puebla, el marco jurídico³⁴ establece la igualdad y no discriminación por etnia, género y preferencias sexuales, y coloca a los derechos humanos en un primer plano; también se han realizado acciones en favor de la igualdad y no discriminación, como las reformas al Código Civil relativas a los derechos de la comunidad LGBT+, el matrimonio igualitario y la llamada Ley Agnes, que reconoce el derecho a la identidad de género autopercibida de las personas. En derechos indígenas, la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla es un referente para combatir la discriminación de la población indígena. No obstante, en términos laborales no han implementado acciones a favor de los pueblos originarios y de las personas LGBT+, aunque la Ley Federal del Trabajo mencione que es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y violencia.³⁵

³² Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, artículo 17, apartado 3.

³³ Artículos 2 y 3 de la Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 18 de mayo de 2022.

³⁴ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, Orden Jurídico Poblano, última reforma publicada el 15 de diciembre de 2021; Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Estado de Libre y Soberano de Puebla, Orden Jurídico Poblano, última reforma publicado el 19 de abril de 2022.

³⁵ Artículo 3, párrafo cuarto, de la Ley Federal del Trabajo, *cit.*

En el ámbito laboral, la desigualdad impide que las personas tengan las mismas oportunidades e impide el ejercicio pleno de los derechos de las personas indígenas LGBT+, en comparación con las personas “de razón” y heterosexuales.

Cuando en el trabajo descubrieron su orientación sexual, se establecieron una serie de dispositivos de discriminación que llevaron a muchos de ellos a retirarse o a renunciar. Las burlas frecuentes entre compañeros, los chistes intencionados, los señalamientos constantes y, en ocasiones, las acciones de presión de los jefes, como eso de obligarlos a trabajar horas adicionales, otorgar responsabilidades no contempladas en la contratación, acoso sexual (sobre todo a las mujeres), entre otras, son actitudes y prácticas vividas en el campo laboral por las personas sexo/género diversas.³⁶

Finalmente, Prieto y Pérez indican que “el concepto de desigualdad... alude a la distancia que separa a unos y otros en los diversos aspectos que caracterizan al mercado de trabajo”.³⁷ Cuando se refieren a la distancia se alude a la distinción de catalogar a una persona por su condición física, religiosa, sexual y de género, entre otras. Pero la desigualdad laboral no sólo implica catalogar la condición de una persona, sino también otros factores del mercado laboral, como el salario y el desarrollo profesional, porque en algunas ocasiones desacreditan las habilidades y aptitudes que tienen las personas indígenas LGBT+.

Si bien, a pesar de lo establecido en la legislación internacional, nacional y estatal, las cuales tienen un sentir humanista de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, falta mucho por hacer respecto al reconocimiento de los derechos de las personas indígenas LGBT+, así como de la investigación y sanción de las violaciones de aquéllos.

³⁶ Pérez, Alexander, Correa, Guillermo, Castañeda, Wilson y Plata, Edgar, *Raros... y oficios. Diversidad sexual y mundo laboral: discriminación y exclusión*, Colombia, Corporación Caribe Afirmativo, 2013, p. 41.

³⁷ Prieto, Carlos y Pérez de Guzmán, Sofía, “Desigualdades laborales de género, disponibilidad temporal y normatividad social”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 141, enero-marzo de 2013, p. 2.

V. METODOLOGÍA

La investigación fue de corte cualitativo, mediante entrevistas semiestructuradas con la finalidad de comprender la discriminación y la desigualdad de oportunidades hacia las personas indígenas LGBT+ en el ámbito laboral, para identificar posibles violaciones a los derechos humanos. Se empleó el enfoque sociojurídico para estudiar la realidad social y a su vez al derecho que intenta transformarla. Mediante el método etnográfico se estudió el comportamiento y las prácticas culturales, y a través del método hermenéutico se comprendieron los significados y se interpretó la realidad. Se utilizó la técnica bola de nieve, porque quienes participaron referían a otras personas que podían participar en la investigación.

Las entrevistas se realizaron en la cabecera municipal de Cuetzalan del Progreso, ubicada en la Sierra Nororiental de Puebla. Cuetzalan deriva de *quetzalli*, que significa junto a las aves preciosas llamadas quetzal.³⁸ El pueblo se fundó en el año 200 a. C., por los totonacos, quienes fueron sometidos por los mexicas. Durante la conquista, el poblado fue dominado en 1552. Por su importancia social y económica lo denominaron San Francisco Quetzalan. Su población se compone principalmente de nahuas o *masehuales*. Se cataloga como pueblo mágico, por los atractivos naturales que lo rodean, su singular arquitectura, el tianguis dominical y las manifestaciones culturales, una de ellas, es la danza de “Los voladores” asociada a la fertilidad, Patrimonio Cultural Inmaterial por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO) desde 2009.³⁹

Se constituyó como municipio en 1895 y según el último censo de población cuenta con 49,864 habitantes, de los cuales 51.6% son mujeres y 49.4% hombres.⁴⁰ El 92.5% se autoadscriben como indígenas, entre los cuales el 60.3% se ocupa en trabajos asalariados en comparación con 39.2% que se emplea en trabajos no asalariados.⁴¹

³⁸ Ayuntamiento de Cuetzalan del Progreso 2021-2024, Toponomía, disponible en: https://www.cuetzalan.gob.mx/userfiles/cuetzalan_21/files/INFORMACION%20DE%20CUETZALAN.pdf.

³⁹ UNESCO, 2019, la ceremonia ritual de “Los voladores”, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/RL/la-ceremonia-ritual-de-los-voladores-00175>.

⁴⁰ INEGI, Censo de Población Vivienda 2020, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/>.

⁴¹ INEGI, Encuesta intercensal 2015, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/>.

Se realizaron seis entrevistas a hombres y mujeres que se identificaron como indígenas, pero también como gays o lesbianas, con un rango de edad de 27 a 31 años. Los nombres de los colaboradores se modificaron para proteger la identidad.

- Carlos es abiertamente gay e indígena, trabaja en una cooperativa con mujeres artesanas. Él se considera privilegiado pues nunca ha sido víctima de discriminación en su espacio laboral porque trabaja con mujeres, quienes lo aceptan tal como es. No obstante, la sociedad lo cuestiona, critica y se burla de él, porque el trabajo que realiza es propio de las mujeres.
- Daniel es gay e indígena, pero ha tratado de ocultarlo. Sin embargo, sus compañeros de trabajo lo insultan y se burlan de él, por su forma de ser y actuar. Menciona otros aspectos que lo colocan en desventaja, como la diferencia salarial con el resto de los empleados, las barreras de acceso a la educación y a servicios básicos, y el desconocimiento de sus derechos humanos y laborales.
- Fernando es abiertamente indígena y gay, se siente orgulloso de pertenecer a un colectivo LGBT+. Ha sido víctima de discriminación en su espacio laboral por su forma de actuar. Considera que abusan de él porque sus patrones le han exigido jornadas laborales superiores a ocho horas, no pagadas.
- Luis es gay e indígena. Se le negó un trabajo por su orientación sexual al mencionarle que emplean hombres no amanerados. También se le ha discriminado por su forma de vestir.
- Jorge ha sido discriminado por ser gay e indígena, pero también fue víctima de acoso sexual y violación. No supo cómo actuar ante esta situación.
- Isabel ha sido discriminada por ser indígena y lesbiana; considera que solo quienes tienen un cargo superior son respetados, pero ella difícilmente podrá acceder a esos puestos porque se le da preferencia a las personas mestizas y heterosexuales, aunque tengan el mismo grado de estudios.

VI. RESULTADOS

Autodefinirse en muchas ocasiones suele ser difícil, pero ayuda a saber quiénes somos en realidad o qué podemos mejorar de nosotros mismos. Para los nahuas o *masehuales* de Cuetzalan autodefinirse desde su propia cosmovisión es meramente expresarse desde el *yolot*, es decir, desde su corazón. Las seis personas entrevistadas se identifican como indígenas, principalmente, por ser hablantes del náhuatl, que las enorgullece, caracteriza y vincula con su cultura. También se identifican como gays o lesbianas, pero reconocen que el proceso de aceptación no fue fácil. Primero, por la negación y el miedo, posteriormente, por las consecuencias sociales de mostrarse tal cual son. Con valor se enfrentaron a su familia, pero en el camino fueron objeto de burlas y rechazo, en muchas ocasiones en la escuela, en la calle y/o en el trabajo.

1. *Las palabras duelen más que un golpe*

Las personas entrevistadas señalaron que es una situación complicada acceder a un puesto de trabajo por ser indígena y LGBT+. Luis argumentó que por ser gay se le dificulta conseguir un puesto de trabajo, ya que los empleadores se percatan de la orientación sexual y los excluyen. Los empleadores buscan personal “con características y actitudes no amaneradas, porque damos mala imagen al negocio”. Mencionan que al ser una minoría, compiten contra las personas heterosexuales que buscan empleo, situación que las pone en desventaja.

Esta situación es diferente con personas indígenas LGBT+ profesionistas, pues si bien dos de los colaboradores señalaron que por sus capacidades son contratados, una vez dentro del espacio laboral, sus colegas y el propio empleador los discrimina. Daniel señala: “todos vivimos discriminación desde distintos ámbitos, pero algunos más que otros”, por lo que en algunos casos, para acceder a un puesto de trabajo deben aparentar ser quienes no son.

Un colaborador comentó en su entrevista que sus compañeros de trabajo lo señalan de manera inadecuada, lo llaman y se refieren a él con palabras altisonantes, “las palabras duelen más que un golpe”, y en efecto, los golpes a la larga sanan, pero las palabras ofensivas permanecen, afectando incluso la autoestima de las personas.

Ahora bien, Jorge pensó que si se superaba profesionalmente no lo discriminarían por su orientación sexual, que al contrario sería respetado. Empero,

siguió siendo discriminado en su empleo por ser responsable y realizar un trabajo sobresaliente. Hipócritamente lo felicitaban, pero le decían “eres un puto”. En otras ocasiones, no son aceptados porque se piensa que por tener una orientación sexual distinta a la norma heterosexual, no tendrán la capacidad de desempeñar correctamente el trabajo, pero al verse sus colegas superados, la discriminación aumenta, así como las burlas y los señalamientos con palabras altisonantes.

Otro colaborador manifestó que prefirió renunciar a un trabajo, por el maltrato y la discriminación que sufrió. Le gritaban, lo insultaban, se burlaban y reían de él, pero no es de las personas que se dejen, a diferencia de otras que también son parte del colectivo LGBT+, que agachan la cabeza y se aguantan por la necesidad económica y el miedo de perder su empleo. Por otra parte, Luis señaló que hablar náhuatl le ayudó a ingresar a un empleo, para comunicarse con las personas, pero lo discriminaron por ser gay, situación que no permitió y puso un alto. A su vez, le tocó ser testigo de conductas discriminatorias en el trabajo por pertenecer a una comunidad indígena, que terminaban en despidos.

2. El personal debe ser heterosexual

Un colaborador señaló que desde el inicio de la contratación “te pintan un área laboral de color de rosa” pues el espacio está destinado para apoyar a la gente de la comunidad, le ofrecen un salario adecuado, una jornada semanal de seis días, un día de descanso y una hora de comida. Aceptan el empleo, pero algunos simulan ser heterosexuales.

Las personas entrevistadas señalaron que es una situación complicada acceder a un puesto de trabajo, por ser indígena y LGBT+. Por una parte, se argumentó que ser LGBT+ abona a no conseguir un puesto de trabajo, ya que los empleadores se percatan de la forma de ser y actuar del solicitante que busca empleo. Otras situaciones que los pone en desventaja durante el empleo, son las agresiones y abusos por parte de los trabajadores heterosexuales. Lo anterior provoca que tengan menos posibilidades de obtener un empleo o de mantenerse en él, es decir, hay desigualdad de oportunidades. Es importante mencionar que dos colaboradores con formación profesional señalaron que, por su perfil, son contratados, pero una vez que ocupan el cargo se enfrentan a obstáculos que no les permiten mostrar sus capacidades, ni desarrollarse profesionalmente.

3. *No queda de otra más que aguantar*

Los colaboradores coincidieron en que Cuetzalan aparenta ser un lugar donde el empleador se preocupa por ayudar a su gente, principalmente a las personas de las comunidades indígenas, a quienes les ofrecen un puesto de trabajo con una remuneración adecuada, que los ayude a sustentar sus gastos personales y de su familia. Ante esta situación, muchas personas de las localidades acuden a la cabecera municipal en busca de empleo, entre ellas se encuentran personas indígenas LGBT+.

Una de las personas entrevistadas señaló que “todo suena muy lindo, pero la realidad es otra”, pues una vez en el puesto, el maltrato comienza a darse por ser indígena y más por tener una orientación distinta a la heterosexual. De igual forma, otro de los colaboradores mencionó que realmente las intenciones son otras, como aprovecharse de los trabajadores, pues al ser una persona distinta a las demás y no tener estudios, el empleador abusa. En muchas ocasiones “no queda de otra más que aguantar las humillaciones y burlas” a las que se enfrentan día con día y esto por la necesidad de tener un ingreso. Carlos mencionó que al contratar personal sin estudios favorece al empleador, porque sabe que aquéllos no pueden ni saben exigir sus derechos, cuando sean despedidos injustificadamente o no se les otorguen las prestaciones de ley.

En cambio, Fernando, quien cuenta con estudios, comentó que en su momento fue contratado en una tienda de abarrotes y por la preparación que tiene se le asignó un área específica de trabajo, con buen salario. En un principio todo marchaba bien, pero poco a poco se empezó a incrementar la carga de trabajo y de responsabilidades, es decir, sintió que abusaron de él y sus compañeros mostraban una actitud negativa; optó por renunciar a ese empleo.

En otra entrevista se anotó que “los empleadores son tan «inteligentes» que siempre contratan a personas de las comunidades”, porque se piensa que al ser de un pueblo indígena no van a defenderse y ante la necesidad de un trabajo, van a aceptar lo que les ofrezcan.

4. *Víctimas del sistema*

Algunas personas mencionaron que se aprovecharon de ellas, a manera de ejemplo, un colaborador aceptó un puesto de trabajo, pero la remuneración económica no correspondía con lo que él hacía, ni con lo que le habían ofreci-

do y tampoco le pagaban horas extras. Le mencionaron que no se podía pagar más, pues ya estaba incluido en sus horas de trabajo.

Otros se percataron de que existe una diferencia salarial marcada con las personas heterosexuales. A su vez, uno de ellos señaló que una persona indígena LGBT+ siempre será empleado, nunca patrón. Uno de ellos expresó que si no se quejan o denuncian, “nos hace ser víctimas del sistema, por lo cual debemos actuar, enfrentarnos y no permitir estos tipos de actos”. No obstante, son pocas las personas que se atreven a enfrentar estos abusos y prefieren mantenerse calladas para conservar su trabajo.

Por otro lado, Isabel comentó que ella trabajaba en un juzgado y los primeros días fueron muy buenos. La situación cambió cuando su pareja fue por ella a la hora de la salida, al subirse al vehículo se besaron. El juez las vio y a partir de esa fecha su trato fue distante y los temas que antes resolvía con ella, ahora prefería tratarlos con otras personas. Asimismo, le negaron el acceso al sanitario que antes compartían, argumentando que se les habían olvidado las llaves o que no había agua, y el ingreso que percibía mensualmente era inferior al resto del personal. En una ocasión, recordó Isabel, fue una persona indígena trans al juzgado para resolver un asunto; ahí pudo observar la actitud de molestia del juez frente a esta persona, “miraba al usuario de una manera despectiva, que ni lo quería ver, mostrándose intolerante”.

5. *Nadie le da importancia*

Jorge trabajaba como profesor en el nivel básico, lo mandaban a comunidades alejadas porque hablaba náhuatl, pero antes tomó unos cursos con sus compañeros, donde se burlaron de él por su orientación sexual. En las dinámicas que se organizaban en el grupo existía un notorio rechazo a su persona, al grado de no querer ni tocar sus manos. Durante los siguientes días, el supervisor también se reía y burlaba de él, para luego convertirse en hostigamiento sexual, pues lo tocaba y molestaba “a manera de juego”. Ante esta situación no presentó ninguna denuncia porque al acoso sexual en el trabajo “nadie le da importancia”. Difícilmente le iban a creer, no tenía pruebas y sus compañeros no querían testificar.

El caso pasó de discriminación a hostigamiento sexual y terminó siendo víctima de violación por parte del supervisor. Nuevamente no supo cómo actuar, porque le preocupaba más el qué dirán o que lo despidieran, como varios de sus compañeros que se enfrentaron al supervisor. Estas conductas se

siguieron manifestando, hasta que un compañero trató de abusar sexualmente de él, en el entendido que sólo estaba para complacer, pero en esta ocasión no lo permitió.

VII. CONCLUSIONES

Este artículo da cuenta de la discriminación y desigualdad laboral que enfrentan las personas indígenas LGBT+ en Cuetzalan, pero se puede inferir que ocurre en otros contextos similares. Asimismo, las investigaciones socio-jurídicas en el ámbito laboral de las personas que se identifican como indígenas y LGBT+, son escasas y, por ello, este estudio se considera original y relevante en el ámbito del derecho social y de los derechos humanos. Cabe hacer mención que este trato diferenciado y desigual hacia esta población se podría estudiar desde otros ámbitos, como el educativo, político, del acceso a la justicia, entre otros.

Definitivamente, la doble identidad provoca una doble condena, es decir, se enfrentan a discriminaciones múltiples; en este caso, la discriminación provoca que se amplíe la brecha de la desigualdad en el ámbito laboral. El señalamiento de la doble discriminación por ser indígena y LGBT+ no pretende victimizar a las personas que así se identifican, sino todo lo contrario, se busca enfatizar que en su reconocimiento se encuentra orgullo y elementos que guían su vida. No obstante, es necesario señalar la desigualdad de oportunidades que están enfrentando las personas indígenas LGBT+, que las coloca en desventaja.

En relación con el objetivo de este artículo, se muestra que a las personas indígenas en Cuetzalan se les discrimina por su forma de hablar, de vestir y su color piel, pero también porque tienen menos acceso a la educación escolarizada, a recursos para conocer y defender sus derechos, y a otros servicios básicos; por ser LGBT+ se les discrimina por su orientación sexual y su expresión de género. Ahora bien, al combinarse estas discriminaciones, el mercado laboral expulsa a las personas o las coloca ante una serie de desigualdades, como un menor salario por igual trabajo, jornada laboral mayor a ocho horas diarias, obstáculos para crecer en el empleo y horas extras no pagadas. Por lo tanto, se identifica una clara violación al derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

Durante las entrevistas se observó el temor a las represalias y a perder el empleo en caso de presentar una queja o denuncia, así como la falta de cono-

cimiento sobre sus derechos. Entonces, la mayoría de los casos de discriminación no se denuncian ni se persiguen como delito, y difícilmente se presentan quejas ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos o el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, ya sea por miedo o por desconocimiento.

La identificación de la violación al derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral forma parte de los principales hallazgos de la investigación, no obstante, lo que ocurre en este contexto social se vive de modo similar en otros. Las voces de las personas entrevistadas dan cuenta de que tanto en sus comunidades de origen como en la cabecera municipal persiste una heteronormatividad en las formas de concebir la sociedad, misma que se manifiesta en expresiones normalizadas de homofobia hacia la población LGBT+, las cuales en ocasiones derivan en otras formas de violencias.

Por otro lado, la homofobia no es la única forma de rechazo que vive este sector de la población, se suman las manifestaciones del racismo por ser indígenas, las exclusiones y desigualdades que se derivan de las condiciones de su formación escolar o académica, así como aquellas que se relacionan con su condición social. Las experiencias narradas por las personas entrevistadas muestran que los hombres LGBT+ tienen mayor visibilidad que las mujeres, sin embargo, aunque en ambos casos enfrentan las expresiones del machismo, ellos forman parte también de los mecanismos en los cuales las masculinidades hegemónicas los hacen parte de éstas, de modo casi siempre violento. Por todo ello es necesario señalar la vulnerabilidad cotidiana que caracteriza a la población indígena LGBT+, aun cuando en mayor o menor medida disponen de estrategias de respuesta a las violencias interseccionales a las que se enfrentan.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ADIL, Diversidad e Inclusión Laboral, *1ra. Encuesta sobre Homofobia y el Mundo Laboral en México*, México, 2014.

Ayuntamiento de Cuetzalan del Progreso 2021-2024, “Toponomía”, disponible en: https://www.cuetzalan.gob.mx/userfiles/cuetzalan_21/files/INFORMACION%20DE%20CUETZALAN.pdf.

BALBUENA, Raúl, “La construcción sociocultural de la homosexualidad. Enseñando a vivir en el anonimato”, *Culturales*, vol. VI, núm. 11, enero-junio de 2010.

- BAUTISTA, Enrique, “Reflexiones acerca de la diversidad sexual entre jóvenes indígenas en México”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 63, 2018.
- CASTAÑEDA, Marina, *La experiencia homosexual. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera*, México, Paidós, 2011.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad, I: La voluntad de saber*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1998.
- FUENTE, Eduardo de la, “La homosexualidad en la familia”, *Tramas. Subjetividad y Procesos Sociales*, núm. 24, 2006.
- GUTIÉRREZ, David y EVANGELISTA, Angélica, “Violencia institucional hacia mujeres trans trabajadoras sexuales y su posicionamiento frente a la regularización sanitaria”, en HERNÁNDEZ, Ricardo y WINTON, Ailsa (coords.), *Diversidad sexual, discriminación y violencia. Desafío para los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018.
- HERNÁNDEZ-SILVANO, Amadeo, MARCIAL-ZAVALA, Rogelio y MORENO-MUÑOZ, Manuel, “Antsiwinik. Expresarse como homosexual en una secundaria de contexto indígena”, *LiminaR. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. XVIII, núm. 1, enero-junio de 2020.
- INEGI, Encuesta intercensal 2015, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/>.
- INEGI, Censo de Población Vivienda 2020, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/>.
- INEGI, *Encuesta Nacional sobre Discriminación*, México, 2017.
- JIMÉNEZ-CASTAÑO, Jorge, CARDONA-ACEVEDO, Marleny y SÁNCHEZ-MUÑOZ, María del Pilar, “Discriminación y exclusión laboral en la comunidad LGBT: un estudio de caso en la localidad de chapinero, Bogotá, Colombia”, *Papeles de Población*, México, vol. 23, núm. 93, julio-septiembre de 2017.
- MONSIVÁIS, Carlos, *Que se abra esa puerta: crónicas y ensayos sobre la diversidad sexual*, México, Paidós, 2010.
- PÉREZ, Alexander, CORREA, Guillermo, CASTAÑEDA, Wilson y PLATA, Edgar, *Raros... y oficios. Diversidad sexual y mundo laboral: discriminación y exclusión*, Colombia, Corporación Caribe Afirmativo, 2013.
- PRIETO, Carlos y PÉREZ DE GUZMÁN, Sofía, “Desigualdades laborales de género, disponibilidad temporal y normatividad social”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 141, enero-marzo de 2013.

RIVERA, José, “Juventudes emergentes: percepciones en torno a la familia, la escuela, el trabajo y el ocio en jóvenes en contextos rurales en San Luis Potosí, México”, *Cuicuilco*, núm. 53, enero-abril de 2012.

STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Nueva Antropología*, vol. XIII, núm. 43, noviembre de 1992.

TEUTLE, Alberto y LIST, Mauricio, *Húmedos placeres. Sexo entre varones en saunas de la ciudad de Puebla*, México, La Cifra-Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

UNESCO, 2019, “La ceremonia ritual de «Los voladores»”, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/RL/la-ceremonia-ritual-de-los-voladores-00175>.

INFORME



INFORME: SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO, 2022*

REPORT: SOCIAL SECURITY IN MEXICO, 2022

RAPPORT: SÉCURITÉ SOCIALE DU MEXIQUE, 2022

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**

RESUMEN: En 2022 el derecho social mexicano presentó avances importantes. Ejemplo de ellos son: luego de varias décadas sin reforma, se aumentan los días por vacaciones que se otorgan a un trabajador; el proceso de reforma de la seguridad social para los y las trabajadoras del hogar continúa; algunas resoluciones de la SCJN que coadyuvan al reconocimiento progresivo del derecho humano a la seguridad social fueron emitidas; y el derecho internacional de la seguridad social experimentó también avances. Estos ejemplos son algunos de los temas que se analizan en este informe, permitiendo con ello conocer con mayor puntualidad los criterios tanto legislativos como jurisdiccionales que prevalecen en México y que pueden impactar e influir en otros países a través del estudio de derecho comparado. Los métodos de investigación que se aplican para su estructura y desarrollo son el deductivo y el descriptivo.

Palabras clave: seguridad social, maternidad, trabajadoras del hogar.

ABSTRACT: In 2022, the Mexican social law presented representative advances. Examples of these are: after several decades without a reform, the number of vacation days granted to workers has been increased; the process of reforming the social security for domestic workers continues;

* Recibido el 29 de enero de 2023, aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2023.

** Profesora-investigadora titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México Nivel II y profesora invitada de la maestría en derecho laboral de la Universidad Externado de Colombia, mgabriela@uaem.mx. ORCID: 0000-0003-3681-4025.



some resolutions of the Supreme Court that contribute to the progressive recognition of the human right to social security were issued and the International Social Security Law experienced some advances. These examples are only some of the topics analyzed in this report, which allow us to know in greater detail the legislative and jurisdictional criteria that prevail in Mexico and that can impact and influence other States through the study of comparative law. The research methods applied for its structure and development are deductive and descriptive.

Keywords: social security, maternity, domestic workers.

RÉSUMÉ: En 2022, le droit social mexicain a présenté des avancées. Quelques exemples sont: après plusieurs décennies sans réforme, les jours de vacances accordés aux travailleurs ont été augmentés; le procédé de réforme de la sécurité sociale des travailleurs domestiques continue; certaines résolutions de la Cour Suprême qui contribuent à la reconnaissance progressive du droit humain à la sécurité sociale ont été délivrés; et le droit international de la sécurité sociale a progressé. Ces exemples sont quelques-unes des questions abordées dans ce rapport qui nous permettent de connaître plus en détail les critères législatifs et juridictionnels qui prévalent au Mexique et qui peuvent avoir un impact et une influence sur d'autres Etats grâce à l'étude du droit comparé. Les méthodes de recherche appliquées pour sa structure développement sont les déductives et descriptives.

Mots clés: sécurité sociale, maternité, travailleurs domestiques.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto socioeconómico.* III. *Cambios en programas sociales.* IV. *Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Reformas legislativas.* VI. *Derecho internacional del trabajo y de la seguridad social.* VII. *Reflexiones a manera de conclusión.* VIII. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

Las novedades más significativas en materia de seguridad social en 2022 fueron las reformas a la Ley del Seguro Social, en específico la ley que dota de seguridad social a personas trabajadoras del hogar; la reforma a la Ley Federal del Trabajo, que después de 52 años aumentó los días de vacaciones para los trabajadores, y aunque pareciera que es una reforma sólo laboral,

las causas que dieron origen a la misma son necesidades que debe atender la seguridad social: el estrés en el trabajo y sus repercusiones en la salud; así como la reforma al plan de privilegio de las pensiones complementarias para los trabajadores del Poder Judicial de la Federación.

Además, se pueden reportar algunas resoluciones, ya sea como tesis aisladas o jurisprudencias de la SCJN que, por lo innovadoras, se consideran importantes para este informe. Dentro de ellas destacaron los temas siguientes: pensiones por viudez y la progresividad del derecho humano a la seguridad social; sobrevivientes y el derecho al mínimo vital; accidente de trabajo por secuestro; y el reconocimiento de personas en estado de vulnerabilidad en las resoluciones que impactan a la seguridad social con perspectiva de género: maternidad y estabilidad laboral reforzada, así como derechos sociales para migrantes.

También es significativo el avance en el programa IMSS-Bienestar y la actividad en aumento en derecho internacional de la seguridad social, que se reporta en uno de los últimos apartados de este informe.

Los avances jurídicos más importantes de 2022 se recopilan en este informe y se presentan en aplicación de los métodos de investigación deductivo y descriptivo, organizados en los siguientes ocho apartados: el primero es esta introducción; el segundo presenta el contexto socioeconómico del país en el que se desarrollaron los avances y retrocesos en derecho social, que ayudan a comprender mejor su causa y las consecuencias esperadas; el tercero se dedica a los cambios en programas sociales asistenciales; en el cuarto se hace una breve reseña de las principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de la misma forma, se analizan en el quinto apartado las pocas, pero significativas, reformas legislativas; en el sexto apartado se presentan las noticias de derecho internacional del trabajo y de la seguridad social; el informe cierra con algunas reflexiones a manera de conclusión y las respectivas fuentes de consulta.

II. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO

El aspecto económico durante 2022 resultó poco alentador para el desarrollo del país, así lo demuestra el último informe publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) sobre el Producto Interno Bruto (PIB), que establece que para el tercer semestre del año el PIB avanzó 0.9% en comparación al mismo periodo del año anterior, teniendo un crecimiento

to anual de 2.8%.¹ Esta cifra corresponde con el pronóstico de crecimiento económico establecido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe para el país al prever un crecimiento para este año del 2.9%.²

Los ingresos más importantes para México en 2022 fueron: las remesas, la exportación de petróleo, las inversiones extranjeras directas y el turismo.³

Al respecto, las remesas de los connacionales que se encuentran en el extranjero, en específico de los mexicanos radicados en Estados Unidos de América y Canadá, que nuevamente cerraron el año con un máximo histórico de \$58.400 billones de dólares, convirtiéndose México en el segundo país que recibe mayores ingresos por concepto de remesas a nivel mundial, después del primer lugar que ocupa China. El aumento de remesas en el país ha ido al alza en los últimos años, lo que se puede apreciar en la siguiente tabla:

TABLA 1. REMESAS INGRESADAS A MÉXICO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

<i>Año</i>	<i>Cantidad</i>
2022	\$58.40 billion USD
2021	\$53.13 billion USD
2020	\$39.50 billion USD
2019	\$35.46 billion USD
2018	\$33.48 billion USD
2017	\$28.60 billion USD

FUENTE: Elaboración propia a partir de los anuarios de *Migración y remesas México*, de 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, realizadas por BBVA Research.⁴

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Producto Interno Bruto, INEGI, México, 2022, p. 1, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/pib_pconst/pib_pconst2022_11.pdf, consultado el 17 de enero de 2022.

² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Economías de América Latina y el Caribe se desacelerarán en 2023 y crecerán 1.3%*, CEPAL, México, 2022, disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/economias-america-latina-caribe-se-desaceleraran-2023-creceran-13>, consultado el 9 de enero de 2023.

³ Carbajal Braulio, “Ingresos externos alcanzan máximos históricos”, *La Jornada*, México, 2022, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2022/10/27/economia/024n1eco>, consultado el 17 de enero de 2023.

⁴ BBVA Research, “Anuarios de migración y remesas”, disponible en: https://www.bbvarsearch.com/wp-content/uploads/2018/09/1809_AnuarioMigracionRemesas_2018.pdf; <https://www.bbvarsearch.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2019/#:~:text=En%20>

En relación con el tema del trabajo, con base en los últimos datos oficiales proporcionados por el INEGI a noviembre de 2022, la Población Económicamente Activa (PEA) en el país se componía de 59.5 millones de personas, 1.2 millones más en comparación con el año anterior. La conformación del PEA se integró por 35.8 millones de hombres y 23.7 millones de mujeres, por lo que 77 de cada 100 hombres en edad de trabajar fueron económicamente activos y, en el caso de las mujeres, 45 de cada 100.⁵ Cabe mencionar que de la PEA, 57.4 millones se encuentran con un trabajo, es decir el 96.6%; sin embargo, 31.9 millones se encuentran en la economía informal: 55.6% de la población con trabajo.

Respecto a la población económica al sector económico en que se desarrollan siete millones de personas (12.3% del total) trabajaban en el sector primario,⁶ 14.3 millones (24.9%) en el secundario⁷ y 35.7 millones (62.2%) estaban en el terciario.⁸ El restante 0.6% no especificó su actividad económica.⁹

Por su parte, los datos proporcionados por el IMSS¹⁰ a noviembre de 2022 señalaron que en el último año se crearon 785,551 puestos de trabajo, siendo la tercera cifra más alta en el registro de empleos por mes en el IMSS.¹¹ Además, este instituto cuenta con un registro de 21.7 millones de puestos de trabajo formales; de los cuales 86.3% son permanentes y el 13.7% son eventuales.

Por último, vale la pena resaltar que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami), que es el organismo público descentralizado encargado

2019%2C%20las%20remesas%20a,2018%20represent%C3%B3%202.7%25%20del%20PIB; <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2020/>; <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2021/>; <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2022/>, consultado el 17 de enero de 2023.

⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Nota Técnica*, INEGI, México, 2022, p. 2, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enoe/15ymas/doc/enoe_n_notatecnica_trim3_2022.pdf, consultado el 10 de enero de 2023.

⁶ Conformado por agricultura, ganadería, silvicultura, caza y pesca.

⁷ Conformado por la industria.

⁸ Conformado por comercio y servicios.

⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *op. cit.*

¹⁰ Acrónimo de Instituto Mexicano del Seguro Social, que es el único organismo gestor nacional del seguro social de los trabajadores de la iniciativa privada.

¹¹ Instituto Mexicano del Seguro Social, *Puestos de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social*, IMSS, 2022, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202212/627>, consultado el 10 de enero de 2023.

de fijar los salarios mínimos en el país, acordó para 2022 un aumento importante en los salarios mínimos generales y profesionales, pasando de \$141.70 pesos (\$7.39 USD)¹² en 2021 a \$172.87 pesos (\$9.01 USD) en 2022 y para la Zona Libre de la Frontera Norte¹³ de \$213.39 pesos (\$5.04 USD) en 2021 a \$260.34 pesos (\$6.05 USD) en el periodo reportado.¹⁴

Finalmente, en relación con la medición de la pobreza, ésta es realizada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), quien proporciona los datos cada dos años. La última medición hecha por el Consejo fue en 2020, en la que se estableció que en el país 55.7 millones de personas se encontraban en situación de pobreza de los cuales, 10.8 millones estaba en pobreza extrema, lo que representa que el 43.9% de la población mexicana estaba en condición de pobreza.¹⁵ Se espera que en el primer semestre de 2023 el Coneval emita las nuevas mediciones de pobreza en el país correspondientes a 2022.

Con independencia a lo anterior, el Coneval emitió un informe referente a la pobreza laboral para el tercer semestre de 2022, en el que refiere que el ingreso laboral real *per cápita* para este periodo fue de \$2,807.49 pesos (\$146.45 USD) teniendo un incremento anual de 1.4% en comparación con el año anterior. Pese a lo anterior, la pobreza laboral aumentó a nivel nacional, pasando de 38.3 a 40.1%, esto a consecuencia principalmente del aumento de los precios de la canasta básica.¹⁶

El costo de la canasta básica¹⁷ por persona aumentó de \$1,901.66 pesos (\$99.19 USD) para la zona urbana en 2021 a \$2,124.70 pesos (\$110.83

¹² Tipo de cambio: \$19.17 pesos = 1 dólar estadounidense, Banco de México, 2023, disponible en: <https://www.banxico.org.mx/tipocamb/main.do?page=tipc&idioma=sp>.

¹³ La zona libre de la frontera norte la conforman 43 municipios de los estados de Baja California, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas.

¹⁴ Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, *Incremento a los Salarios Mínimos para 2022*, Conasami, México, disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/articulos/incremento-a-los-salarios-minimos-para-2022?idiom=es>, consultado el 9 de enero de 2023.

¹⁵ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza*, México, Coneval, 2020, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>, consultado el 10 de enero de 2023.

¹⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *El Coneval presenta información referente a la pobreza laboral al tercer trimestre de 2022*, México, Coneval, 2022, p. 1, disponible en: https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2022/COMUNICADO_18_ITLP_3T_2022.pdf, consultado el 10 de enero de 2023.

¹⁷ El término canasta básica hace referencia al conjunto de productos y servicios considerados esenciales para la subsistencia y bienestar de los miembros de una familia. La canasta

USD) en 2022 y \$1,463.43 pesos (\$76.33 USD) para la zona rural en 2021 a \$1,630.95 pesos (\$85.07 USD) en 2022.¹⁸

Es decir, el ingreso laboral real *per cápita* fue de \$146.45 USD y el costo de la canasta básica en las zonas urbanas de \$110.83 en 2022, resaltando que dicha canasta no incluye los bienes y servicios como transporte, educación, recreación, vestimenta, cuidados personales, entre otros.

III. CAMBIOS EN PROGRAMAS SOCIALES

1. *Aumento en el presupuesto federal para programas sociales asistenciales*

Para 2022, el gobierno federal destinó 3.4 billones de pesos para atender a los más necesitados y vulnerables, incluyendo personas indígenas, afro mexicanas y mujeres a través de Programas para el Bienestar.

Se resalta que para 2021 el gobierno federal ejerció 3 billones de pesos a través de los programas sociales,¹⁹ por lo que la inversión en 2022 fue mayor y representó prácticamente la mitad de todo el presupuesto federal programado para ese año, que fue de 7 billones 88 mil 250 millones de pesos.²⁰

básica la integran granos básicos (maíz, frijol, avena, arroz, café, etcétera); carne, pescado, huevos, leche y productos derivados, higiene personal (papel higiénico, pañales desechables, pasta dental, entre otros); farmacéuticos (agua oxigenada, banditas adhesivas, algodón, preservativos y demás); productos de limpieza (detergente, jabón, etcétera) y frutas y verduras. Gobierno de México, “Canasta básica: importancia y avances”, Gobierno de México, disponible en: <https://www.gob.mx/agricultura/articulos/canasta-basica-importancia-y-avances#:~:text=Los%20grupos%20de%20productos%20que,%2C%20pasta%20dental%2C%20entre%20otros>), consultado el 17 de enero de 2023.

¹⁸ Blog Coneval, *Valor de la canasta alimentaria, diciembre 2022*, México, Coneval, 2023, disponible en: <http://blogconeval.gob.mx/wordpress/index.php/2023/01/11/valor-de-la-canasta-alimentaria-diciembre-2022/>, consultado el 10 de enero de 2023.

¹⁹ Secretaría de Bienestar, “Más presupuesto social en 2022; continuarán Programas de Bienestar en todo el país: Javier May”, Gobierno de México, disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/prensa/mas-presupuesto-social-en-2022-continuaran-programas-de-bienestar-en-todo-el-pais-javier-may-289247?idiom=es>, consultado el 23 de enero de 2023.

²⁰ *Diario Oficial de la Federación*, “Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2022”, Secretaría de Gobernación, México, 2022, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2022.pdf, consultado el 25 de enero de 2023.

2. *Aumento de transferencias monetarias para programas sociales asistenciales*

Para 2022, algunos programas asistenciales que otorgan prestaciones en dinero incrementaron los montos de la prestación económica que garantizan a sus beneficiarios. Los programas sociales y montos que se otorgaron en 2022 fueron los siguientes:

TABLA 2. AUMENTO DE TRANSFERENCIAS MONETARIAS DE PROGRAMAS SOCIALES EN MÉXICO 2022

<i>Nombre del programa</i>	<i>Población beneficiaria</i>	<i>Transferencia 2021</i>	<i>Aumento para 2022</i>
Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente	Niñas, niños y jóvenes de hasta 29 años que tienen discapacidad permanente, así como a personas de 30 y hasta un día antes de cumplir los 65 años, que habite en municipios y localidades con población mayoritariamente indígena o afromexicana o con alto o muy alto grado de marginación.	\$2,700.00 pesos (\$144.48 USD) bimestrales.	\$2,800.00 pesos (\$149.83 USD) bimestrales
Programa Jóvenes Construyendo el Futuro	Personas de entre 18 y 29 años, que no estudian y no trabajan.	\$3,748.00 pesos (\$200.56 USD) mensuales	\$5,258.13 pesos (\$280.98 USD) mensuales
Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores	Personas adultas mayores de 65 años residentes en México.	\$2,700.00 pesos (\$144.48 USD) bimestrales	\$3,850.00 pesos (\$206.02 USD) bimestrales

FUENTE: Elaboración propia a partir de las reglas operacionales de Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente 2021 y 2022; Reglas operacionales del Programa Jóvenes Construyendo el Futuro 2021 y 2022; Reglas operacionales del Programa para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores 2022 y 2023.

3. IMSS Bienestar sustituto de Prospera

En 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se crea el organismo público descentralizado denominado Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social para el Bienestar (IMSS-Bienestar), con la finalidad de sustituir al programa social de carácter asistencial del gobierno federal, del mismo nombre, creado en el 2019 que sustituyó al emblemático programa Prospera. El objetivo de IMSS-Bienestar y ahora del OPD es implementar un esquema de salud centralizado. En específico:

...contribuir a garantizar el derecho constitucional a la protección de la salud, mediante el otorgamiento de servicios de salud, en los diferentes niveles de atención, considerando para ello la implementación y aplicación del Modelo de Atención Integral a la Salud (MAIS)²¹ que vincula la prestación de servicios de salud con la participación activa de la comunidad para el autocuidado de su salud, a favor de la población sin seguridad social.²²

La creación de este organismo tiene como misión de extender sus servicios a 65.6 millones de personas sin seguridad social y brindar atención médica gratuita, de calidad y universal.²³

En 2022, IMSS-Bienestar operó en 24 estados y atendió a más de 25 millones de personas en 350 hospitales. En un día típico se otorgan cerca de 55 mil consultas, 262 intervenciones quirúrgicas, más de 29 mil análisis clínicos y alrededor de 236 partos.²⁴

Las personas beneficiarias del programa IMSS-Bienestar son:

²¹ Modelo de Atención Integral a la Salud

²² Secretaría de Gobierno, “Acuerdo mediante el cual se establecen las Reglas de Operación del Programa IMSS-Bienestar para el ejercicio fiscal 2022”, *Diario Oficial de la Federación*, del 24 de diciembre de 2022, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5639354&fecha=24/12/2021#:~:text=Reglas%20de%20Operaci%C3%B3n,%2C%20eficiencia%2C%20equidad%20y%20transparencia.&text=Reglamento%20Interior%20del%20Instituto%20Mexicano%20del%20Seguro%20Social, consultado el 16 de marzo de 2022.

²³ Instituto Mexicano del Seguro Social, *Cumple IMSS 80 años de ser garante del derecho humano a la salud y protección a la seguridad social*, México, IMSS, 2022, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202301/031#:~:text=En%202022%20se%20cre%C3%B3%20el%20la%20historia%20del%20IMSS>, consultado el 25 de enero de 2023.

²⁴ Instituto Mexicano del Seguro Social, “IMSS-Bienestar no es un cambio de rótulo, sino de régimen en atención médica: Zoé Robledo”, México, 2022, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202212/656>, consultado el 23 de enero de 2023

Personas que carecen de seguridad social y que residen en alguna de las localidades en donde se han celebrado convenios de operación para IMSS-Bienestar, y migrantes extranjeros que están de paso por el territorio nacional.²⁵ Al respecto vale la pena aclarar que los migrantes en tránsito se equiparan a los visitantes sin permiso para realizar actividades remuneradas, con fundamento en lo dispuesto por el artículo sexto transitorio de la Ley de Migración, y según la legislación mexicana son extranjeros en condiciones de estancia de visitantes a los cuales la ley: “Autoriza al extranjero para transitar o permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada, sin permiso para realizar actividades sujetas a una remuneración en el país”.²⁶

Las prestaciones que otorga este programa son las siguientes:

- Atención médica de primer nivel que comprende la atención a urgencias básicas, salud mental, enfermería y medicina preventiva.
- Atención médica de segundo nivel que incluye especialidades de cirugía general, gineco-obstetricia, medicina interna, pediatría, anestesiología, medicina familiar y epidemiología. Cabe aclarar que hasta el momento no se ha definido quién y de qué forma otorgará las prestaciones de atención médica de alta especialidad para los afiliados a este programa.²⁷

Los requisitos para acceder a las prestaciones médicas son:

- Acudir personalmente a cualquiera de las unidades médicas.
- Presentar la Clave Única de Registro de Población (CURP), en caso de no contar con la CURP, podrá presentar su acta de nacimiento o identificación oficial (credencial del Instituto Nacional Electoral, el pasaporte o la cédula profesional).

²⁵ Secretaría de Gobierno, “Acuerdo mediante el cual se establecen las Reglas de Operación del Programa IMSS-Bienestar para el ejercicio fiscal 2022”, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 2024, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5639354&fecha=24/12/2024#:~:text=Reglas%20de%20Operaci%C3%B3n,%2C%20eficiencia%2C%20equidad%20y%20transparencia.&text=Reglamento%20Interior%20del%20Instituto%20Mexicano%20del%20Seguro%20Social, consultado el 16 de marzo de 2022.

²⁶ Ley de Migración, artículo 52.

²⁷ IMSS: Bienestar para toda la vida, “Aportaciones a la política pública del Sector Salud y estrategias para el fortalecimiento de la Seguridad Social 2018-2024”, México, 2018, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/428868/Programa_IMSS_Bienestar_para_toda_la_vida.pdf, consultado el 20 de junio de 2022.

4. *Desaparición del Instituto Nacional de Desarrollo Social*

El presidente Andrés Manuel López Obrador firmó un decreto con el que desaparece el Instituto Nacional de Desarrollo Social (Indesol), creado en 1994, que tenía como objetivo el fomento; la capacitación y formación; la investigación; la documentación, divulgación y comunicación; la vinculación; asesoría y orientación; la información y rendición de cuentas; la promoción de la cultura de género, así como las representaciones institucionales y tiene a su cargo los Programas de Coinversión Social (PCS) y el Programa de Apoyo a las Instancias de las Mujeres en las Entidades Federativas para Implementar y Ejecutar Programas de Prevención de la Violencia contra las Mujeres (PAIMEF).²⁸

Para sustituir este instituto se creó la Dirección General de Bienestar y la Cohesión Social dependiente de la Secretaría del Bienestar para asumir las funciones del Indesol.²⁹

El decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2021 y entró en vigor el 1o. de enero de 2022, y establece que la Dirección General promoverá acciones de vinculación en materia de desarrollo social, bienestar común y cohesión social entre la sociedad civil y las dependencias federales, así como impulsar con instituciones académicas proyectos de investigación.³⁰

IV. PRINCIPALES RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. *Pensiones por viudez y la progresividad del derecho humano a la seguridad social*

La SCJN a través de jurisprudencia emitida el 12 de abril de 2022³¹ tuteló el derecho de la seguridad social y el derecho a gozar de una pensión por viudez,

²⁸ Indesol, “¿Qué hacemos?”, México, 2022, disponible en: <https://www.gob.mx/indesol/que-hacemos>, consultado el 24 de enero de 2023.

²⁹ Con base en el Reglamento Interior de la Secretaría de Bienestar, *Diario Oficial de la Federación*, México, Secretaría de Gobernación, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5618249&fecha=13/05/2021#gsc.tab=0, consultado el 25 de enero de 2023.

³⁰ *Animal Político*, “Desaparece Indesol por decreto de AMLO; Dirección de Bienestar y Cohesión Social realizará sus funciones”, México, 2022, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/politica/desaparece-indesol-decreto-amlo>, consultado el 24 de enero de 2023.

³¹ Tesis: 2a./j. 20/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2024507, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Pensión por viudez para beneficiarios que se encuentran como trabajadores en activo. El artículo 6, fracción XII, inciso

aunque el beneficiario cuente con prestaciones de seguridad social derivadas del desempeño de su trabajo.

La controversia surge cuando una persona demanda una pensión por viudez ante el ISSSTE derivado del fallecimiento de su esposo; sin embargo, el Instituto le negó la pensión por viudez fundamentando la negativa en el artículo 6, fracción XII, inciso 2), de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el cual refiere que serán derechohabientes aquellos familiares que no tengan por sí mismos derechos propios, prestaciones y servicios previstos en la presente Ley, es decir, en este caso como la esposa del trabajador fallecido era trabajadora activa que estaba asegurada por el ISSSTE no podía recibir la pensión por viudez.

La SCJN determinó que los artículos 6, fracción XII, inciso 2), de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y 12, fracción II, inciso c), del Reglamento para el Otorgamiento de Pensiones de los Trabajadores Sujetos al Régimen del Artículo Décimo Transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado son inconstitucionales al establecer la imposibilidad de gozar de una pensión por viudez cuando el beneficiario tenga por sí mismo derechos propios a los seguros, prestaciones y servicios previstos en la Ley. Resaltando que las dos situaciones jurídicas (beneficiarios de una pensión por viudez y las prestaciones derivadas de un empleo) son compatibles y su finalidad es mejorar el nivel de vida de los familiares del trabajador fallecido, por ende, la esposa del trabajador fallecido tendrá derecho a una pensión por viudez independientemente de sus derechos generados por su cuenta propia.

Con esta resolución la Corte avanza al reconocer los derechos laborales y los deslinda del derecho humano a la seguridad social.

2. *Sobrevivientes y el derecho al mínimo vital*

A través de dos criterios emitidos por los órganos del PJJF se protege el ingreso mínimo vital a los beneficiarios de los trabajadores. Estos criterios se materializaron en lo siguiente:

2), de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que impide de manera total el disfrute de tal derecho, resulta inconstitucional por lesionar el derecho a la seguridad social”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024507>, fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022.

El 13 de mayo de 2022, un tribunal colegiado de circuito emitió un criterio en el que se establece que la pensión por orfandad no puede ser menor al salario mínimo general vigente, esto con la finalidad de garantizarle una vida digna a los beneficiarios de dicha pensión.

La autoridad señala que por ley corresponde a los huérfanos el 20% del salario que percibía su padre o madre antes del fallecimiento y que en caso de haber fallecido ambos, el porcentaje se elevará a 30%, pero este porcentaje no debe ser nunca una cantidad inferior al salario mínimo general vigente, esto con la finalidad de garantizar que los beneficiarios cuenten con los elementos necesarios para tener una calidad de vida digna y decorosa. Además, señala que al establecer lo contrario se estaría violando su derecho al mínimo para la supervivencia económica que contempla el artículo 31, fracción IV de la Constitución.

Este criterio surge a raíz de un amparo directo promovido por el Instituto Mexicano del Seguro Social contra la resolución de la Junta Especial Número 42 de la Federal de Conciliación y Arbitraje a favor de un hombre con discapacidad física y que recibe pensión por orfandad derivada de la muerte de su padre en 1998, pero menor al salario mínimo general vigente, por lo que solicitó un aumento a dicha pensión para cubrir las necesidades mínimas requeridas por su condición; sin embargo, la Junta³² en su resolución no precisa una cantidad exacta, ni tampoco establece lo que no concede, es por ello que al promover el amparo y ser otorgado, se emitió dicho criterio a fin de esclarecer la manera en que se garantice el mínimo vital a los beneficiarios de la pensión por orfandad, teniendo en cuenta que los beneficiarios forman parte de un sector vulnerable.³³

³² La Junta Especial de la Federal de Conciliación y Arbitraje tiene como función impartir justicia, promoviendo la paz social y armonía en las relaciones laborales, mediante la conciliación y el arbitraje. Garantizando a trabajadores y patrones o empleadores de las ramas industriales y empresas de jurisdicción federal, respeto a la ley, transparencia, certeza y seguridad jurídica en la resolución de los conflictos laborales, en: Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, ¿Qué hacemos?, México, 2020, disponible en: <https://www.gob.mx/jfca/que-hacemos>, consultado el 19 de enero de 2022.

³³ Tesis: VIII.1o.C.T.15 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Octavo Circuito, “Pensión por orfandad. De la interpretación conforme de los artículos 156 y 157 de la Ley del Seguro Social derogada, se concluye que su monto mínimo no debe ser menor al salario mínimo general vigente, para satisfacer el derecho al mínimo vital”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024603>, consultado el 1o. de diciembre de 2022.

El segundo criterio lo emitió la SCJN a través de jurisprudencia el 15 de julio de 2022, el cual tuteló el derecho a la seguridad social de los beneficiarios de un trabajador fallecido, que no logró reactivar sus derechos (semanas cotizadas con anterioridad). Esto se debe a que en México hay dos leyes en materia de seguridad social que regulan a los trabajadores de la iniciativa privada la Ley del Seguro Social de 1973 (derogada) y la Ley del Seguro Social de 1997 (vigente), ambas leyes en sus artículos 183, fracción III y 151, fracción III respectivamente establecen que si una persona deja de cotizar por un periodo de tiempo de más de 6 años, para que se le reconozcan sus semanas cotizadas anteriores tiene que reactivarlas a través de la cotización de 52 semanas, es decir debe trabajar en la iniciativa formal por lo menos un año. Pese a lo anterior, si la persona asegurada fallece sin lograr reactivar las semanas cotizadas requeridas, la Ley de 1973 no contempla un supuesto específico para garantizar los derechos a las personas beneficiarias del trabajador fallecido en caso de no lograr reactivar sus derechos.³⁴

El origen de la controversia se desarrolló cuando un trabajador cotizó al seguro social 829 semanas y posteriormente se dio de baja del régimen obligatorio del seguro social. Tiempo después, el trabajador se reincorporó al sistema de seguridad social, sin embargo, fallece logrando cotizar sólo 45 semanas.

La esposa del asegurado fallecido solicitó al IMSS la pensión por viudez derivado a la muerte del asegurado; sin embargo, el Instituto se la negó bajo el argumento de que el trabajador no reunió las 52 semanas que establece la Ley para la reactivación de este derecho.

La SCJN entró en el estudio del caso y resolvió que los artículos 183, fracción III, de la anterior Ley del Seguro Social, y su correlativo 151, fracción III, vulneran el derecho a la seguridad social al no prever la figura de reactivación de derechos ante la muerte de la persona trabajadora, ya que esto es una causa ajena a la voluntad de la misma y el no haber ocurrido este hecho (la muerte) la persona hubiese estado en posibilidades de cubrir las semanas faltantes para reactivar sus cotizaciones, mismas que son suficientes para la procedencia de una pensión por viudez. Por lo tanto, las normas en comento no pueden

³⁴ Tesis: 2a./J. 26/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2024952, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Derechos de seguridad social. El artículo 183, fracción III, de la anterior Ley del Seguro Social, y su correlativo 151, fracción III, de la vigente, al no prever la figura de la reactivación de derechos de una persona trabajadora que fallece sin haber cotizado cincuenta y dos semanas después de reingresar al régimen obligatorio, vulneran el derecho fundamental a la seguridad social”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024952>, fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022.

ser aplicadas en perjuicio a sus beneficiarios, en este caso, se tiene que otorgar la pensión por viudez a la esposa del trabajador fallecido.

El análisis de estas dos resoluciones se suma a las analizadas en informes de años anteriores, que en conjunto demuestran una clara tendencia de la Corte a ponderar el derecho humano a la seguridad social y al mínimo vital, por encima de la interpretación textual de la ley vigente. Por lo que, de un lado, no hay reformas en las normas que ocasionan que la Corte acorde a la realidad interprete con base en las normas internacionales, pero de otro lado las resoluciones de la Corte sólo protegen a quien demanda, por lo que las resoluciones visibilizan únicamente la necesidad de las reformas legales.

3. *Beneficio por maternidad: seguridad social con perspectiva de género*

La protección de la maternidad a través de la seguridad social la podemos ver de forma especial en dos criterios jurisprudenciales publicados en 2022.

El primero de ellos se desprende de tesis aislada del 14 de junio de 2022, en la que un tribunal colegiado de circuito tuteló el derecho de juzgar con perspectiva de género cuando la parte patronal no inscriba a su trabajadora embarazada al Seguro Social. La controversia surge cuando una trabajadora demandó gastos médicos por concepto del parto, en virtud que su patrón no la inscribió al Seguro Social. El patrón no contestó la demanda, ni prueba de inscripción al régimen de seguridad social.

El tribunal en su análisis mencionó que los artículos 46, 47, 48 y 49 del Convenio 102 relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); 170, fracciones II y V, de la Ley Federal del Trabajo; 84, fracción I, 85, 88 y 94, fracciones I y II, de la Ley del Seguro Social, establecen que las mujeres trabajadoras tienen el derecho a un seguro de maternidad durante el embarazo, parto y sus consecuencias de éste, donde se garantizarán prestaciones en dinero y en especie, por lo tanto, si el patrón no inscribió a la trabajadora en el régimen de seguridad social obligatorio y ésta reclama el pago de los gastos realizados en el periodo de embarazo, parto y puerperio, se debe condenar a la parte patronal al pago de los mismo, juzgando el asunto con perspectiva de género.³⁵

³⁵ Tesis: VI.1o.T.3 L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2024841, tribunales colegiados de circuito, “Gastos médicos erogados por embarazo, parto y puerperio. Conforme al método de juzgar con perspectiva de género, procede su pago cuando

El segundo criterio se publicó el 18 de marzo de 2022. En éste, un Tribunal Colegiado de Circuito emitió criterio que establece que cuando se trate del despido de mujeres embarazadas, siempre se debe observar la situación con perspectiva de género y atendiendo a las particularidades del caso, mismas que deberán juzgarse de manera menos rigurosa teniendo en cuenta su estado y las dificultades que éste conlleva para cualquier mujer, es decir, que las pruebas que pudieran presentar las mujeres en estado de gravidez que sean despedidas durante ese proceso, sean observadas siempre atendiendo a su condición y recordando que se encuentran protegidas por la Constitución, no sólo durante el embarazo sino también después del nacimiento de sus hijos, pues las mujeres en esta etapa de la vida siempre se encuentran en desventaja generado una falta de estabilidad laboral, discriminación, despidos por inasistencias derivado a la condición del embarazo, entre otros.

Este criterio, surgió cuando una mujer embarazada presentó una demanda laboral por haber sido despedida de su trabajo durante su embarazo, argumentando el patrón que se había excedido en faltas derivado a la maternidad. El Tribunal que conoció del caso determinó que el patrón no era responsable pues si existían faltas injustificadas, ante esto la ofendida presentó juicio de amparo, en el que el Tribunal Colegiado concedió la protección a la trabajadora tomando las consideraciones anteriores.³⁶

Estas resoluciones han sido bien recibidas las diversas asociaciones de feministas, que, si bien encaminan sus reclamos constantes en contra de los feminicidios, los derechos laborales para mujeres son también algunas de sus demandas.

4. *Accidente de trabajo por secuestro*

El Segundo Tribunal Colegiado en materia de trabajo del Cuarto Circuito emitió un criterio a través de una tesis aislada³⁷ que resulta interesante anali-

no quede demostrado que el patrón inscribió a la trabajadora en el Seguro Social”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024841>, fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022.

³⁶ Tesis aislada: II.2o.T.3 L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, tribunales colegiados de circuito, “Despido de una trabajadora embarazada. La causal de rescisión por faltas de asistencia durante el periodo de gravidez debe juzgarse con perspectiva de género, aplicando un estándar probatorio flexible”, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024317>, consultado el 7 de diciembre de 2022.

³⁷ Poder Judicial de la Federación, Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, Amparo directo 762/2021, disponible en: <http://sise.cjf.gob.mx/SVP/>

zar, considerando que se trata de un riesgo de trabajo como consecuencia de un hecho delictivo y que la beneficiaria es una mujer.

La resolución considera la existencia de un riesgo de trabajo por muerte del trabajador y la viuda y huérfanos tienen derecho a recibir las prestaciones respectivas. Esto a pesar de que el riesgo de trabajo fue consecuencia del secuestro del trabajador ocurrido presumiblemente en el trayecto de su centro de trabajo a su casa, sin existir pruebas específicas que puedan determinar cuál fue el lugar en el que fue secuestrado para considerar un accidente *in itinere* y de que, aunque se pagó el rescate el trabajador, no fue localizado ni con vida ni muerto.

El Tribunal señala que, al juzgar con perspectiva de género, la esposa del trabajador es una persona vulnerable y se deben además proteger los derechos de la niñez de sus menores hijos, por lo que se confirma la existencia del riesgo de trabajo.

5. Seguridad social y migración

Un grupo de nueve migrantes con calidad de visitantes por razones humanitarias en México, promovieron un amparo indirecto luego de que se les fuera negada la asignación de la Clave Única de Registro de Población,³⁸ pues su estatus en el país no les permite obtener el registro toda vez que el artículo 59 de la Ley de Migración contempla que únicamente los residentes temporales y permanentes tendrán derecho a obtener la CURP, mientras que el artículo 52 de la misma Ley que los define como visitantes por razones humanitarias, indirectamente los imposibilita para obtener este documento. Cabe aclarar que la CURP es indispensable, pues se trata de un requisito para acceder a cualquier programa social, inscripción a escuelas, acceder a registros laborales, prestaciones de seguridad social, etcétera.

El amparo interpuesto les fue negado, por lo que presentaron un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y como consecuencia, la Primera Sala de la SCJN emitió jurisprudencia en la que establece que el Estado tiene la obligación de proporcionar los medios adecuados para que toda persona pueda acceder a los derechos reconocidos en nuestra Constitución, y la finalidad de la CURP es el registro e identificación en forma

word1.aspx?arch=157/01570000279330240006006.docx_1&sec=Rd%C3%BAI_D%C3%ADa%2FVillarreal&stp=1, fecha de consulta 19 de enero de 2023.

³⁸ En adelante CURP.

individual de la población, no de su calidad migratoria, sino de quienes habitan el país, por lo que no existe razón para que les sea negada la obtención a personas con calidad de visitantes por razones humanitarias, por el contrario, no hacerlo representa un acto de discriminación y fomenta la desigualdad y la falta de oportunidades, pues la CURP no sólo es un instrumento de identificación sino que en México es un requisito indispensable para acceder a los derechos fundamentales, como trabajo, salud, educación, programas de vivienda, de alimentación y cualquier tipo de solicitud, trámite o servicio oficial que se requiera.

En tal sentido, la SCJN, hace énfasis en la obligación del Estado de eliminar cualquier impedimento para que los habitantes de nuestro país, incluyendo a los migrantes, gocen de sus derechos económicos, sociales y culturales y, por lo tanto, sean sujetos del otorgamiento de la CURP.³⁹

V. REFORMAS LEGISLATIVAS

1. Seguridad social para personas trabajadoras del hogar

El 16 de noviembre de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, en materia de aseguramiento para personas trabajadoras del hogar.⁴⁰

Esta reforma se da a consecuencia de un amparo directo⁴¹ promovido ante la Segunda Sala de la SCJN, cuya sentencia del amparo señaló la inconstitucionalidad de la fracción II del artículo 13 de la Ley del Seguro Social, el cual, mencionaba que las personas trabajadoras del hogar podrían incorporarse voluntariamente al seguro social. Cabe mencionar que en México existen dos regímenes que permiten incorporarse al IMSS: el voluntario y el obligatorio.

³⁹ Jurisprudencia: 1a./J. 81/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Primera Sala, “Derechos de personas migrantes. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales requiere de los medios necesarios para ejercerlos efectivamente”, disponible en: <https://sj2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024786>, consultado el 7 de diciembre de 2022.

⁴⁰ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, en materia de personas trabajadoras del hogar”, México, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5671665&fecha=16/11/2022#gsc.tab=0, consultado el 12 de enero de 2023.

⁴¹ Amparo directo 8/2018.

En el régimen voluntario no se requiere de un empleador y la decisión de incorporarse recae en el trabajador, reconociéndole únicamente el acceso a las prestaciones en especie del seguro de salud, para él y sus familiares.

El régimen obligatorio se divide a su vez en dos categorías: la primera impone a los empleadores la obligación de afiliarse a sus trabajadores ante el IMSS y les otorga la protección integral de las prestaciones en especie y económicas de todos los seguros.⁴² La segunda permite la incorporación a este régimen a la decisión del empleador y de los trabajadores independientes, como los profesionistas. Además, esta categoría no incluye todas las prestaciones para todos los trabajadores.

Cabe aclarar que los trabajadores domésticos estaban en esta categoría normada por la citada fracción II del artículo 13 de la Ley del Seguro Social.

Como parte del contexto social se debe referir que el tema de la desigualdad social se visibiliza fuertemente en 2018 gracias a la película *Roma*, de Alfonso Cuarón (su director) que narra la vida de una familia de clase media y Cleo, su trabajadora doméstica en la colonia Roma de la Ciudad de México.

Esto alentó la crítica de la opinión pública y a las condiciones de trabajo; en consecuencia, la Corte dictó una sentencia sin precedentes, en la que mandata en 2018 al Poder Legislativo para emitir directrices que orientaran al IMSS y además que reformara las legislaciones respectivas para proteger de manera efectiva el goce del derecho humano a la seguridad social de las trabajadoras domésticas.⁴³

La sentencia señalada dio origen a diversos procesos legislativos:

- El 2 de julio de 2019 entró en vigor una reforma a la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social,⁴⁴ teniendo como punto central el reconocimiento de los trabajadores del hogar como sujetos de asegu-

⁴² Riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez y guarderías y prestaciones sociales.

⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo 9/2018, SCJN, México, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-embematicas/resumen/2020-12/Resumen%20AD9-2018%20DGDH.pdf>, consultado el 9 de enero de 2023.

⁴⁴ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar”, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/Prog_leg_LXIV/043_DOF_02jul19.pdf, consultado el 9 de enero de 2023.

- miento en el régimen obligatorio, con responsabilidad para los empleadores y con el derecho a todas las prestaciones.⁴⁵
- En julio de 2020 el Estado mexicano ratifica el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo en materia de personas trabajadoras del hogar, lo que robustece el compromiso previo de crear una legislación adecuada que brinde la protección necesaria a este sector laboral.⁴⁶
 - Se crea un programa piloto en el IMSS que tiene como objetivo garantizar el acceso a la seguridad social a las personas trabajadoras del hogar, en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores como sujetos de incorporación obligatoria teniendo una cobertura en servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, atención obstetricia, incapacidades, pensión por invalidez y vida, fondo para el retiro, además de prestaciones sociales como guarderías.⁴⁷

Recientemente se crea un capítulo especial en materia de personas trabajadoras del hogar dentro de la Ley del Seguro Social, publicado el 16 de noviembre del 2022 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Dicha reforma, anexa el capítulo XI al título segundo de la Ley del Seguro Social que se conforma por los artículos del 239-A al 239-H, las cuales establecen las condiciones laborales en materia de seguridad social de las personas trabajadoras del hogar, creando una definición y categorías (239-A), mencionando quiénes no pueden ser considerados dentro de este rubro (239-B) y las obligaciones de los empleadores (239-C). De igual forma, este nuevo capítulo refiere los supuestos de terminación del aseguramiento (239-D), se establece la obligación de continuar con las aportaciones de la cuota patronal en caso de accidente de trabajo (239-F), así como la integración del salario base de cotización de las personas trabajadoras del hogar y los días de pagos al instituto.

Por último, otro punto a destacar es que el decreto no sólo anexa los numerales ya mencionados, sino que reforma la fracción IV del artículo 5 A de

⁴⁵ Ley del Seguro Social, artículo 12.

⁴⁶ Senado de la República, Comisión de Trabajo y Previsión Social, Oficio: CTPS/LXV/0143/2021, disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/65/1/2021-12-141/assets/documentos/CTPS_Relatoria_Parlamento_Abierto.pdf, consultado el 9 de enero de 2023.

⁴⁷ Instituto Mexicano del Seguro Social, “Programa piloto: incorporación de las personas trabajadoras del hogar”, México, 2022, p. 3, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/437796/PROGRAMA_PILOTO-comprimido.pdf, consultado 19 de enero de 2023.

la Ley del Seguro Social, incorporando el concepto de persona empleadora que se utiliza como sinónimo o en sustitución del concepto de patrón.

2. Pensión complementaria para los trabajadores del Poder Judicial de la Federación en México

En México, la seguridad social de los trabajadores del Poder Judicial de la Federación (PJF), se fundamenta en el artículo 123 apartado B de la Constitución, mismo que da origen a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que es el seguro social encargado de brindarles seguridad social a los burócratas través de diversos seguros: salud, riesgos de trabajo, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, para ellos y para sus familiares y/o dependientes.

No obstante, lo anterior, a los trabajadores del PJF —en específico, jueces, magistrados y trabajadores con un alto cargo— se les otorga una doble pensión, tomando en consideración que el 3 de abril de 1996 se aprueba por el propio Pleno del Consejo de la Judicatura Federal el Acuerdo General de Administración 4/96, que estableció el Plan de Pensiones Complementarias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello, se constituyó un fideicomiso de inversión y administración, con objeto de financiar el pago de dicha pensión, el cual sería administrado entre la SCJN y el banco HSBC, quien recibiera, custodiara, invirtiera, administrara y aplicara el respectivo fondo fideicomitado.

La pensión complementaria es una retribución mensual vitalicia, cuyos beneficiarios son el servidor público (magistrados de circuito y jueces de distrito del Poder Judicial de la Federación, así como a los mandos superiores de la SCJN) y a falta de él, su cónyuge supérstite o el concubinario, los hijos hasta los 16 años o de forma permanente si cuentan con alguna discapacidad.

El financiamiento se compone en 1% del fideicomiso de inversión y administración y del 99% de los recursos cargados al presupuesto anual ordinario de la SCJN. La base de cálculo para la pensión complementaria corresponde al salario neto percibido al momento de la baja y está en función de la edad y los años laborados, para ello se establece la división entre jubilación forzosa al cumplir 75 años, y la jubilación anticipada, que es el retiro voluntario al haber cumplido 65 años, en ambos casos se debe tener por lo menos 25 años de servicio, llegando como máximo a los 35 años de servicio con el 80% y a los 75 años con el mismo porcentaje.

Este Plan de Pensiones Complementarias se reformó el 26 de agosto de 2022⁴⁸ y ahora señala que para la pensión de sobrevivientes:

1. La base para el cálculo de la pensión ya no estará sujeta a la edad y tiempo de servicios del trabajador, sino que se establece el tope máximo en todos los casos.
2. La pensión se otorgará tomando como base el último salario bruto del trabajador, que es más alto que el salario neto que servía antes de la reforma para el cálculo.
3. El monto de la pensión para los beneficiarios será igual al 80% del salario bruto del trabajador fallecido y se compondrá de dos componentes: la pensión por viudez u orfandad que otorgue el ISSSTE y se complementará hasta llegar al monto determinado (80% del último salario bruto) con la pensión del Plan de Pensiones Complementarias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De lo anterior, se puede apreciar que, si bien el derecho humano a la seguridad social es inherente a la persona, la presente pensión complementaria es un privilegio enfocado en la posición política y laboral de los derechohabientes, pues reciben dos veces el beneficio, sin que para ello realicen una doble aportación. Esto ha sido tema de crítica de diversos legisladores, más aún en este sexenio que se habla de austeridad republicana.

3. *Vacaciones dignas*

El 27 de diciembre de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforman los artículos 76 y 78 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) en materia de periodos vacacionales de los trabajadores de la iniciativa privada. El punto central de esta reforma consiste en el incremento de los días de vacaciones de los trabajadores, que para el primer año de servicio antes de la reforma el trabajador gozaba de 6 días y con dicha modificación pasa a 12 días por el primer año trabajado.

⁴⁸ *Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma el que regula el plan de pensiones complementarias de magistrados de circuito y jueces de distrito, en relación con la pensión a beneficiarios, México, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://doj.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5662662&fecha=26/08/2022#gsc.tab=0, consultado el 19 de enero de 2023.

Asimismo, los días de vacaciones irán incrementando dos días por año trabajado hasta llegar a 20 días, por lo que, a partir del sexto año de servicio, los días de vacaciones aumentarán dos días por cada cinco años de servicio. Asimismo, otra de las bondades de esta reforma es que permite al trabajador decidir si tomará de forma consecutiva o fraccionada los días de vacaciones. Dichas vacaciones con esta reforma se reflejan de mejor manera con la siguiente tabla:

TABLA 3. DÍAS DE VACACIONES POR AÑOS DE TRABAJO
CON LA REFORMA DE DICIEMBRE DE 2022

<i>Vacaciones</i>	
<i>Años de servicio</i>	<i>Días vacaciones</i>
1 año	12 días
2 años	14 días
3 años	16 días
4 años	18 días
5 años	20 días
6 a 10 años	22 días
11 a 15 años	24 días
16 a 20 años	26 días
21 a 25 años	28 días
26 a 30 años	30 días
31 a 35 años	32 días

FUENTE: Elaboración propia a partir del decreto por el que se reforman los artículos 76 y 78 de la Ley Federal del Trabajo, en materia de vacaciones, publicado el 27 de diciembre de 2022.

El contexto de la reforma se puede ver desde cuatro puntos importantes:

1. No se habían aumentado las vacaciones desde hace 52 años en la actual LFT de 1970.⁴⁹

⁴⁹ *Diario Oficial de la Federación*, Original Ley Federal del Trabajo, México, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft/LFT_orig_01abr70_ima.pdf, consultado el 10 de enero de 2023

2. Esta reforma se da como resultado de la suma de múltiples iniciativas⁵⁰ que pretendían elevar las vacaciones argumentado por derecho comparado que la legislación mexicana sólo garantizaba de mejor manera este derecho que otros países en los que no existe una obligación por parte del patrón a proporcionar días de vacaciones como el caso de Tonga y Kiribati,⁵¹ lo que dista de otras legislaciones laborales, como las de Gran Bretaña e Irlanda, donde este periodo vacacional parte de un mínimo de 28 días.
3. El impacto en la seguridad social. México ha iniciado desde hace varios años la regulación de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo para mejorar los entornos laborales, en específico con la entrada en vigor de la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 relativa a la prevención de riesgos psicosociales en el trabajo en 2109.
4. Los datos sobre estrés laboral han contribuido a la aprobación de esta reforma, pues el 75% de la población en México según la Organización Mundial de la Salud (OMS) padece estrés laboral, lo que coloca a México por encima de grandes potencias económicas como China y Estados Unidos. En concordancia con lo anterior, México también es el país con mayor número de horas trabajadas, debido a que en promedio un trabajador mexicano labora 2,124 horas al año, cuando el promedio mundial es de 1,687 horas anuales, esto según cifras de la Organización para la Cooperación y Desarrollo de las Economías (OCDE).⁵²

Esto tiene una repercusión en materia de seguridad social, pues genera grandes costos, ya que con base en datos de la OIT el estrés laboral puede representar costos del 0.5 al 3.5% del PIB que para el caso de México ronda entre los 5,000 y 40,000 millones de dólares.⁵³

⁵⁰ Veintidós de septiembre de 2020 por la senadora Sasil de León Villard; 9 de diciembre de 2021, la senadora Geovanna del Carmen Bañuelos de la Torre; 10 de febrero de 2022, la senadora Patricia Mercado Castillo; 15 de junio de 2022, el senador Ricardo Velázquez Meza; 20 de septiembre de 2022, la senadora Bertha Alicia Caraveo Camarena

⁵¹ Como son los casos de los Estados Unidos, Micronesia, Tonga y Kiribati.

⁵² *Idem*.

⁵³ Hernández, Gerardo, “¿Cuánto le cuesta el estrés laboral a empresas, personas y economía en México?”, *El Economista*, México, 2022, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Cuanto-le-cuesta-el-estres-laboral-a-empresas-personas-y-economia-en-Mexico-20220803-0097.html>, consultado el 17 de enero de 2023.

VI. DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. *Ratificación del Convenio Internacional C-190 de la Organización Internacional del Trabajo*

El 6 de abril del 2022 se publicó el decreto⁵⁴ por el que se aprueba el Convenio 190 de la OIT sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra el 21 de junio de 2019. Este instrumento internacional reconoce el derecho de todas las personas a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, aplica para todas las modalidades de trabajo y contempla que las actividades laborales no siempre se realicen dentro un espacio determinado y, por lo tanto, plantea una perspectiva amplia.

El Convenio C-190 protege: *a)* los trabajadores con inclusión de los asalariados, según se definan en la legislación y la práctica de cada país; *b)* las personas que trabajan independientemente de su situación contractual; *c)* las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices; *d)* los trabajadores despedidos; *e)* los voluntario; *f)* las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo; así como, *g)* los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.⁵⁵

La ratificación de este Convenio, que entró en vigor el 6 de julio de 2023, es muy importante porque si bien la legislación laboral mexicana ya incluye regulación sobre el acoso laboral desde 2012, la realidad es que se requiere de su actualización, primero para contemplar diversos tipos del mismo, como el acoso laboral ascendente de trabajadores subordinados hacia los jefes y, segundo, para que sea aplicable a todos los tipos de trabajadores y no sólo a los subordinados.

⁵⁴ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se aprueba el Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra, el veintiuno de junio de dos mil diecinueve”, México, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648165&fecha=06/04/2022#gsc.tab=0, consultado el 13 de enero de 2023.

⁵⁵ *Gaceta del Senado*, Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Relaciones Exteriores del Senado de la República, por el que se aprueba el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo “Sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, adoptado en Ginebra, el 21 de junio de 2019”, Ciudad de México, 15 de marzo de 2022, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/124374. Consultada el 22 de diciembre de 2022.

2. *Convenio Marco de Colaboración Técnica entre el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social de los Estados Unidos Mexicanos (Coneval) y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS)*

El Coneval y la CISS firmaron en la Ciudad de México⁵⁶ el Convenio Marco de Colaboración Técnica para impulsar el análisis y la generación de evidencia sobre la efectividad de las políticas públicas para el acceso a los derechos sociales y a la protección social. Cabe mencionar que dicho Convenio entró en vigor el 13 de junio de 2022.

El Convenio tiene una vigencia de cinco años prorrogables por periodos de igual duración y contempla: *a)* estudios y evaluaciones de políticas y programas sociales en México; *b)* proyectos de investigación sobre programas y políticas regionales; *c)* seminarios, cursos, talleres y conferencias; *d)* publicaciones editoriales conjuntas, y *e)* intercambio de información sobre eventos de interés que puedan difundirse en redes sociales.

3. *Memorándum de entendimiento entre el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)*

El IMSS y el UNICEF firmaron el 1o. de marzo de 2022 el Memorándum de Entendimiento para implementar estrategias de prevención, detección y manejo radical de todas las formas de mala nutrición en embarazadas, niñez y adolescencia.⁵⁷ Esta alianza estratégica tiene por objetivo prevenir, detectar y manejar todas las formas de mala nutrición, particularmente desde el embarazo y hasta la adolescencia, pues se ha detectado que, durante este periodo, si no reciben una alimentación de calidad no se desarrollan adecuadamente.

Aunado a lo anterior, la Encuesta Nacional de Nutrición de 2020 reveló un aumento en el sobrepeso y la obesidad de la población infantil, al 2021 repor-

⁵⁶ Convenio Marco de Colaboración, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social de los Estados Unidos Mexicanos (Coneval) y Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), Ciudad de México, 13 de junio de 2022, disponible en: <https://ciss-bienestar.org/wp-content/uploads/2022/02/Convenio-CISS-CONEVAL-2022.pdf>, consultado el 17 de diciembre de 2022.

⁵⁷ Memorándum de Entendimiento para Prevenir de Manera Radical la Mala Nutrición, IMSS y UNICEF-México, Ciudad de México, 1o. de marzo de 2022, disponible en: http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/ief_news/IMSS.%20Boletin.%20104_0.pdf, consultada el 19 de diciembre de 2022.

ta 18.6%;⁵⁸ y a nivel nacional, 74.1 de los adultos tenían sobrepeso (38.1%) u obesidad (36%).⁵⁹

4. *Memorándum de entendimiento entre la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)*

La STPS, el IMSS y el UNICEF firmaron un memorándum de entendimiento para establecer las bases y mecanismos de colaboración técnica institucional en materia de promoción de políticas orientadas a las familias y de fortalecimiento a la lactancia materna en centros de trabajo, el 10 de agosto de 2022.⁶⁰

La iniciativa se suma a esfuerzos en los que STPS, IMSS y UNICEF participan de manera coordinada, entre los que destaca la elaboración de la “Guía ya para la instalación y funcionamiento de salas de lactancia y el fomento de una cultura de lactancia materna en los centros de trabajo”. Cabe aclarar que México ha apostado por la protección al derecho universal de la lactancia materna desde todas las esferas normativas, partiendo por una política pública⁶¹ cuya fuente proviene de diversos instrumentos internacionales suscritos por la nación mexicana y de regulaciones nacionales, por lo que cuenta desde 2018 con el Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-050-SSA2-2018, para el fomento, protección y apoyo a la lactancia materna.⁶²

Este memorándum es relevante pues se requiere implementar más medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral, que se sumen al fomento de la lactancia materna y a las guarderías para el cuidado de los hijos de las personas trabajadoras.

⁵⁸ Instituto Nacional de Salud Pública, *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2020*, México, INSP, 2020, p. 20, disponible en: <https://ensanut.insp.mx/encuestas/ensanutcontinua2020/doctos/informes/ensanutCovid19ResultadosNacionales.pdf>, consultado el 11 de enero de 2023.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁰ Memorándum de Entendimiento entre la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), México, 10 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/para-fortalecer-acciones-en-favor-de-la-lactancia-materna-en-centros-de-trabajo>, consultado el 26 de diciembre de 2022.

⁶¹ UNICEF-México, “Lactancia y trabajo”, 2018, disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/micrositios/DGDHIGyAI/resources/campanas/lactanciaMaternaComoDerecho.pdf>, consultado el 10 de enero de 2023.

⁶² Cabe mencionar que es un proyecto sin vigencia.

5. *Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación y Asistencia Técnica entre España y México para la defensa de los derechos de los trabajadores*

En la Ciudad de México el 30 de noviembre de 2022,⁶³ México y España suscribieron un memorando de entendimiento con el fin de trabajar conjuntamente por el respeto a los derechos laborales, impulsar la recuperación del poder adquisitivo del salario mínimo y la desaparición de la subcontratación de personal.

Mediante este instrumento se prevé cooperar en la defensa de los derechos de los trabajadores, en el desarrollo de habilidades formativas y adaptadas a la innovación tecnológica y medioambiental en el mercado de trabajo, así como en el fomento de la economía social y en la promoción de la democracia en el trabajo.

Adicionalmente, se acordó que los dos países registran políticas coincidentes en materia de incremento al salario mínimo, la mejora de las condiciones laborales y la protección social de grupos en situación de vulnerabilidad, el fortalecimiento de la inspección laboral, la promoción del diálogo social, la libertad sindical, así como la negociación colectiva auténtica y la capacitación laboral de jóvenes.

VII. REFLEXIONES A MANERA DE CONCLUSIÓN

En 2022 se logra un aumento en el monto presupuestal que se destina a los programas sociales asistenciales, lo cual demuestra que el gobierno que encabeza Andrés Manuel López Obrador sigue enfocado en la ampliación e incremento de este tipo de programas, incrementando no sólo el número de beneficiarios, sino también los montos económicos que se asignan por beneficio.

Se deberá analizar qué tan benéfico resulta la sustitución del programa Prospera a través del IMSS-Bienestar, considerando que es un programa de reciente implementación y que requerirá de un cierto tiempo de adaptación para ver si los resultados son favorables o no en beneficio de los destinatarios.

⁶³ Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación y Asistencia Técnica entre España y México para la defensa de los derechos de los trabajadores, 30 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2022/301122-diaz-mexico.aspx>, consultado el 5 de diciembre de 2022.

Respecto a las reformas legislativas, 2022 puede considerarse como un año histórico, tomando en cuenta que por primera vez se contempla a través de la Ley del Seguro Social la posibilidad de aseguramiento para las trabajadoras del hogar y, por otra parte, se logra luego de 52 años, el aumento de los días de vacaciones que se otorgan a los trabajadores.

Y finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través del análisis de los casos que se someten a su consideración emite resoluciones que son de gran utilidad para orientar a los juzgadores a nivel nacional sobre la forma en que se tienen que abordar los temas novedosos o de trascendencia que se presentan en la actualidad como es el caso de progresividad del derecho humano a la seguridad social en los casos de pensiones por viudez, el derecho al mínimo vital en la asignación de montos de pensión por orfandad, la protección del derecho de maternidad, entre otros, los cuales demuestran que a través de las resoluciones jurisdiccionales también se logran avances importantes en materia de seguridad social. Sin duda un año de avances.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

Animal Político, “Desaparece Indesol por decreto de AMLO; Dirección de Bienestar y Cohesión Social realizará sus funciones”, México, 2022, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/politica/desaparece-indesol-decreto-amlo>.

BBVA Research, “Anuarios de migración y remesas”, disponible en: https://www.bbvarsearch.com/wp-content/uploads/2018/09/1809_AnuarioMigracion-Remesas_2018.pdf; [https://www.bbvarsearch.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2019/#:~:text=En%202019%2C%20las%20remesas%20a,2018%20represent%C3%B3%202.7%25%20del%20PIB](https://www.bbvarsearch.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2019/#:~:text=En%202019%2C%20las%20remesas%20a,2018%20represent%C3%B3%202.7%25%20del%20PIB;); <https://www.bbvarsearch.com/publicaciones/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2020/>; <https://www.bbvarsearch.com/publicaciones/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2021/>; <https://www.bbvarsearch.com/publicaciones/mexico-anuario-de-migracion-y-remesas-2022/>.

Blog Coneval, “Valor de la canasta alimentaria, diciembre 2022”, México, Coneval, 2023, disponible en: <http://blogconeval.gob.mx/wordpress/index.php/2023/01/11/valor-de-la-canasta-alimentaria-diciembre-2022/>.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajado-

- ras del hogar”, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/Prog_leg_LXIV/043_DOF_02jul19.pdf.
- CARBAJAL, Braulio, “Ingresos externos alcanzan máximos históricos”, *La Jornada*, México, 2022, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2022/10/27/economia/024n1eco>.
- Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, “Incremento a los salarios mínimos para 2022”, México, Conasami, 2022, disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/articulos/incremento-a-los-salarios-minimos-para-2022?idiom=es>.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Medición de la pobreza”, México, Coneval, 2020, disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “El Coneval presenta información referente a la pobreza laboral al tercer trimestre de 2022”, México, Coneval, 2022, p. 1, disponible en: https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2022/COMUNICADO_18_ITLP_3T_2022.pdf.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Convenio Marco de Colaboración”, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social de los Estados Unidos Mexicanos y Conferencia Interamericana de Seguridad Social, Ciudad de México, 13 de junio de 2022, disponible en: <https://ciss-bienestar.org/wp-content/uploads/2022/02/Convenio-CISS-CONEVAL-2022.pdf>.
- Diario Oficial de la Federación*, “Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma el que regula el plan de pensiones complementarias de magistrados de circuito y jueces de distrito, en relación con la pensión a beneficiarios”, México, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5662662&fecha=26/08/2022#gsc.tab=0.
- Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, en materia de personas trabajadoras del hogar”, México, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5671665&fecha=16/11/2022#gsc.tab=0.
- Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se aprueba el Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra, el veintiuno de junio de dos mil diecinueve”, Mé-

- xico, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648165&fecha=06/04/2022#gsc.tab=0.
- Diario Oficial de la Federación*, “Original Ley Federal del Trabajo”, México, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lft/LFT_orig_01abr70_ima.pdf.
- Diario Oficial de la Federación*, “Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022”, México, Secretaría de Gobernación, 2022, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2022.pdf.
- Gaceta del Senado*, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Relaciones Exteriores del Senado de la República, por el que se aprueba el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre la eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, adoptado en Ginebra, el 21 de junio de 2019”, Ciudad de México, 15 de marzo de 2022, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/124374.
- HERNÁNDEZ, Gerardo, “¿Cuánto le cuesta el estrés laboral a empresas, personas y economía en México?”, *El Economista*, México, 2022, disponible en: <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Cuanto-le-cuesta-el-estres-laboral-a-empresas-personas-y-economia-en-Mexico-20220803-0097.html>.
- IMSS-Bienestar para toda la vida, “Aportaciones a la política pública del Sector Salud y estrategias para el fortalecimiento de la Seguridad Social 2018-2024”, México, 2018, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/428868/Programa_IMSS_Bienestar_para_toda_la_vida.pdf.
- “Indesol, ¿Qué hacemos?”, México, 2022, disponible en: <https://www.gob.mx/indesol/que-hacemos>.
- Instituto Mexicano del Seguro Social, “Programa piloto: incorporación de las personas trabajadoras del hogar”, México, 2022, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/437796/PROGRAMA_PILOTO_comprimido.pdf.
- Instituto Mexicano del Seguro Social, “Puestos de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social”, IMSS, 2022, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202212/627>.
- Instituto Mexicano del Seguro Social, “Cumple IMSS 80 años de ser garante del derecho humano a la salud y protección a la seguridad social”, IMSS, México, 2022, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/prensa/>

archivo/202301/031#:~:text=En%202022%20se%20cre%C3%B3%20el,de%20la%20historia%20del%20IMSS.

Instituto Mexicano del Seguro Social, “IMSS-Bienestar no es un cambio de rótulo, sino de régimen en atención médica: Zoé Robledo”, México, 2022, disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202212/656>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Producto Interno Bruto”, México, INEGI, 2022, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/pib_pconst/pib_pconst2022_11.pdf.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Economías de América Latina y el Caribe se desacelerarán en 2023 y crecerán 1.3%, CEPAL”, México, 2022, disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/economias-america-latina-caribe-se-desaceleraran-2023-creceran-13>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Nota Técnica, INEGI”, México, 2022, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enoe/15ymas/doc/enoe_n_notatecnica_trim3_2022.pdf.

Instituto Nacional de Salud Pública, “Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2020, INSP”, México, 2020, p.20, disponible en: <https://ensanut.insp.mx/encuestas/ensanutcontinua2020/doctos/informes/ensanutCovid19ResultadosNacionales.pdf>.

Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, “¿Qué hacemos?”, México, 2020, disponible en: <https://www.gob.mx/jfca/que-hacemos>.

“Memorándum de Entendimiento para Prevenir de Manera Radical la Mala Nutrición, IMSS y UNICEF-México”, Ciudad de México, 1o. de marzo de 2022, disponible en: http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/izf_news/IMSS.%20Boletin.%20104_0.pdf.

“Memorándum de Entendimiento entre la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)”, México, 10 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/para-fortalecer-acciones-en-favor-de-la-lactancia-materna-en-centros-de-trabajo>.

“Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación y Asistencia Técnica entre España y México para la defensa de los derechos de los trabajadores”, 30 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2022/301122-diaz-mexico.aspx>.

Secretaría de Bienestar, “Más presupuesto social en 2022; continuarán Programas de Bienestar en todo el país: Javier May”, Gobierno de México, disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/prensa/mas-presupuesto-social-en-2022-continuaran-programas-de-bienestar-en-todo-el-pais-javier-may-289247?idiom=es>.

Secretaría de Gobierno, “Acuerdo mediante el cual se establecen las Reglas de Operación del Programa IMSS-Bienestar para el ejercicio fiscal 2022”, *Diario Oficial de la Federación*, del 24 de diciembre de 2022, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5639354&fecha=24/12/2021#:~:text=Reglas%20de%20Operaci%C3%B3n,%20%20eficiencia%20%20equidad%20y%20transparencia.&text=Reglamento%20Interior%20del%20Instituto%20Mexicano%20de%20Seguro%20Social.

UNICEF-México, “Lactancia y trabajo”, 2018, disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/micrositios/DGDHIGyAI/resources/campanas/lactanciaMaternaComoDerecho.pdf>.