

ISSN 1870-4670
e-ISSN 2448-7899

Revista Latinoamericana de Derecho Social

Núm. 41, julio-diciembre de 2025



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretaria técnica

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinador de revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

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: Celia Carreón Trujillo, Enrique Rodríguez Trujano, Alejandro Montiel, Ricardo Hernández Montes de Oca
Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

Ricardo Hernández Montes de Oca

Coordinador de revistas

CONSEJO EDITORIAL

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

CONSEJO ASESOR

José Fernando Franco González-Salas; 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 reserva al título en derechos de autor: 04-2005-090610592300-102

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

Asistentes

Katherine Ávalos Mendoza, Luis Diego Gallegos Lugo,
Teresa Isabel Jauregui Barajas

Teléfono: 56227250 / ext. 85231

E-mail: 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 Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)*.

Primera edición: mayo de 2025

2025. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo 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

e-ISSN 2448-7899

Contents

Artículos

- El derecho postergado a la nacionalidad mexicana de exrefugiados de Guatemala en Campeche, México 3
Oscar López Chan
Luis Francisco Pérez Sánchez
Guadalupe Gallegos Pampillón
- Criterios para la suspensión de labores de las empresas que incumplan la normativa de inspección del trabajo. Un análisis comparado 39
Walter Néstor Vásquez Maguiña
Vladimir Rodríguez Cairo
- Burócratas a nivel de calle y enfoque de derechos humanos: percepciones de profesionales en la gestión de garantías explícitas en salud en Chile. 77
Camilo Soto Carmona
Cristian Leyton Navarro
- El modelo patriarcal del cuidado infantil del Estado de Guatemala y su impacto en los derechos laborales y la seguridad social de las cuidadoras 107
Lesbia Guadalupe Amézquita Garnica

Derechos humanos laborales: una mirada desde Costa Rica . . .	143
Fernando Bolaños Céspedes	
Desaciertos jurisprudenciales en la definición del <i>ius variandi loca-</i> <i>tivo</i> en Colombia	173
Sandra Lucía Tovar-Reyes	
La excepcionalidad de la conciliación prejudicial	199
Verónica Lidia Martínez Martínez	
Derechos sociales: estudio del derecho a la salud en México 2019-2023	233
Analaura Medina Conde	
Uziel Flores Ilhuicatzí	
Arely Velasco Miranda	
Interculturalidad y derechos de pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	257
Juan Daniel Oliva Martínez	
Eliás Ángeles-Hernández	
Alternativas para la protección de la seguridad social de los nómadas digitales: un análisis desde el derecho laboral colombiano	293
Luisa Fernanda Rodríguez-Rodríguez	
Valentina González Rivera	
La prostitución informal en Perú: un análisis jurídico de la protección de las trabajadoras sexuales	319
Yenifer Fernández Pacheco	
Bruno César Giménez López	
Yolanda Carolina Gómez Matta	

El conocimiento de la comunidad como alternativa para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud por el agua no tratada. Una propuesta de peritaje ambiental	339
Manuel Alejandro Lizardi-Jiménez	
Gabriela Josefina Aguirre-García	
Guillermo Luevano Bustamante	

Informe

Informe. Seguridad social en México, 2024	365
Gabriela Mendizábal Bermúdez	

Reseñas

Laveaga, Gerardo, <i>Leyes, hormonas y neuronas</i> , México, Taurus, 2021	401
Erika Barony Vera	
Roberto García Lara	

Artículos

El derecho postergado a la nacionalidad mexicana de exrefugiados de Guatemala en Campeche, México

The postponed right to the Mexican nationality of Guatemalan ex refugees in Campeche, Mexico

Le retard dans le droit à la nationalité mexicaine des anciens réfugiés du Guatemala à Campeche, Mexique

Oscar López Chan

 <https://orcid.org/0000-0003-0226-3421>

Universidad Autónoma de Campeche. México

Correo electrónico: oalopezc@uacam.mx

Luis Francisco Pérez Sánchez

 <https://orcid.org/0000-0001-7253-1810>

Universidad Autónoma de Campeche. México

Correo electrónico: lufperez@uacam.mx

Guadalupe Gallegos Pampillón

 <https://orcid.org/0009-0001-1746-9003>

Hospital General de Especialidades “Dr. Javier Buenfil Osorio”. México

Correo electrónico: ldlgpo@gmail.com

Recepción: 30 de junio de 2024

Aceptación: 3 de marzo de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19130>

RESUMEN: Este artículo analiza el caso de personas nacidas en Guatemala, exrefugiadas en el estado de Campeche, México, a mediados de 1980; quienes retornaron a su país entre 1993 y 1995, pero al no encontrar las condiciones adecuadas para establecerse, regresaron a México y se reasentaron en Campeche a inicios de la década del 2000. Mediante entrevistas semiestructuradas, se documenta que estas personas actualmente se encuentran en una indefinición respecto a su nacionalidad porque enfrentan limitaciones institucionales y económicas para naturalizarse como mexicanos, lo cual implica una seria restricción para el ejercicio de sus derechos humanos. Si bien el trabajo se realizó en tres localidades de asentamiento, es probable que otras personas presenten la misma situación en la Frontera Sur de México. Desde un enfoque de derechos, el trabajo realiza propuestas para facilitar su proceso de reconocimiento de la nacionalidad por parte del Estado mexicano.

Palabras clave: exrefugiados; Guatemala; derecho a la nacionalidad; Campeche.

ABSTRACT: This article analyzes the case of people born in Guatemala, ex refugees in the state of Campeche, México in the middle of 1980; that returned to your country between 1993 and 1995, but when they did not find adequate conditions to settle down, returned to Mexico and resettled in Campeche, since the early 2000 decade. Through semi structured interviews, is documented that currently they are in a lack of definition about their nationality, due face institutional and economic limitations to naturalize as Mexicans, this implicates a restriction serious to exercise their human rights. Despite the work is realized in three settlement localities, is likely other people deal with the same situation in the South Border of Mexico. From a rights focus, this paper proposes elements to make easier their recognition process of the nationality from the Mexican state.

Keywords: former refugees; Guatemala; nationality right; Campeche.

RÉSUMÉ: Cet article analyse le cas de personnes nées au Guatemala, anciens réfugiés dans l'État de Campeche, au Mexique, au milieu des années 1980; qui sont retournés dans leur pays entre 1993 et 1995, mais n'ayant pas trouvé les conditions adéquates pour s'installer, ils sont retournés au Mexique et se sont réinstallés à Campeche, depuis le début des années 2000. Grâce à des entretiens semi-structurés, il a été démontré qu'actuellement ils manquent de définition sur leur nationalité, en raison des limitations institutionnelles et économiques pour se faire naturaliser en tant que Mexicains, ce qui implique une sérieuse restriction dans l'exercice de leurs droits humains. Malgré le travail réalisé dans trois localités d'implantation, d'autres personnes risquent de se retrouver dans la même situation à la frontière sud du Mexique. Du point de vue des droits, cet article propose des éléments pour faciliter le processus de reconnaissance de la nationalité de l'État mexicain.

Mots clés: anciens réfugiés; Guatemala; droit à la nationalité; Campeche.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *Nacionalidad, ciudadanía y limitación de derechos: una aproximación*. IV. *Contexto de las comunidades de origen guatemalteco en Campeche*. V. *De retornados a Guatemala a reasentados en México*. VI. *El proceso de la naturalización para los refugiados*. VII. *El derecho formal a la nacionalidad*. VIII. *La naturalización: el tortuoso camino de los reasentados*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. Introducción

El Campeche (México), al igual que los estados de Quintana Roo y Chiapas, fue asiento de campamentos de refugiados de origen guatemalteco establecidos en México, al huir de la persecución violenta perpetrada por el gobierno de Guatemala a principios de la década de 1980, durante el conflicto armado interno que comenzó en la década de 1960.¹ Para 8859 de estas personas y sus descendientes,² Campeche fue su destino de vida, pues al término del conflicto en Guatemala, el gobierno mexicano les ofreció la posibilidad de quedarse, mediante el otorgamiento de la carta de naturalización;³ ya que muchas familias tenían hijas e hijos nacidos en México o se habían casado con personas mexicanas. A partir de ese momento se autodenominaron *exrefugiados*.⁴ Otras 9062 personas residentes en Campeche optaron por el *retorno*⁵ a su país de origen en-

¹ Chan, Lidia Patricia y García, Martha, “In search of other borders: guatemalan-mexican communities in Southern Mexico”, *Frontera Norte*, México, vol. 30, núm. 59, enero-junio de 2018, pp. 5-28.

² Cámara de Diputados, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. www.diputados.gob.mx/comisiones/pofroyom/reunwash/COMAR.htm

³ Conforme al artículo 2o., fracción III, de la Ley de Nacionalidad mexicana, es el “Instrumento jurídico por el cual se acredita el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a los extranjeros”.

⁴ Kauffer, Edith, “De la frontera política a las fronteras étnicas. Refugiados guatemaltecos en México”, *Frontera Norte*, México, vol. 34, núm. 17, 2005, pp. 7-36. <https://fronteranorte.colef.mx/index.php/fronteranorte/article/view/1043/586>; Martínez, Betsabe, *Las artes del camino. Memoria, movilidad y otros pasajes del refugio guatemalteco*, tesis de doctorado en Antropología Social, México, El Colegio de Michoacán, 2016.

⁵ Así se denominó al proceso de repatriación colectiva, para diferenciarlo de la de tipo individual o dispersa, González, Alfredo, *Integración en localidades rurales. Ex refugiados guatemaltecos naturalizados mexicanos en los municipios fronterizos de La Trinitaria y Frontera Comalapa, Chiapas*, tesis del Doctorado Interuniversitario en Antropología de Iberoamérica, México, Instituto Universitario de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, 2015, p. 101. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/128334/III_Gonz%E1lezRoja-?sequence=1

tre 1984 y 1999,⁶ aun teniendo vínculos afectivos en México; con lo cual se dio por concluida la etapa de refugio en el estado de Campeche en 1998.⁷ A partir de 2000, una parte del grupo de personas que había retornado a Guatemala regresó a Campeche⁸ para tratar de cumplir con las expectativas de vida que no encontraron en su país de origen,⁹ con la pretensión de establecerse en México de manera permanente y solicitar su naturalización. Esto último aún es una aspiración para una parte de esta población, la cual ha realizado intentos reiterados por obtener ese reconocimiento sin lograrlo. Aunque es probable que otra parte haya abandonado el trámite porque no le dieron seguimiento, emigraron a Estados Unidos o no renunciaron a la idea de regresar a Guatemala, “el acceso a los papeles de naturalización es un asunto pendiente para mucha gente”.¹⁰

Con base en esos antecedentes, este artículo analiza la búsqueda del reconocimiento de la nacionalidad mexicana por parte de estas personas exrefugiadas guatemaltecas, destacando los impedimentos institucionales y económicos a los que aún se enfrentan para lograr tal finalidad. Son personas que por casi tres lustros tuvieron la calidad de refugiadas en Campeche, quienes después de retornar y reasentarse en su país de origen, regresaron a México para intentar rehacer su vida como inmigrantes. El artículo, con un enfoque de derechos, tiene como objetivos fundamentar los elementos del derecho humano a la nacionalidad de cualquier persona, documentar las limitaciones jurídicas y económicas de la población objetivo para naturalizarse como mexicanos y proponer los cambios normativos para facilitar ese propósito.

⁶ Kauffer, Edith, “Leadership and social organization: the integration of Guatemalan refugees in Mexico”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 15, diciembre de 2002, pp. 359-387.

⁷ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 109.

⁸ Algunos autores les llamaron, en general, los “retornados arrepentidos”, Arriola, Luis, “Fenómeno migratorio en Campeche. Una primera aproximación a su dimensión cultural”, en Villanueva, Adriana y Cruz, Sandra, *Mirando al sur. Entrecruzamientos culturales en la migración centroamericana*, México, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Instituto Nacional de Migración, 2010, pp. 98-109. Otros simplemente “retornados”, Bedoya, Luis, “Papeles” comprados: procedimientos no ortodoxos implementados por guatemaltecos para adquirir documentos mexicanos de identificación personal”, *Migraciones Internacionales*, vol. 12, enero-diciembre de 2021, pp. 1-23; o bien, “contrarretornados”, Lerma, Enriqueta, “Guatemalteco-mexicano-estadounidenses” en Chiapas: Familias con estatus ciudadano diferenciado y su multiterritorialidad”, *Migraciones Internacionales*, vol. 8, núm. 3, enero-junio de 2016, pp. 95-124.

⁹ González, Alfredo, *op. cit.*

¹⁰ Arriola, Luis, *op. cit.*, p. 102.

Para cumplir con los fines mencionados se aludirán el contexto en la conformación de las comunidades de origen guatemalteco en Campeche, el proceso de retorno a Guatemala y su posterior regreso a Campeche; así como la búsqueda de la nacionalidad mexicana por parte de estas personas y las limitaciones que han enfrentado en el proceso. Al final se plantea que sea el propio Estado quien facilite las condiciones objetivas, y no las limite, para el acceso al derecho a la nacionalidad mexicana.

II. Metodología

Los resultados presentados se basan, principalmente, en entrevistas cualitativas semiestructuradas a personas exrefugiadas de Guatemala durante el periodo 1980-1994 en el estado de Campeche, y con experiencia de retorno a su país, de 1994 a 1995, quienes posteriormente regresaron a México, a partir del año 2000, para reasentarse en las localidades de los Laureles, Quetzal Edzná y la Libertad en el municipio de Campeche, siendo las dos primeras asiento original de refugiados guatemaltecos. De manera inicial se ubicó a informante clave de estas comunidades, como autoridades locales llamados *agentes municipales*, líderes de organizaciones productivas y personas que habían documentado parte de la historia de su localidad. En tales entrevistas se identificó el caso de las personas en cuestión, a las cuales se buscó para entrevistarlas, quienes a su vez, a través de la técnica de “bola de nieve”, ayudaron a ubicar a más personas en la misma situación; es decir, personas exrefugiadas en el estado de Campeche, México, quienes habían retornado a su país de origen, pero al no encontrar las condiciones esperadas, regresaron a México con el propósito de reasentarse en forma definitiva y obtener la nacionalidad mexicana.

La fase de trabajo de campo fue de junio a septiembre de 2018, tiempo durante el cual se realizaron 30 entrevistas, de las cuales 14 correspondieron a informantes clave y 16 a personas de la población objetivo, en igual proporción entre mujeres y hombres, todas de ascendencia indígena de la etnia maya guatemalteca, hablantes de las lenguas *mam*, *q'anjob'al* e *ixil*, originarias de los departamentos de Baja Verapaz, Huehuetango, Petén, Quiché y San Marcos.¹¹

¹¹ De acuerdo con el artículo 224 de la Constitución Política de la República, el territorio de Guatemala se divide para su administración en departamentos, que a su vez se componen

El primero sin colindancia con México, el tercero colindante con los estados mexicanos de Campeche y Chiapas, y los demás con Chiapas. Son personas dedicadas a las labores del campo y del hogar, trabajo doméstico, así como a otras actividades como la panadería, la albañilería y la elaboración de textiles; con ingresos exiguos de uno a tres jornales.¹²

A través de las entrevistas se documenta el periodo 2000-2018, tiempo en el cual ocurre el proceso de regreso y reasentamiento de tales personas en México y de las dificultades que han enfrentado para tratar de completar el trámite de obtención de la nacionalidad mexicana, conocido como naturalización. A la par de esa reconstrucción se revisaron los fundamentos constitucionales y legales del derecho a la nacionalidad y de los elementos reglamentarios que establecen los requisitos administrativos para el trámite de naturalización. Esta información se confronta con la realidad de las personas exrefugiadas para identificar las limitaciones institucionales y económicas que les impiden lograr el objetivo de naturalizarse como mexicanas.

El trabajo formó parte del proyecto “Movilidades transfronterizas e inserción laboral de población guatemalteca en México: especificidades regionales en la frontera sur”, a través del cual se buscó documentar las condiciones de trabajo, vida y residencia de la población migrante en la frontera sur de México —Campeche, Chiapas y Tabasco— correspondiendo a los autores lo relativo al primer estado. El trabajo de campo tuvo como encuentro colateral la situación de las personas exrefugiadas, retornadas a Guatemala y reasentadas en México, quienes al no contar con la nacionalidad mexicana todavía enfrentan restricciones para integrarse —social, económica y jurídicamente— como ciudadanos del país donde desean permanecer, con independencia de su origen.

III. Nacionalidad, ciudadanía y limitación de derechos: una aproximación

En materia de derechos humanos, un supuesto universal es que todas las personas, por el hecho de serlo, gozan de un conjunto de derechos y que los Estados

de municipios. Véase el artículo 224 de la Constitución Política de la República. www.congreso.gob.gt/marco_legal#gsc.tab=0

¹² En 2018 un jornal equivalía a 150 pesos mexicanos, en ese año el salario mínimo oficial en México era de 88.36 pesos.

son el principal garante de ese ejercicio.¹³ Si bien es preciso distinguir entre los derechos de las personas y aquellos que son reconocidos por el Estado.¹⁴ En este sentido, el reconocimiento general de derechos puede ser sólo una formalidad pues, en la práctica, el ejercicio de todos los derechos podría limitarse a las personas que jurídicamente están adscritas a un Estado-nación, ya que el reconocimiento de derechos por parte del Estado sólo a sus nacionales puede implicar la negación de los mismo a otros grupos sociales.¹⁵ Paradójicamente, son los propios Estados los que imponen límites al distinguir entre sus nacionales y quienes no lo son. En ese contexto, las personas que por diversas razones han tenido que abandonar su país de origen, se enfrentan a una serie de dificultades para ejercer sus derechos humanos, más en una circunstancia donde desean ser parte del país de destino. Esto se acentúa si se encuentran en una situación migratoria irregular.

En otros términos, el ejercicio efectivo, o al menos formal, de los derechos de las personas tiene una diferenciación en función del reconocimiento de la nacionalidad en el país de residencia. Esto es así porque los Estados, en ejercicio de su soberanía, definen una regulación específica para reconocer a una persona como su nacional. Bajo esa consideración, pareciera que basta cumplir con esas regulaciones para obtener la nacionalidad y gozar de todos los derechos. Sin embargo, de nuevo se tropieza con la realidad, ante probables barreras materiales —institucionales, económicas o personales— para cubrir el tramo que implica obtener una nueva nacionalidad. El asunto de fondo no es la existencia de un procedimiento formal para ese propósito, sino la presencia de ba-

¹³ Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU), Declaración Universal de los Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1948. www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

¹⁴ Es la distinción entre *derechos humanos* atribuibles a todas las personas, y *derechos fundamentales* reconocidos a la persona por el Estado. Véase Velasco, Juan Carlos, *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 46. Estos últimos también llamados *derechos programáticos*, porque precisan de “la Intervención del Estado para hacerlos efectivos”, Vergel, Luz, “El reconocimiento de los derechos laborales de los extranjeros en México. Una decisión en sede de jurisdicción constitucional”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2009, p. 216. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9600/11630>

¹⁵ Moctezuma, Miguel, “Reconocimiento y exclusión de derechos a los migrantes por el Estado y la sociedad”, *Papeles de Población*, México, vol. 29, núm. 115, 2023, pp. 165-198. <https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/16649/16546>

rreras materiales que impiden o limitan el acceso al reconocimiento formal de ese derecho. Esto sin contar que ese proceso se pueda convertir en un *laberinto burocrático*, “un laberinto intrincado lleno de caminos entre los cuales es fácil perderse”.¹⁶ Esta situación resulta contradictoria en un contexto de ampliación de los derechos humanos en el escenario global, y de la aplicación de principios de *progresividad* establecido el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución general de México,¹⁷ el cual debe entenderse como una ampliación gradual en los derechos reconocidos a las personas en un plazo razonable para el Estado.¹⁸ De lo contrario, las barreras materiales para el acceso a un derecho constituyen, al mismo tiempo, límites para el ejercicio de otros. Esto es, ser una persona extranjera puede representar, en sí mismo, una dificultad para acceder a otros derechos, debido precisamente a no ser reconocido como nacional del país de residencia. Por ejemplo, la falta de reconocimiento de la nacionalidad suele impedir a los extranjeros el acceso a derechos políticos-electorales,¹⁹ como votar y ser votados; aun cuando a los nacionales se le reconozca el derecho al voto en el extranjero, como en México.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, el reconocimiento de sólo algunos derechos y la limitación o negación de otros, debido a la condición de extranjeros, constituye una discriminación debido a la nacionalidad. En el caso de México esto representa una contradicción entre el texto constitucional que prohíbe la discriminación en el párrafo quinto de su artículo primero,²⁰ y la presencia de “leyes profundamente discriminatorias y excluyentes”.²¹ En este sentido la discriminación hacia los extranjeros, que limita el ejercicio de sus derechos, no sólo se debe a cuestiones explícitas contenidas en el marco legal; sino también a limitaciones ocultas en el nivel administrativo —como se documentará

¹⁶ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 99.

¹⁷ Artículo 1o., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

¹⁸ Salazar, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014.

¹⁹ Calderón, Leticia, “Esas cosas invisibles: los derechos político-electorales de las personas extranjeras en México”, *Odisea. Revista de Estudios Migratorios*, México, núm. 6, 2019, pp. 118-142. <https://web.archive.org/web/20200713113448/https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/odisea/article/download/4684/3844>

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

²¹ Calderón, Leticia, *op. cit.*, p. 122.

más adelante— que impiden el acceso al derecho a la nacionalidad. Por ejemplo, si para residentes de Guatemala en la zona fronteriza que limita con el estado de Chiapas o para jóvenes guatemaltecos residentes en México de forma irregular, reviste importancia el acceso “a papeles mexicanos” porque suponen” la posibilidad de acceder a bienes y servicios públicos de mejor calidad de los que Guatemala ofrece”,²² el reconocimiento de la nacionalidad mexicana implicaría el acceso pleno y legítimo a un conjunto más amplio de derechos.

En el mismo sentido, las diferencias en el reconocimiento jurídico del estatus de las personas residentes en forma permanente en México, regular o irregular, implica diferencias en el acceso material a todos los derechos. Esto es, existe una asociación entre la posesión de documentos de identidad mexicanos y el acceso a derechos.²³ Tales documentos evidencian la pertenencia formal y material a un Estado, que sólo de esta forma les reconoce derechos plenos, debido a la conexión entre nacionalidad y ciudadanía. Sin embargo, no deben confundirse porque la *nacionalidad* es el medio de acceso a todos los derechos que reconoce un Estado y, por ende, al de *ciudadanía* la cual significa el reconocimiento de los derechos políticos. “Ese estrecho nexo impone un pesado lastre a la concepción de la ciudadanía en la medida en que estipula que el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales, incluidos los políticos, está ligado necesariamente a la previa posesión de la nacionalidad”.²⁴ Es decir, “los derechos plenos están mediados antes por el reconocimiento del derecho a la ciudadanía”,²⁵ la cual “es la categoría jurídica que los Estados modernos ha empleado para determinar quién es titular de derechos políticos”.²⁶ En este sentido, el término *ciudadanía* se asocia a la participación política plena como parte de un Estado-nación, lo cual no ocurre para los extranjeros; quienes no obtengan la nacionalidad, serán un especie de *no ciudadanos*,²⁷ porque los derechos políticos sólo se reservan para los nacionales. Por ello se argumenta que “en tanto que la totalidad de los derechos sea únicamente reconocida a los nacionales, nacionalidad y ciudadanía

²² Bedoya, Luis, *op. cit.*, p. 6.

²³ *Idem.*; Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

²⁴ Velasco, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 44.

²⁵ Moctezuma, Miguel, *op. cit.*, p. 176.

²⁶ Soberanes, José Luis, “El migrante: el personaje olvidado de los derechos humanos”, en Orcí, L. y Martínez, V., *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura del bienestar*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 189.

²⁷ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

seguirán siendo efectivamente términos sinónimos”.²⁸ Sobre este asunto Arendt estableció un punto de quiebre:

El Estado heredó como su suprema función la protección de todos los habitantes de su territorio, fuera cual fuese su nacionalidad, y se estimaba que había de actuar como suprema institución legal. La tragedia de la Nación-Estado consistió en que la creciente conciencia nacional del pueblo chocó con estas funciones. En nombre de la voluntad del pueblo, el Estado se vio obligado a reconocer únicamente a los «nacionales» como ciudadanos, a otorgar completos derechos civiles y políticos solo a aquellos que pertenecían a la comunidad nacional por derecho de origen y el hecho del nacimiento. Esto significó que el Estado pasó en parte de ser instrumento de la ley a ser instrumento de la nación.²⁹

La falta de reconocimiento de la nacionalidad conlleva entonces a una ciudadanía inconclusa, debido al acceso incompleto a todos los derechos reconocidos por el Estado-nación. La *nacionalidad* supone pertenencia a la nación, lo contrario significa exclusión; de nación también se deriva el *nacionalismo*, el cual significa rechazo hacia lo extranjero, hacia los otros. Esto es, “la nación representada como cuerpo social homogéneo funciona como un dispositivo excluyente tanto respecto a aquellos grupos minoritarios nativos que poseen características étnico-culturales diferentes al grupo mayoritario como respecto a la población extranjera”.³⁰ En México, como veremos, resulta evidente la exclusión hacia lo extranjero, consentida por normas reglamentarias, aun cuando el marco constitucional prohíbe la discriminación por razones étnicas o de origen nacional, lo cual es una contradicción. Por esta razón, para las personas extranjeras la carencia de nacionalidad del país de residencia y, por ende, la falta de ciudadanía se convierte en una *frontera de derechos*.³¹ Como “la obtención de la nacionalidad es el primer paso para la obtención de la ciudadanía”,³² es necesario que los Estados, en general, amplíen la forma como reconocen la nacionalidad, porque es clave para el ejercicio de todos los derechos por parte de todas las personas.

²⁸ Velasco, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 44.

²⁹ Arendt, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998, p. 231.

³⁰ Velasco, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 45.

³¹ Término empleado por Kauffer, Edith, “De la frontera política a las fronteras étnicas...”, *cit.*

³² Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 80.

IV. Contexto de las comunidades de origen guatemalteco en Campeche

Hasta 1982, la presencia de personas refugiadas de Guatemala en México sólo se registró en el estado de Chiapas. Sin embargo, a partir de 1984, el gobierno mexicano reubicó a una parte de aquellas en los estados de Campeche y Quintana Roo³³ debido a la necesidad de evitar tensiones o algún conflicto internacional como resultado de las incursiones del ejército de Guatemala en Chiapas,³⁴ para atacar a la población guatemalteca refugiada en esa entidad. De esta forma, los campamentos que se formaron tras esa reubicación fueron “la respuesta institucional al problema de los refugiados en Chiapas”.³⁵

Si bien los refugiados en Campeche y Chiapas provenían de grupos heterogéneos,³⁶ la mayor parte eran personas de ascendencia indígena,³⁷ de raíz lingüística maya,³⁸ pero mayas guatemaltecos.³⁹ Esta ascendencia maya común entre los refugiados y las comunidades locales en principio facilitó la empatía con éstas;⁴⁰ si bien de manera posterior serían percibidos como los que acaparaban los trabajos, las tierras y los programas de gobierno.⁴¹ Ese pasado ancestral fue reconocido por el gobierno mexicano como un elemento para su

³³ González, Alfredo, *op. cit.*; Kauffer, Edith, “De la frontera política a las fronteras étnicas...”, *cit.*; Martínez, Betsabe, “Somos mayas, pero no como los de acá. Etnicidad y localidad entre los ex refugiados guatemaltecos en Campeche”, *IV Congreso de Antropología Social y Etnología*, México, Proyecto de Investigación Región Transfronteriza México Guatemala, 2016.

³⁴ Kauffer, “De la frontera política a las fronteras étnicas...”, *cit.*; Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

³⁵ Kauffer, Edith, “Movimientos migratorios forzosos en la frontera sur: Una visión comparativa de los refugiados guatemaltecos en el sureste mexicano”, en Kauffer, Edith (ed.), *Identidades, fronteras y género*, México, El Colegio de la Frontera Sur, 2002, pp. 229 y 230.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Kauffer, Edith, “De la frontera política a las fronteras étnicas...”, *cit.*; “Somos mayas, pero no como los de acá...”, *cit.*; Vargas, Eunice *et al.*, “Hogares guatemaltecos y etnicidad en el sur de México: perfiles demográficos y socioeconómicos”, *Estudios Fronterizos*, México, núm. 20, 2019, pp. 1-25. https://ref.uabc.mx/ojs/index.php/ref/article/view/809/1646?lan=es_ES

³⁸ González, Alfredo, *op. cit.*

³⁹ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

⁴⁰ González, Alfredo, *op. cit.*

⁴¹ Martínez, Betsabe, “Somos mayas, pero no como los de acá...”, *cit.*

intentar su integración.⁴² No obstante, los guatemaltecos recién llegados tenían como desventajas para integrarse el hecho de ser extranjeros, indígenas y además refugiados;⁴³ eso sin considerar “los actos de rechazo, discriminación y exclusión”⁴⁴ hacia los inmigrantes en general.

Con el paso del tiempo, los campamentos de refugiados en el estado de Campeche, en los municipios de Campeche y Champotón, se transformaron en localidades: La Libertad, Quetzal Edzná y Los Laureles, en el primero; y Maya Tecún I, Maya Tecún II y Santo Domingo Kesté en el segundo,⁴⁵ en donde viven mexicanos por naturalización y por nacimiento, así como personas guatemaltecas con estatus de residente temporal y permanente, y quienes no cuentan con documentación migratoria.⁴⁶ A diferencia de los asentamientos en Chiapas, estas localidades no se ubican en la franja fronteriza del estado de Campeche con Guatemala,⁴⁷ lo cual acotó la movilidad hacia ese país y favoreció su integración con México, en un estado que históricamente no ha sido zona de conflictos étnicos, agrarios o fronterizos.⁴⁸ Estas condiciones también incidieron en la decisión de otras personas que regresaron a México para establecerse en Campeche, y no en las localidades de Chiapas donde habían vivido durante el refugio.

V. De *retornados* a Guatemala a *reasentados* en México

En 2019, en el estado de Campeche habían alrededor de 150 personas exrefugiadas de Guatemala —distribuidas principalmente en las localidades de Los Laureles, Santo Domingo Kesté (municipio de Campeche) y Maya Tecún II

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*; Vargas, Eunice *et al.*, *op. cit.*

⁴⁴ Coria, Elba y Zamudio, Patricia, *Inmigrantes y refugiados: ¿Mi casa es tu casa?*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2018, p. 6.

⁴⁵ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

⁴⁶ COMAR, *El refugio guatemalteco*, México, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. www.comar.gob.mx/es/COMAR/El_refugio_guatemalteco

⁴⁷ En este estado sólo los municipios de Calakmul y Candelaria son fronterizos con Belice y Guatemala.

⁴⁸ Martínez, Betsabe, “Somos mayas, pero no como los de acá...”, *cit.*; Kauffer, Edith, “De la frontera política a las fronteras étnicas...”, *cit.*

(municipio de Champotón)—⁴⁹ quienes deseaban naturalizarse como mexicanos y compartieron la experiencia del *retorno* a su país de origen. Estas personas fueron repatriadas a Guatemala a partir de enero de 1993,⁵⁰ después de los Acuerdos entre el Gobierno de Guatemala y las Comisiones Permanentes de los Refugiados Guatemaltecos en México; y también de manera posterior a los Acuerdos de Paz de 1996 entre el gobierno guatemalteco y la guerrilla de ese país,⁵¹ cuando retornó la mayoría. Volvieron a su país con la esperanza inicial de recuperar sus formas de vida, ligada a la tierra y al cultivo, después de que el gobierno guatemalteco les prometió el otorgamiento de tierras. Sin embargo, una parte de los *retornados*, como se llamaron a sí mismos,⁵² no encontró en Guatemala las condiciones que esperaban.⁵³ Las tierras prometidas no estaban en sus localidades de origen, por lo que una parte tuvo que asentarse en otros Departamentos. En muchos casos, las parcelas estaban lejos de sus solares y no eran suficientemente productivas. En las localidades de asentamiento no había caminos de acceso, ni servicios básicos como el agua:

- Se nos dificultó la vida [en Guatemala], por eso nos regresamos [a México].⁵⁴
- Pensé que era igual al lugar de donde me salí, pensé que había todo, pero nos dieron un lugar peor que aquí [México]. Cuesta más para cosechar, y no hay carreteras ni nada, me vine de paseo [a México] y me dijeron que para que seguía ahí sufriendo”⁵⁵ [en Guatemala].
- Pensamos que se había compuesto la cosa ahí [en Guatemala], se mandó una comisión de retorno, y esa comisión nos vino a mentir, nos dijo que

⁴⁹ De acuerdo con información proporcionada por la Oficina de Representación del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI).

⁵⁰ Cruz, Jorge, “El retorno del Quetzal. Del desarraigo a la integración de los refugiados guatemaltecos en Campeche”, *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, México, vol. 6, núm. 11, junio de 2000. www.culturascontemporaneas.com/culturascontemporaneas/contenidos/retorno_del_quetzal.pdf; Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

⁵¹ Sáenz, Erasmo, “Algunas lecciones del refugio guatemalteco: 1980-1996”, *XIV Jornadas Inter escuelas/Departamentos de Historia*, Argentina, Universidad Nacional de Cuyo, 2013. <https://cdsa.academica.org/000-010/960.pdf>

⁵² Kauffer, Edith, “Movimientos migratorios forzosos en la frontera sur...”, *cit.*, p. 228.

⁵³ *Ibidem*, “De la frontera política a las fronteras étnicas...”, *cit.*

⁵⁴ Entrevista a JIA, 22 de julio de 2018.

⁵⁵ Entrevista a LAE, 19 de agosto de 2018.

estaba arreglado todo, que había carretera y agua potable, que había todo, a la hora fue diferente, no había nada.⁵⁶

- Fue como en el 87 cuando se firmó la paz en Guatemala, los viejitos dijeron “vamos a regresar”, dijeron que nos iba a dar tierra, que iba a haber agua, luz, pero no había nada de eso, al contrario, nos costaba salir de donde vivíamos a la carretera, eran tres horas caminando... sufrimos mucho ahí por eso nos regresamos.⁵⁷

La mayoría tenía que comenzar de cero en Guatemala para intentar reconstruir sus vidas.⁵⁸ Durante su etapa de refugiados en México habían sido limitados para trabajar por su cuenta,⁵⁹ pero se habían familiarizado con las condiciones del lugar donde vivían y sabían de las oportunidades para ganarse la vida. Además, por el tiempo de estancia transcurrido, habían formado o ampliado su familia y, por tanto, generado y fortalecido vínculos afectivos que influyeron en sus posteriores decisiones de reasentamiento en México. Quienes habían nacido en este país durante el refugio y retornaron con sus padres a Guatemala, los presionaban directa o indirectamente para volver a su lugar de nacimiento. Hubo familias que dividieron sus decisiones: mientras los progenitores optaron por no retornar a Guatemala, hijos e hijas sí lo hicieron, pero tampoco encontraron las condiciones para rehacer su vida, por lo cual tomaron la decisión de regresar a Campeche a la casa de sus padres quienes ya estaban naturalizados. Es decir, por la vía económica y familiar, México era una fuerte ancla para volver; porque se sentían parte de una comunidad en la que habían construido vínculos sociales y familiares, y les ofrecía una expectativa de vida conocida. Estas fueron, entre otras, las razones para reasentarse en Campeche, lo cual significó *la vuelta del retorno* —o el *contrarretorno*— “para hacer referencia

⁵⁶ Entrevista a MRC, 9 de septiembre de 2018.

⁵⁷ Entrevista a MAA, 9 de septiembre de 2018.

⁵⁸ Como se narra en testimonios recopilados en Rojas, Martha y Winton, Ailsa (eds.), *Contornos: historias de vida y trabajo entre Guatemala y México*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social; Centro de Investigación en Ciencias de Información Geoespacial; Centro de Investigación y Docencia Económicas; El Colegio de la Frontera Sur, 2020.

⁵⁹ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*

a quienes participaron del retorno organizado a Guatemala y, tras el desencantamiento en su país, volvieron a México”.⁶⁰

La mayor parte de las personas que regresaron a Campeche lleva al menos 20 años viviendo en esta entidad, con un estatus migratorio regular como residentes temporales o permanentes porque, tuvieran o no hijas o hijos nacidos en México, realizaron trámites para regularizar su estancia. Otras se encuentran en una situación irregular debido a dificultades económicas y burocráticas para completar los trámites para regularizar su estancia ante el Instituto Nacional de Migración (INM). A pesar del ello, se sienten integradas a sus comunidades en Campeche y realizan actividades productivas, como lo hacen otras personas de esta, quienes no las consideran extranjeras, aunque conozcan su origen nacional; además las reconocen por sus aportaciones o participación comunitaria. Esta última ha sido notoria en la organización para gestionar los trámites de naturalización, proceso en el que llevan varios años. En localidades y ranchos aledaños su fuerza laboral es requerida porque se les considera personas trabajadoras, salvo cuando no pueden ser contratadas porque les piden documentos de residencia o actas de nacimiento para poder trabajar.

Estas personas conocen cuáles son las instituciones que deben atenderlas en sus trámites; como en su momento los realizaron ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) o en la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); y ahora los hacen en el INM y la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE). Sin embargo, enfrentan diversas limitaciones para obtener el mismo estatus jurídico de la mayoría de los habitantes de su comunidad con quienes compartieron la etapa de refugio: la nacionalidad mexicana. Aun cuando se sientan integradas a las comunidades donde viven y conviven, no han podido concluir los procedimientos para cambiar su situación migratoria o ser reconocidas como personas mexicanas por naturalización, lo cual, a su vez, afecta su acceso al ejercicio de derechos civiles y políticos. Como lo expresaron varias de las personas entrevistadas, intentar naturalizarse ha sido un camino tortuoso para quienes regresaron a México después de su retorno a Guatemala. Pese a organizarse para lograr ese objetivo, no lo han logrado:

— Ya estando aquí [en México], nos organizamos y nos presentamos con CDI [Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, hoy INPI],

⁶⁰ Lerma, Enriqueta, *op. cit.*, p. 100.

levantamos un censo [sic] y nos prometió desde el año 2007 solicitar nuestra carta de naturalización.⁶¹

- Ya se habló con CDI [sic], hubo una reunión el año pasado [2017], yo participo en esas reuniones y se contrató a un abogado general, para que le busque la anulación de esos requisitos [trámite de amparo].⁶²
- Han sido varios años, desde el 2006, hemos estado buscando nuestra carta de naturalización. Nombramos un comité de representantes, quienes se encargaban de bajar proyectos para quienes aún estábamos en los trámites para los documentos. A través de la CDI, estuvimos investigando y nos dimos cuenta que sólo nos habían estado engañando, pues no se había realizado ningún trámite, y únicamente nos hacían creer que pronto llegarían.⁶³

VI. El proceso de la naturalización para los refugiados

A partir de la firma de los Acuerdos de Paz en Guatemala, a fines de 1996, las personas refugiadas residentes en Campeche tuvieron dos opciones: retornar a Guatemala o acogerse a los programas de *Regularización* o de *Naturalización*⁶⁴ brindados por el gobierno de México, cuyos trámites facilitó. Para estos programas, pero en particular para el de naturalización, el padrón de personas refugiadas de la COMAR contribuyó a focalizar los trámites requeridos. Para los procesos de naturalización, la SRE aplicó la fracción II del artículo 15 de la Ley de Nacionalidad, vigente en ese entonces, la cual establecía que para adquirir la nacionalidad, “por ser originario de un país latinoamericano”, se requería contar con más de dos años de residencia legal en México al momento de la solicitud; situación que fue acreditada por la propia COMAR. De acuerdo con datos de esta institución, al cierre del programa, en diciembre de 2004, se habían entregado 10,098 cartas de naturalización. Sin embargo, hubo alrededor de 10,000

⁶¹ Entrevista a JIA, 22 de julio de 2018.

⁶² Entrevista a FFG, 19 de agosto de 2018.

⁶³ Entrevista a AC, 26 de agosto de 2018.

⁶⁴ El primero, para regularizar su estancia migratoria en México en caso de que no hayan sido reconocidos como refugiados; el segundo, para iniciar el procedimiento para obtener la nacionalidad mexicana.

personas más que también se quedaron en México,⁶⁵ pero no obtuvieron dicha carta. A esta cantidad también se deben agregar a quienes, habiendo retornado a Guatemala, regresaron a México en un éxodo individual o familiar, no documentado con suficiencia. La falta de naturalización se convirtió en un problema para ambos grupos de personas: “[...] lo que prevalece es la necesidad de ser reconocidos como ciudadanos en el Estado de acogida, intentando así garantizar derechos sociales que les procuren seguridad y una mejora en la calidad de vida; aunque esto no siempre ocurre, llevando a muchos a toma[r]s la decisión de seguir nuevas rutas”.⁶⁶

VII. El derecho formal a la nacionalidad

Desde 1948, en el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se reconoció que “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.⁶⁷ Tal reconocimiento se replica en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁸ Así mismo, el artículo sexto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas expresa que “toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad”.⁶⁹

Sin embargo, en materia de derechos las personas migrantes suelen ser las olvidadas,⁷⁰ lo cual también invisibiliza el problema de la vulneración de sus derechos.⁷¹ Cuando se asocia el concepto de ciudadanía a la titularidad de derechos políticos, los Estados excluyen a las personas migrantes —consideradas “no ciudadanas”— del reconocimiento de derechos de personalidad, políticos

⁶⁵ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 108.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁷ ONU, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Organización de Estados Americanos, 1969. www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

⁶⁹ Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, p. 5, Nueva York, 2007. www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

⁷⁰ Soberanes, José Luis, *op. cit.*

⁷¹ Martínez, Jorge, “Migración internacional en la agenda de derechos”, *Revista Latinoamericana de Población*, año I, núm. 1, junio-diciembre de 2007, pp. 67-87.

y sociales.⁷² La exclusión de las personas extranjeras en México de sus derechos políticos, ocurre a pesar de que su gobierno ha firmado convenios internacionales para su reconocimiento.⁷³

En México, a raíz de la reforma en materia de derechos humanos de 2011,⁷⁴ se estableció el principio *pro-persona* en el párrafo segundo del artículo 1o. de su Constitución general, el cual determina que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.⁷⁵ Además, el párrafo quinto del mismo artículo prohíbe “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional [...]”. En tal sentido, la solicitud de una persona de naturalizarse como mexicana expresa su derecho humano a la nacionalidad; su logro es la prueba de que el Estado mexicano no discrimina por origen nacional.

En México el acceso al derecho a la nacionalidad se formaliza en la ley homónima.⁷⁶ Sólo si la persona es reconocida por el Estado mexicano como su nacional, tendrá acceso a todos los derechos que la propia Constitución general otorga a sus ciudadanos,⁷⁷ al menos en el plano formal. Dado que el reconocimiento de la nacionalidad mexicana es la vía para el acceso y ejercicio de otros derechos, es una de las razones fundamentales por la cual las personas aludidas residentes en México buscan afanosamente obtener ese estatus. Es decir, la naturalización es “la principal herramienta normativa con la que los Estados determinan quién permanece dentro o fuera del círculo de pertenencia formal. Si el estatuto de nacionalidad marca la frontera jurídica entre ser nacional y ser extranjero, la naturalización constituye el modo de cruzarla legalmente.”⁷⁸ No obs-

⁷² Soberanes, José Luis, *op. cit.*

⁷³ Calderón, Leticia, *op. cit.*

⁷⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio de 2011.

⁷⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

⁷⁶ Ley de Nacionalidad.

⁷⁷ El 17 de mayo de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma a la fracción II del artículo 30 de la Constitución general, mediante la cual se extendió el reconocimiento de la nacionalidad mexicana para quienes nazcan en el extranjero “hijos de padres mexicanos, de madre mexicana o de padre mexicano”, sin que sea necesario que su madre o padre sea *mexicano por nacimiento*. Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

⁷⁸ Velasco, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 46.

tante, de acuerdo al párrafo segundo del artículo 32 de la Constitución general, existen algunas restricciones para ocupar determinados cargos públicos para lo cual se requiere ser mexicano/a por nacimiento; de esta forma los naturalizados mantienen “una forma de ciudadanía de segunda”.⁷⁹ Ello evidencia que, si bien la naturalización otorga el acceso a otros derechos, aún prevalecen limitaciones para quienes no son mexicanas o mexicanos por nacimiento.

A pesar del reconocimiento explícito del derecho a la nacionalidad en convenciones internacionales, y tácito en la Constitución general y en la Ley de Nacionalidad de México, aún son escasas las tesis aprobadas por el Poder Judicial de la Federación, sobre ese derecho para personas extranjeras. Sólo es posible extraer algunas premisas como reconocer que “la nacionalidad constituye un atributo inherente a la personalidad jurídica del individuo humano, a la vez que una calidad jurídico política determinante de su vinculación con el Estado atribuyente de aquélla, derivada de su incorporación a la población constitutiva del propio Estado”;⁸⁰ y que “los extranjeros no son personas con algún estatus de protección menor de derechos humanos”.⁸¹

Al retomarse los principios de *universalidad* y *progresividad* de los derechos fundamentales —conforme al párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución mexicana— se afirma que “obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo (progresividad)”.⁸² Esto podría dejar espacio para reconocer el derecho a la naturalización de aquellas personas exrefugiadas que han residido en México por un tiempo razonable, facilitando la parte procedimental que limita seriamente el acceso a ese derecho. Con base en otra premisa del Poder Judicial de que “el acceso al tribunal no sólo debe ser formal, sino también material, real y eficaz”,⁸³ se puede expresar que el acceso al derecho a la nacionalidad no sólo debe ser formal, sino también material; ya que las obligaciones de “pago del total de derechos”, a cargo

⁷⁹ Calderón, Leticia, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁰ Tesis aislada I.3o.A.500, *Semanario Oficial de la Federación*, t. XIII, febrero de 1994, p. 361.

⁸¹ Tesis aislada III.3o.T.4.K, *Semanario Oficial de la Federación*, libro XVII, t. 2, febrero de 2013, p. 1360. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002790>

⁸² Tesis aislada IV.2o.A.15 K, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XII, t. 3, septiembre de 2012, p. 1946. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/VvVpMHYBN_4klb4HV76O

⁸³ Tesis aislada III.3o.T.4.K, *Semanario Oficial de la Federación*, libro XVII, t. 2, febrero de 2013, p. 1360. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002790>

de personas exrefugiadas, indígenas y en situación de pobreza,⁸⁴ constituyen una barrera de acceso material para obtener la carta de naturalización como personas mexicanas.

México es un país que ha construido todo un andamiaje legal e institucional para la atención y protección de los derechos de las personas extranjeras en función de su situación migratoria. Para las personas desplazadas de su país ante riesgos a su integridad y seguridad por situaciones políticas, sociales o de violencia, está la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político,⁸⁵ cuya aplicación corresponde a la COMAR; para las personas que desean ingresar al país en forma regular o regularizar su situación migratoria, se encuentra la Ley de Migración,⁸⁶ que aplican el INM y la SRE; y para las personas que deseen obtener su naturalización como mexicanos y mexicanas, está la Ley de Nacionalidad,⁸⁷ competencia de la SRE como autoridad única en la materia. Sin embargo, este último proceso puede ser muy complejo y difícil de completar para personas en situación de vulnerabilidad, como la población aludida.

Aunque la naturalización es un procedimiento jurídico para el reconocimiento de la nacionalidad y, por ende, de todos los derechos; y, en particular, la forma más segura de conseguir la integración legal de las y los exrefugiados;⁸⁸ la parte legal no resuelve en sí misma la plena integración de las personas migrantes o ex refugiadas en la sociedad receptora.⁸⁹ Sin embargo, para las personas extranjeras la obtención de la nacionalidad representa el punto de conexión con el Estado del país de residencia y, literalmente, el *pasaporte de acceso* a todos los derechos que reconoce dicho Estado. Para el caso de personas exrefugiadas en Campeche “entienden los documentos como el emblema más importante que respalda los derechos que antes les fueron negados”.⁹⁰

⁸⁴ Ruiz, Verónica, “Los refugiados guatemaltecos y la frontera-frente de discriminación, explotación y desigualdad”, *Alteridades*, núm. 56, julio-diciembre de 2018, pp. 47-57. <https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/950/965>; Vargas, Eunice *et al.*, *op. cit.*

⁸⁵ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP.pdf

⁸⁶ Ley de Migración. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf

⁸⁷ Ley de Nacionalidad.

⁸⁸ González, Alfredo, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁹ Coria, Elba y Zamudio, Patricia, *op. cit.*; González, Alfredo, *op. cit.*; Moctezuma, Miguel, *op. cit.*

⁹⁰ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 115.

VIII. La naturalización: el tortuoso camino de los *reasentados*

Para las personas exrefugiadas en México, y ahora residentes en Campeche, lograr la naturalización completa el ciclo de pertenencia plena al Estado-nación del que ya forman parte. No sólo son los derechos, ni la nacionalidad, es la identidad, de sentirse y ser mexicanos. Es un acto significativo en términos del simbolismo que representa, pero también del reconocimiento de las otras y otros como sus iguales en sus comunidades, pues en su mayoría son familiares o tienen el mismo origen étnico o nacional. La obtención de documentos de identificación mexicanos es uno “de los pasos clave del proceso de integración a la sociedad mexicana”.⁹¹ Alcanzar la naturalización es la culminación de su llegada a la tierra prometida.

La búsqueda de la carta de naturalización, por parte de estas personas exrefugiadas, es la evidencia de que han elegido el camino de la legalidad para integrarse plenamente a la sociedad donde viven y muestra su lealtad al Estado mexicano. A diferencia de quienes eligieron vías no legales o no ortodoxas⁹² para hacerse de documentos de identificación personal mexicanos, porque no están dispuestas a “afrentar una serie de laberintos burocráticos para los cuales se necesita dinero y paciencia, pues el proceso puede durar años y no todos pueden costearlo”;⁹³ por eso “muchos optaron por comprar actas de nacimiento”.⁹⁴

La vuelta a México de estas personas exrefugiadas, después de su retorno a Guatemala —sin que lo pretendieran de ese modo— ocasionó diferenciaciones al interior de sus familias respecto al ejercicio de algunos derechos, debido al otorgamiento de la naturalización a quienes decidieron no retornar. Así, al interior de una misma familia, nuclear o extendida, se encuentran personas con diferentes nacionalidades y estatus; familias conformadas por hijas(os) mexicanas(os) por nacimiento con padres guatemaltecos; o hermanos de diferentes nacionalidades (los menores mexicanos y los mayores guatemaltecos). Es lo que se ha llamado *estatus ciudadano diferenciado* o familias de *estatus migratorio mixto*.⁹⁵ No obstante, el eje de la interacción social de estas personas es la familia,

⁹¹ Bedoya, Luis, *op. cit.*, p. 5.

⁹² Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 109; Bedoya, Luis, *op. cit.*

⁹³ Martínez, Betsabe, *Las artes del camino...*, *cit.*, p. 112.

⁹⁴ Entrevista a JIA, 22 de julio de 2018.

⁹⁵ Lerma, Enriqueta, *op. cit.*; Fix, Michael y Zimmermann, Wendy, “All under one roof: mixed-status families in an era of reform”, *International Migration Review*, vol. 35, núm. 2, 2001,

independientemente de las nacionalidades de sus integrantes; en segundo plano la comunidad, en donde tienen plena aceptación. En estos casos el vínculo familiar, con mexicanos por nacimiento o por naturalización, les permitió obtener la tarjeta migratoria de residente permanente,⁹⁶ expedida por el INM, con base en las fracciones V y VII de la Ley de Migración. Dicha tarjeta es uno de los requisitos para tramitar la carta de naturalización y les reconoce su estancia regular en México, sin el temor o el riesgo de ser deportados.⁹⁷

En una situación diferente se encuentran integrantes de familias que aún no han logrado regularizar su estancia en México, debido a la falta de su acta de nacimiento de Guatemala, por la carencia de recursos para tramitarla o porque el documento no existe, porque “todos salimos [de Guatemala], como quien dice, “indocumentados”, porque no cargábamos papeles”.⁹⁸ Para dichas personas, la carencia del acta de nacimiento ha sido una de las principales limitaciones para iniciar su trámite de la carta de naturalización.⁹⁹ Frente a esta situación, una posibilidad legal para estas personas podría ser solicitar la determinación de apátrida ante el INM; al lograrlo, de acuerdo con la fracción I del artículo 54 de la Ley de Migración, tendrían el derecho a la Tarjeta de Residente Permanente, para posteriormente solicitar la naturalización. Sin embargo, la mayor parte de las personas entrevistadas no tenían conocimiento de esa opción.

De forma adicional al cumplimiento de los requisitos documentales, otra gran limitación para iniciar dicha solicitud es de tipo económico. El logro de la carta de naturalización, en apariencia, no supone mayores dificultades porque los requisitos son públicos y están determinados por los artículos 19 y 20 de la Ley de Nacionalidad (véase tabla 1). No obstante, el cumplimiento del trámite

pp. 397-419. <https://webarchive.urban.org/UploadedPDF/409100.pdf>

⁹⁶ Antes de la entrada en vigor de la Ley de Migración (25 de mayo de 2011), este tipo de permisos se denominaban “formas migratorias” que acreditaban la “calidad migratoria”; conforme a la nueva ley su nombre cambió a “Tarjeta de Residente Permanente” y a “Tarjeta de Residente Temporal” con lo cual acreditan su “condición de estancia” en México.

⁹⁷ De acuerdo con los artículos 68, 143 y 144 de la Ley de Migración, la deportación es parte del procedimiento administrativo migratorio y es la medida dictada por el INM por la cual se ordena la salida del país al extranjero en situación migratoria irregular.

⁹⁸ Entrevista a CFL, 2018.

⁹⁹ Un caso similar al de los hijos(as) de mexicanos nacidos en el extranjero, quienes ante el retorno forzado a México y la falta de documentos de identidad, tienen problemas para tramitar su reconocimiento como mexicanos, o porque el trámite burocrático se ha convertido en una barrera, Calderón, Leticia, *op. cit.*

para obtener la naturalización está sujeto a procedimientos y requisitos adicionales (véase tabla 2), detallados en el Reglamento de la Ley de Nacionalidad,¹⁰⁰ lo cual también incluye el “pago de derechos” que deben de cubrir estas personas.

Tabla 1. Requisitos y residencia para el extranjero que pretenda naturalizarse mexicano

<p>I. Solicitud a la SRE en la que manifieste su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana;</p> <p>II. Formulación de las renunciaciones y protesta referidas en el artículo 17 de la <i>Ley de Nacionalidad</i>;</p> <p>III. Prueba de que sabe hablar español, conoce la historia del país y está integrado a la cultura nacional;</p> <p>IV. Acreditación de residencia en territorio nacional por el plazo correspondiente.</p>			
5 años	2 años	Exento	1 año
Extranjeros en general	<p>Descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento.</p> <p>Tenga hijos mexicanos por nacimiento.</p> <p>Sea originario de un país latinoamericano o de la península ibérica.</p> <p>A juicio de la SRE, haya prestado servicios o realizado obras destacadas que beneficien al país.</p> <p>La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos.</p>	<p>Descendientes en línea recta en segundo grado de un mexicano por nacimiento, siempre que no cuente con otra nacionalidad o no le sean reconocidos los derechos adquiridos a partir de su nacimiento.</p> <p>Cuando a juicio del Ejecutivo Federal, no sea necesario que acredite la residencia en el territorio nacional.</p>	<p>Adoptados y menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos.</p>

Fuente: elaboración propia, con base en los artículos 19 y 20 de la Ley de Nacionalidad.

El costo total de todos los trámites para obtener la nacionalidad mexicana es de al menos 12,034 pesos (véase tabla 3). Ello sin considerar erogaciones cola-

¹⁰⁰ Reglamento de la Ley de Nacionalidad. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LNac.pdf

terales para realizarlos, como alimentación, pasajes, hospedaje, en caso de viajes a Guatemala o a la Ciudad de México, para tramitar actas de nacimientos y pasaportes, o certificados de no antecedentes penales, respectivamente:

- Y es que para sacar una carta de naturalización se requiere de mucho dinero, como 17 mil pesos ¿Y de dónde lo voy a sacar yo? [sic].¹⁰¹
- Hemos tenido problemas, porque hay que tener recurso, como ya nos quedamos solos, cada quien va a buscar los medios para obtener la carta de naturalización, hay un gasto de seis mil, además hay que ir a México a hacer los trámites [...] los seis mil creo que es en el banco, pero los viáticos a México por ir por los papeles, por eso hay un gasto como de 16 mil, hay que pagar el pasaporte, y la ida a Guatemala [...] ¹⁰²
- – En Tapachula y dice que ahí los dan [los pasaportes], en la frontera, que ellos lo hacen y tiene uno que ir a recogerlo a un lugar que se llama Puerto de Ocos [San Marcos, Guatemala], y ya le dan a uno su pasaporte. Ahí en Ciudad Hidalgo que es la frontera, parece que sale un poco más económico, tiene uno que llevar 6 mil pesos, para hacer sus trámites. Nos hace falta tener ese dinero para poder ir a ese lugar.¹⁰³

¹⁰¹ Entrevista a RUR, 4 de agosto de 2018.

¹⁰² Entrevista a JMC, 19 de agosto de 2018.

¹⁰³ Entrevista a FFG, 19 de agosto de 2018.

Tabla 2. Requisitos para la persona extranjera para obtener la nacionalidad mexicana (carta de naturalización)

Tipo de persona extranjera	En general	Descendiente en línea recta de mexicano por nacimiento	Descendiente en línea recta en segundo grado de mexicano por nacimiento	Tenga hijos mexicanos por nacimiento	Origenario de un país de América Latina o de la Península Ibérica	Haya prestado servicios o realizado obras destacadas para México	Contraiga matrimonio con persona mexicana	Adoptado o menor descendiente hasta segundo grado, sujeto a patria potestad de mexicano
Tarjeta que acredite la legal estancia (INM-SEGOB)	•	•	•	•	•	•	•	•
Copia certificada de acta de nacimiento, legalizada o apostillada	•	•	•	•	•	•	•	•
Acta de nacimiento certificada para demostrar la filiación, nacionalidad del cónyuge mexicano o del adoptante		•	•	•			•	•
Acta de matrimonio certificada o de su inserción en el extranjero							•	
Constancia legalizada o apostillada para comprobar que el Estado donde nació no lo considera su nacional	•	•	•					
Documento que demuestre los servicios prestados o las obras destacadas realizadas						•		
Original de identificación oficial vigente del cónyuge mexicano o del adoptante							•	•
Original de pasaporte	•	•	•	•	•	•	•	•
Carta del número de salidas y entradas del y hacia el país	•	•	•	•	•	•	•	•
Constancia local o federal de no antecedentes penales	•	•	•	•	•	•	•	•
Pago de derechos	•	•	•	•	•	•	•	•

Fuente: elaboración propia, con base en los artículos 16, 17, 18 y 19 del Reglamento de la Ley de Nacionalidad.

Tabla 3. Requisitos y costos para la carta de naturalización para personas de Guatemala

Requisito	Costo	Dependencia u organismo de trámite	Observaciones
Costo de la recepción, estudio y en su caso, la expedición de la carta de naturalización	\$5,255.00	Secretaría de Relaciones Exteriores	
Acta de nacimiento certificada	6 USD	Representante diplomático consular mexicano. Consulados móviles, oficinas consulares, consulados o embajadas de Guatemala y por medio electrónico.	Legalizada Apostillada
Constancia o certificado de no antecedentes penales	\$222.00	Autoridad competente federal o local.	Vigencia de 30 días
Pasaporte ordinario (5 años)	65.00 USD	Consulados de Guatemala.	
Tarjeta que acredite la condición de estancia a) Residente temporal (1 año) b) Residente permanente	\$5,328.00 \$6,495.00	Instituto Nacional de Migración (SEGOB)	Vigencia mínima de 6 meses posterior a la solicitud

Fuente: elaboración propia, con base en OADPRS; INM; Instituto Guatemalteco de Migración; Registro Nacional de Población, Guatemala; y SRE; precio promedio del dólar a la venta del 3 de mayo de 2024: 17.56 pesos mexicanos.

Una condición básica para solicitar la naturalización en México es la residencia legal en el país, lo cual, conforme al artículo 14 del Reglamento de la Ley de Nacionalidad, se acredita con la tarjeta de residente temporal o permanente, expedida por la Secretaría de Gobernación (SEGOB), a través del INM. Otro

documento necesario para el trámite es el acta de nacimiento original *legalizada* o *apostillada*,¹⁰⁴ establecido en el Reglamento (artículo 16, fracción IV); sin embargo, tal requisito no lo señala la Ley de Nacionalidad. Ello complica la situación para estas personas, quienes salieron de su país hace más de 15 años y sólo pueden tramitarla allí —salvo cuando pueden hacerlo en el Consulado de Guatemala en Tenosique, Tabasco, México—. El escenario es más difícil al tratarse de personas que huyeron de su país por la guerra civil, pues muchos registros no aparecen al perderse los documentos cuando el ejército de Guatemala quemó sus aldeas: “Sólo tengo la copia [del acta de nacimiento], he intentado sacarla, pero no lo encuentran, dicen que quemaron la oficina, ese es otro requisito que nos piden para que nos den la carta de naturalización, el acta original”.¹⁰⁵

Además, los documentos necesarios para la solicitud de naturalización deben tener una vigencia mínima de seis meses al momento de la solicitud, lo cual entraña dificultades adicionales para estas personas, ya que necesitan tramitar todos los documentos a un mismo tiempo. Por otra parte, la constancia de antecedentes no penales sólo tiene una vigencia de 30 días después de su expedición. Así, la diversidad de requisitos para solicitar la carta de naturalización junto con los pagos que deben realizar, se convierten en obstáculos para completar los trámites pues, regularmente, no disponen de los recursos suficientes para sufragar todos los gastos al mismo tiempo: si cuentan para pagar su pasaporte, no tienen para tramitar su tarjeta de residente, o si ya poseen ésta, no cuentan para pagar la solicitud de naturalización:

- No se ha logrado nada, nada más nos dicen que saquemos el pasaporte, pasan los cinco años, se vence y volvemos a renovar y nada.¹⁰⁶
- Nos piden un requisito, que no se ha podido resolver, debes solicitar la renuncia a Guatemala y traer un acta firmada por muchas autoridades y luego presentar una solicitud con el cónsul de México-Guatemala y que él

¹⁰⁴ El *apostille* lo realiza la autoridad facultada del Estado emisor del documento, para certificar su validez o la autenticidad de las firmas de los funcionarios facultados; la *legalización* es el mismo procedimiento, sólo que, por parte de la autoridad facultada del Estado receptor del mismo. Convención por la que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros, La Haya, 1961. <https://bj.scjn.gob.mx/doc/legislacion/AdKq8HMB1tiV43eL95Nh/%22Adherente%22>

¹⁰⁵ Entrevista a MPJ, 9 de septiembre de 2018.

¹⁰⁶ Entrevista a MRC, 9 de septiembre de 2018.

te autorice vivir en México y sacar los antecedentes penales. Por eso nadie ha podido hacer el trámite.¹⁰⁷

- La Secretaría de Relaciones Exteriores nunca nos dice que no, el problema es que nadie tiene los documentos que pide y por el costo, creo que estaba en 4000, entonces eso dificulta, y nadie ha tenido la carta de naturalización.¹⁰⁸

En los hechos, sólo aquellas personas con liquidez, o de medianos o altos ingresos, tienen la capacidad para sufragar todos los trámites a un mismo tiempo para acceder al beneficio de la naturalización. No es el caso de las personas aludidas, de ascendencia indígena, cuya pobreza le impide el acceso material al *derecho a la nacionalidad*.

En el Reglamento de la Ley de Nacionalidad se exceptúa el requisito del acta de nacimiento para solicitantes en la condición de refugiados (artículo 16, fracción IV); empero, tal disposición no aplica para personas que en el pasado tuvieron dicha condición, ya que la perdieron al retornar a su país, como es el caso de la población referida. La pérdida de la condición de refugiado se funda en las fracciones I, IV y V del artículo 33 de la Ley sobre Refugiados, Asilo Político y Protección Complementaria, donde se estipula que la Secretaría de Gobernación puede cesar tal reconocimiento a quien “se ha acogido voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad” (fracción I); “se ha establecido voluntariamente en el país que habían abandonado o fuera del cual habían permanecido” (fracción IV); o “han desaparecido las circunstancias por las cuales fue reconocido como refugiado y no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad”.¹⁰⁹

Conforme a los requisitos legales analizados, existen posibles alternativas para reducir la carga de trámites que deben realizar las personas de Guatemala exrefugiadas en México para completar su solicitud de carta de naturalización, lo cual implicaría ceñirse sólo a los requisitos establecidos en la Ley de Nacionalidad o, en su caso, hacer modificaciones menores a su reglamento:

¹⁰⁷ Entrevista a JIA, 22 de julio de 2018.

¹⁰⁸ Entrevista a FFG, 19 de agosto de 2019.

¹⁰⁹ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP.pdf

- a) Extender la excepción del acta de nacimiento, a quienes también hayan tenido la condición de refugiado;
- b) Sustituir el requisito del acta de nacimiento *legalizada* o *apostillada* por la tarjeta de residente permanente, expedida por el INM, ya que para su trámite inicial se consideró o exceptuó el acta de nacimiento;
- c) Disminuir considerablemente los costos de los derechos a pagar para el trámite de naturalización para las personas que hayan tenido la condición de refugiadas.

Con base en el artículo 59 de la Ley de Migración vigente, las personas a quienes se reconoció la condición de refugiados obtuvieron la tarjeta de residente permanente, la cual no pierde vigencia, les permite acreditar su estancia regular en México y obtener la Clave Única del Registro de Población por parte de la Segob. Por tal razón, solicitar de nueva cuenta el acta de nacimiento para tramitar la naturalización es un requerimiento duplicado. Al fin de cuentas, “los detalles procedimentales de la regulación del acceso a la nacionalidad, donde puede haber variaciones importantes, quedan, no obstante, al arbitrio de cada Estado”.¹¹⁰

Para implementar la propuesta presentada, la modificación del Reglamento de la Ley de Nacionalidad no requiere alguna reforma legal, porque es una de atribución del Poder Ejecutivo federal, a través de la Segob y la SER — conforme a los artículos 13, 27 y 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal—¹¹¹ las cuales, con base en el artículo 1o. de la Constitución general “tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, así como evitar “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional”.¹¹² La propuesta va en línea con una recomendación de la ACNUR: “es importante que los Gobiernos consideren la posibilidad de exonerar o disminuir los costos de los procesos de documentación, regularización y naturalización de refugiados en sus países”.¹¹³ De lo contrario, excluir a personas exrefugiados de Guatemala de los procedimientos de naturalización podría

¹¹⁰ Velasco, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 47.

¹¹¹ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPE.pdf

¹¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2024. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf.

¹¹³ Citado por González, Alfredo, *op. cit.*, p. 105.

constituir una *política migratoria selectiva*,¹¹⁴ pues sólo estaría al alcance de las personas que cuentan con los recursos suficientes para sufragar todos los gastos requeridos.

IX. Conclusiones

Es probable que cuando las personas deciden marcharse de forma permanente de su país de origen, obligadas por diversas circunstancias, lo hagan con el afán de volverse nacionales del país de llegada. Cuando transcurre un tiempo considerable de vivir y echar raíces en otra nación, de alguna forma les genera el derecho de ser parte de la misma. El caso abordado, referido a personas que de nueva cuenta viven en el estado de Campeche donde habían sido acogidas como refugiadas, documenta las dificultades que enfrentan para acceder al reconocimiento de la nacionalidad mexicana.

El aspecto económico es una condición objetiva que limita el acceso a la nacionalidad de cualquier persona migrante de escasos recursos que pretenda iniciar el trámite en cuestión, no únicamente para la población aquí descrita. En tal sentido, dicho factor se convierte en una barrera para el acceso efectivo al derecho a la nacionalidad, previsto en la Constitución general y la Ley de Nacionalidad.

Aunque no sólo se trata de un asunto de orden económico, también existen restricciones administrativas que, en sí mismas, constituyen formas de discriminación hacia esta población. A pesar de que el artículo 1o. de la Constitución de México la prohíbe motivada por origen étnico o nacional, la realidad material e institucional se traduce en exclusión y discriminación para estas personas: “En todos lados hay discriminación. Muchas veces nos han hecho de menos cuando nos ven que somos gente humilde o que no tenemos dinero, y no sólo en México, sino también en Guatemala y en todas partes”.¹¹⁵

Se trata de una población que tiene varias décadas viviendo en México, si se considera el tiempo como refugiada y los años que acumula desde su regreso a Campeche, en comunidades que consideran propias, donde sus proyectos personales y familiares se han construido de diversas maneras. Los vínculos afec-

¹¹⁴ Coría, Elba y Zamudio, Patricia, *op. cit.*

¹¹⁵ Entrevista a AC, 26 de agosto de 2018.

tivos y sociales, así como sus actividades productivas y de reproducción social, les han permitido integrarse a esas comunidades, pero no plenamente, pues enfrentan limitaciones para ejercer todos sus derechos humanos.

Es posible que la situación descrita no sea exclusiva exrefugiados de Guatemala en Campeche, pues probablemente existan cientos de personas en la Frontera Sur de México en la misma condición. En tal virtud, se proponen alternativas como aceptar las tarjetas de residente permanente como sustitutas del acta de nacimiento y la de reducir el alto costo que representa para una población vulnerable pagar todos los trámites el trámite de naturalización. Sólo de esta forma tendrían acceso material al derecho a la nacionalidad mexicana, a ser ciudadanas(os) de un país al que por decisión propia han adoptado como suyo, y se refrendaría el papel de México como país de acogida. Las modificaciones propuestas beneficiarían a cualquier persona migrante en situación de vulnerabilidad, particularmente a las que fueron refugiadas y tienen problemas por la falta de recursos y de documentación, como el acta de nacimiento.

De manera inicial como población refugiada y luego por la falta de reconocimiento de la nacionalidad mexicana, estas personas han vivido forma de exclusión social, al residir en un país que no las considera como sus nacionales. En ambos casos, el Estado mexicano tuvo y tiene la atribución, en ejercicio de su soberanía, de dar un paso crucial para evitar que la situación se prolongue por más tiempo. Si bien el acceso al derecho a la nacionalidad les abriría las puertas a más derechos, más allá de la formalidad, sólo es un paso para su reconocimiento por parte de la sociedad y de las instituciones del Estado.

X. Bibliografía

Arendt, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998.

Arriola, Luis, “Fenómeno migratorio en Campeche. Una primera aproximación a su dimensión cultural”, en Villanueva, Adriana y Cruz, Sandra, *Mirando al sur. Entrecruzamientos culturales en la migración centroamericana*, México, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Instituto Nacional de Migración, 2010.

Bedoya, Luis, “«Papeles» comprados: procedimientos no ortodoxos implementados por guatemaltecos para adquirir documentos mexicanos de identifica-

- ción personal”, *Migraciones Internacionales*, vol. 12, enero-diciembre de 2021, pp. 1-23.
- Calderón, Leticia, “Esas cosas invisibles: los derechos político-electoral de las personas extranjeras en México”, *Odisea. Revista de Estudios Migratorios*, México, núm. 6, 2019, pp. 118-142. <https://web.archive.org/web/20200713113448/https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/odisea/article/download/4684/3844>
- Cámara de Diputados, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. www.diputados.gob.mx/comisiones/pofroym/reunwash/COMAR.htm
- Chan, Lidia Patricia y García, Martha, “In search of other borders: guatemalan-mexican communities in Southern Mexico”, *Frontera Norte*, México, vol. 30, núm. 59, enero-junio de 2018.
- COMAR, *El refugio guatemalteco*, México, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. www.comar.gob.mx/es/COMAR/El_refugio_guatemalteco
- Constitución Política de la República. www.congreso.gob.gt/marco_legal#gsc.tab=0
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2024. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf
- Convención por la que se suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, La Haya, 1961. <https://bj.scjn.gob.mx/doc/legislacion/AdKq8HMB1tiV43eL95Nh/%22Adherente%22>
- Coria, Elba y Zamudio, Patricia, *Inmigrantes y refugiados: ¿Mi casa es tu casa?*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2018.
- Cruz, Jorge, “El retorno del Quetzal. Del desarraigo a la integración de los refugiados guatemaltecos en Campeche”, *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, México, vol. 6, núm. 11, junio de 2000. www.culturascontemporaneas.com/culturascontemporaneas/contenidos/retorno_del_quetzal.pdf
- Fix, Michael y Zimmermann, Wendy, “All under one roof: mixed-status families in an era of reform”, *International Migration Review*, vol. 35, núm. 2, 2001, pp. 397-419. <https://web.archive.org/UploadedPDF/409100.pdf>
- González, Alfredo, *Integración en localidades rurales. Ex refugiados guatemaltecos naturalizados mexicanos en los municipios fronterizos de La Trinitaria y Frontera Comalapa, Chiapas*, tesis del doctorado interuniversitario en antropología de Iberoamérica, México, Instituto Universitario de Iberoamérica de la Universidad de

- Salamanca, 2015. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/128334/III_Gonz%0E1lezRoja?sequence=1
- INM, *Trámites*, Expedición de documento migratorio por autorización de condición de estancia, Instituto Nacional de Migración, 2024. www.gob.mx/tramites/ficha/expedicion-de-documento-migratorio-por-autorizacion-de-condicion-de-estancia/INM821
- Instituto Guatemalteco de Migración, Requisitos para trámite de pasaportes en el extranjero, 2024. <https://igm.gob.gt/pasaportes-guatemaltecos-en-el-extranjero/>
- Kauffer, Edith, “De la frontera política a las fronteras étnicas. Refugiados guatemaltecos en México”, *Frontera Norte*, México, vol. 34, núm. 17, 2005. <https://fronteranorte.colef.mx/index.php/fronteranorte/article/view/1043/586>
- Kauffer, Edith, “Leadership and social organization: the integration of Guatemalan refugees in Mexico”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 15, diciembre de 2002, pp. 359-387.
- Kauffer, Edith, “Movimientos migratorios forzosos en la frontera sur: Una visión comparativa de los refugiados guatemaltecos en el sureste mexicano”, en Kauffer, Edith (ed.), *Identidades, fronteras y género*, México, El Colegio de la Frontera Sur, 2002.
- Lerma, Enriqueta, “Guatemalteco-mexicano-estadounidenses” en Chiapas: Familias con estatus ciudadano diferenciado y su multiterritorialidad”, *Migraciones Internacionales*, vol. 8, núm. 3, enero-junio de 2016, pp. 95-124.
- Ley de Migración. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf
- Ley de Nacionalidad, 2012.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf
- Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP.pdf
- Martínez, Betsabe, *Las artes del camino. Memoria, movilidad y otros pasajes del refugio guatemalteco*, tesis de doctorado en Antropología Social, México, El Colegio de Michoacán, 2016.
- Martínez, Betsabe, “Somos mayas, pero no como los de acá. Etnicidad y localidad entre los ex refugiados guatemaltecos en Campeche”, *IV Congreso*

- de Antropología Social y Etnología*, México, Proyecto de Investigación Región Transfronteriza México Guatemala, 2016.
- Martínez, Jorge, “Migración internacional en la agenda de derechos”, *Revista Latinoamericana de Población*, año I, núm. 1, junio-diciembre de 2007, pp. 67-87.
- Moctezuma, Miguel, “Reconocimiento y exclusión de derechos a los migrantes por el Estado y la sociedad”, *Papeles de Población*, México, vol. 29, núm. 115, 2023, pp. 165-198. <https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/16649/16546>
- Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Nueva York, 2007. www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Organización de Estados Americanos, 1969. www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1948. www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, “Constancia de Antecedentes Penales Federales”. www.gob.mx/prevencion-yreadaptacion/articulos/tramita-tu-constancia-de-antecedentes-penales
- Registro Nacional de Población, 2022. www.renap.gob.gt/sites/default/files/contenido-pdf/tarifario-acuerdo-directorio-15-2020.pdf
- Reglamento de la Ley de Nacionalidad. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LNac.pdf
- Rojas, Martha y Winton, Ailsa (eds.), *Contornos: historias de vida y trabajo entre Guatemala y México*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social; Centro de Investigación en Ciencias de Información Geoespacial; Centro de Investigación y Docencia Económicas; El Colegio de la Frontera Sur, 2020.
- Ruiz, Verónica, “Los refugiados guatemaltecos y la frontera-frente de discriminación, explotación y desigualdad”, *Alteridades*, núm. 56, julio-diciembre

- de 2018, pp. 47-57. <https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/950/965>
- Salézn, Erasmo, “Algunas lecciones del refugio guatemalteco: 1980-1996”, *XIV Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*, Argentina, Universidad Nacional de Cuyo, 2013. <https://cdsa.academica.org/000-010/960.pdf>
- Salazar, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos una. Guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014.
- Secretaría de Relaciones Exteriores, *Trámites, Solicitud de carta de naturalización por ser originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2024. www.gob.mx/tramites/ficha/solicitud-de-carta-de-naturalizacion-por-ser-originario-de-un-pais-latinoamericano-o-de-la-peninsula-iberica/SRE1579
- Soberanes, José Luis, “El migrante: el personaje olvidado de los derechos humanos”, en Orcí, L. y Martínez, V., *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura del bienestar*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.
- Tesis aislada I.3o.A.500, *Semanario Oficial de la Federación*, tomo XIII, febrero de 1994.
- Tesis aislada III.3o.T.4.K, *Semanario Oficial de la Federación*, libro XVII, t. 2, febrero de 2013. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002790>
- Tesis aislada IV.2o.A.15 K, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XII, t. 3, septiembre de 2012. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/VvVpMHYBN_4klb4HV76O
- Vargas, Eunice; Rodríguez, Oscar y Rodríguez, María, “Hogares guatemaltecos y etnicidad en el sur de México: perfiles demográficos y socioeconómicos”, *Estudios Fronterizos*, México, núm. 20, 2019, pp. 1-25. https://ref.uabc.mx/ojs/index.php/ref/article/view/809/1646?lan=es_ES
- Velasco, Juan Carlos, *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Vergel, Luz, “El reconocimiento de los derechos laborales de los extranjeros en México. Una decisión en sede de jurisdicción constitucional”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2009. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9600/11630>

Cómo citar

IJ-UNAM

López Chan, Oscar, Pérez Sánchez, Luis Francisco, y Gallegos Pampillón, Guadalupe, “El derecho postergado a la nacionalidad mexicana de exrefugiados de Guatemala en Campeche, México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 40, 2025, pp. 3-37. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19130>

APA

López Chan, O., Pérez Sánchez, L. F., y Gallegos Pampillón, G. (2025). El derecho postergado a la nacionalidad mexicana de exrefugiados de Guatemala en Campeche, México. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(40), 3-37. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.40.19130>

Criterios para la suspensión de labores de las empresas que incumplan la normativa de inspección del trabajo. Un análisis comparado

Criteria for the suspension of work of companies that fail
to comply with labor inspection regulations. A comparative analysis

Critères pour la suspension du travail des entreprises qui ne respectent
pas la réglementation de l'inspection du travail. Une analyse comparative

Walter Néstor Vásquez Maguiña

 <https://orcid.org/0000-0002-5391-6747>

Universidad Nacional del Santa. Perú

Correo electrónico: wescorpion79@gmail.com

Vladimir Rodríguez Cairo

 <https://orcid.org/0000-0001-9971-0405>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú

Correo electrónico: vladimir.rodriguez@epg.usil.pe

Recibido: 27 de junio de 2024

Aceptado: 28 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19289>

RESUMEN: La investigación identificó, con base en el desarrollo de las normas inspeccionales en el derecho comparado, los criterios para la suspensión de labores de las empresas que incumplan la normativa de inspección del trabajo. El diseño de investigación fue no experimental, de corte transversal y retrospectivo. El alcance fue descriptivo y el enfoque fue cualitativo. La técnica para la obtención de los datos fue la revisión docu-

mental. Los resultados de la investigación muestran que nuestra legislación inspectiva es muy general, y que sólo establece cuestiones en torno a la infracción y reiterancia, lo cual es aprovechado por los empleadores, quienes constantemente infringen las normas sociolaborales. Se concluye que es necesario reformar la figura de la reincidencia de las infracciones laborales, y se disponga una serie de criterios que permitan un cierre temporal de la empresa, y, como una medida sumamente extrema, el cierre definitivo. *Palabras clave:* sanción; inspección del trabajo; suspensión temporal; cierre definitivo.

ABSTRACT: The research identified, based on the development of inspection standards in comparative law, the criteria for the suspension of work of companies that fail to comply with labor inspection regulations. The research design was non-experimental, cross-sectional and retrospective. The scope was descriptive and the approach was qualitative. The data collection technique was documentary review. The results of the research show that our inspection legislation is very general and only establishes questions about the infraction and reiteration, which is exploited by employers who constantly infringe the social and labor norms. It is concluded that it is necessary to reform the figure of recidivism of labor infractions, and to establish a series of criteria that allow a temporary closure of the company, and as a very extreme measure, the definitive closure.

Keywords: sanction; work inspection; temporary suspension; definitive closure.

RÉSUMÉ: La recherche a permis d'identifier, sur la base de l'évolution des normes d'inspection en droit comparé, les critères de suspension du travail des entreprises qui ne respectent pas les réglementations de l'inspection du travail. La conception de la recherche était non expérimentale, transversale et rétrospective. La portée était descriptive et l'approche était qualitative. La technique de collecte des données est l'examen documentaire. Les résultats de la recherche montrent que notre législation en matière d'inspection est très générale et n'établit que des questions liées à l'infraction et à la répétition, ce qui est exploité par les employeurs qui enfreignent constamment les réglementations sociales et du travail. La conclusion est qu'il est nécessaire de réformer le chiffre de la récidive des infractions au travail et d'établir une série de critères qui permettent la fermeture temporaire de l'entreprise et, à titre de mesure extrême, la fermeture définitive.

Mots-clés: sanction; inspection des travaux; suspension temporaire; fermeture définitive.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fundamentación de la inspección del trabajo.* III. *Métodos.* IV. *Resultados.* V. *Discusión.* VI. *Conclusiones.* VII. *Recomendaciones.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

En la actualidad es muy común encontrar casos, en materia laboral, en los que el trabajador es afectado una vez que concluye su vínculo laboral con su empleador. Este tipo de situaciones se presentan, por ejemplo, cuando el empleador no entrega el monto de sus beneficios sociales —un monto que debe ser cancelado en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas— luego del cese del trabajador. Esta y otras circunstancias similares son cada vez más recurrentes, lo que ha generado que el extrabajador acuda ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL, un ente encargado de supervisar y fiscalizar a las empresas) a fin de interponer la denuncia correspondiente, ya sea de forma virtual o presencial. Además, cabe indicar que el incumplimiento del pago de beneficios laborales a los trabajadores es considerado como una infracción grave, de conformidad con el inciso 4) del artículo 24 del Reglamento de la Ley General de Inspección del trabajo. Tal infracción es cuantificada y catalogada según el tipo de empresa, infracción generada y número de trabajadores, lo cual se establece en la misma la cuantía.

En este contexto se han publicado diversos artículos de investigación que se ocupan de dicha problemática. Entre ellos destaca el trabajo de Bensusan,¹ quien en sus resultados manifiesta que el desempeño del modelo de inspección laboral en Brasil es el más positivo entre los doce países de su estudio; mientras que el modelo de México es totalmente lo contrario. Bensusan concluye que el diseño de la inspección del trabajo, en la gran mayoría de países de la región, es adecuado para la tutela los empleados; no obstante, aún existen problemas que afectan su eficacia, los cuales no se limitan a aspectos técnicos.

Por su parte, Osorio y Medina resaltan que las legislaciones de Chile, Argentina y Perú tutelan los derechos laborales del trabajador, y concluyen que existe una tendencia mayoritaria a la regulación jurídica de la inspección del trabajo a nivel del derecho comparado.² Por lo tanto, ellos proponen que la inspección

¹ Bensusán Areous, Graciela, “La inspección del trabajo en América Latina: teorías, contextos y evidencias”, *Revista Estudios Sociológicos*, México, versión online, septiembre-diciembre de 2009. <https://www.redalyc.org/pdf/598/59820678010.pdf>

² Osorio Fera, Yulién; Medina Peña, Rolando y Medina de la Rosa, Rolando Eduardo, “La inspección del trabajo y las relaciones laborales con empleador persona natural: mirada desde el derecho comparado. Características en Cuba”, *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 11, núm. 2, 2019. <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>

del trabajo sea regulada en un cuerpo normativo que garantice los derechos laborales de los trabajadores. No obstante, Ramírez Pinedo concluye que el rol de la referida entidad estatal es poco significativo para el trabajador, pues es un ente fiscalizador y sancionador que solamente impone una multa al empleador.³

Dentro de las teorías que defienden un sistema de inspección del trabajo se encuentra la teoría de la disuasión, propuesta por Becker, la cual plantea que el cumplimiento de las normas depende de un riesgo alto de ser sancionado por la autoridad competente. Asimismo, la teoría de la sanción como ejercicio de jurisdicción se centra en la imposición de un castigo a otra persona, por la que debe necesariamente efectuarse un “juicio” de reproche para establecer si dicha persona ha transgredido algún mandato. Igualmente importante es la teoría de la discrecionalidad y arbitrariedad, que postula, según Tirado,⁴ que la administración está facultada para emplear sus recursos, siempre y cuando exista una planificación previa. Finalmente, la teoría del cumplimiento/incumplimiento e inspección del trabajo, propuesto por Hawkins (1984), se centra en hacer cumplir las normas altamente debatibles cuando las sanciones resultan ser bajas y existen fuertes incentivos económicos para no respetarlas.

Ahora bien, el tema resulta pertinente porque las investigaciones previas tan sólo realizaron un análisis comparativo con otras regulaciones latinoamericanas, sin proponer la inclusión de algún criterio que permita frenar este accionar. Por esta razón, a través del presente artículo se busca establecer criterios —que tienen como referencia la experiencia comparada— ante el eventual supuesto de que las empresas continúen incurriendo en infracciones, de tal forma que incluso se dispongan de sanciones más drásticas.

En este contexto se formula la siguiente interrogante: ¿cuáles son los criterios necesarios para la suspensión de labores de las empresas, que permitan un adecuado cumplimiento de las normas de inspección del trabajo, al tener como referencia a las normas inspectivas emitidas en el derecho comparado, y que puedan ser aplicables en Perú?

³ Ramírez Pinedo, Elsa, “El sistema de inspección del trabajo en Perú: el rol de la Intendencia Regional de SUNAFIL San Martín en el cumplimiento del pago de los beneficios sociales a los trabajadores (2019-2020)”, *Estado y Políticas Públicas*, núm. 20, mayo-septiembre de 2023. https://revistaeypp.flacso.org.ar/files/revistas/1685129869_159-185.pdf

⁴ Tirado Barrera, José Antonio, “Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la administración pública”, *Derecho y Sociedad*, Lima, núm. 37, 2011, p. 253. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13177>

Lo anterior, a su vez, nos permitió formular la siguiente hipótesis: los criterios necesarios para la suspensión de labores de las empresas, que permitan un adecuado cumplimiento de las normas de inspección del trabajo en el Perú, al tener como referencia a las normas inspectivas emitidas en el derecho comparado, son las reiterativas infracciones efectuadas por la empresa y el nivel de sanción en el que esta ha incurrido.

Por lo expuesto, a través del presente estudio se busca establecer los criterios necesarios para la suspensión temporal de las labores de las empresas (sea una MyPE, Pequeña Empresa o No MyPE) ante la reiteración de infracciones, que tiene como fuente principal el desarrollo normativo de inspección laboral en el derecho comparado.

II. Fundamentación de la inspección del trabajo

1. Protección supranacional de la inspección del trabajo

Las relaciones dentro de la organización del trabajo han acompañado a los seres humanos desde tiempo remotos. Sin embargo, es a partir de la Revolución francesa y la Revolución Industrial donde dichas relaciones cobran mayor notoriedad. Hacia 1802 Gran Bretaña, cuna de la Revolución Industrial, se convierte en el primer Estado en establecer un conjunto de normas orientadas al mejoramiento de las condiciones laborales del trabajador, e instaurar a la vez un procedimiento por el cual la administración pública se encargue de constatar que el empresariado cumpla con las normas sobre trabajo fabril en hilados y tejidos.⁵ Tras la implementación de esta normatividad, se dispuso que la labor de inspección debería de ser asumida —inicialmente— por un grupo de personas que realizaran estas inspecciones de manera voluntaria. Tal mecanismo no resultó efectivo, por lo que en 1833 el gobierno británico designó a cuatro inspectores de trabajo que se ocuparon de realizar dicha labor.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT) fue fundada hasta 1919, como un organismo que dirigió su mayor atención hacia las relaciones de trabajo.

⁵ Cavalie Cabrera, Paul, “Balance y perspectivas de la inspección del trabajo en el Perú”, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021, p. 442.

Así, desde su creación, la referida institución supranacional se ha encargado de tutelar los derechos de los trabajadores, así como de proteger las relaciones de trabajo existentes entre el empleador y sus colaboradores. En consecuencia, dentro de las acciones ejercidas por la OIT, esta institución se encargó de regular el servicio inspectivo mediante cuatro convenios, un protocolo y cinco recomendaciones en torno a dicha temática. Estos materiales normativos han servido de guía y complemento a las legislaciones nacionales de cada uno de los países adscritos a la OIT, quienes en su momento han ratificado dichos instrumentos internacionales.⁶ De todos los instrumentos han destacado principalmente el Convenio 81 y el 129. El primero, de 1947, se refiere a la inspección del trabajo; el segundo, de 1969, a la inspección del trabajo en el sector agrícola.

De este modo, la inspección del trabajo surge con el objetivo esencial de garantizar el total cumplimiento de las normas que reconocen derechos a los trabajadores. De allí que la creación de todo un aparato especializado en esta materia esté enfocada hacia la supervisión de la correcta aplicación del derecho del trabajo, en razones de índole humanitaria y legalidad; del mismo modo que, por cuestiones socioeconómicas de cuyos resultados depende en gran parte, la consecución del bienestar social.⁷

2. Sistema inspectivo en el Perú

A. Inspección del trabajo en el ordenamiento laboral

La inspección del trabajo es una responsabilidad del Estado, que surge del carácter social de este. Al respecto, Osorio y Medina⁸ afirman que la inspección del trabajo resulta ser una labor de suma relevancia, pues con ella se busca asegurar la eficacia de la legislación laboral y controlar su cumplimiento. Así, la inspección laboral se erige como un mecanismo eficaz para la detección de transgresiones de los derechos de los trabajadores. En consecuencia, tal como

⁶ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 1, núm. 28, enero-junio de 2019, p. 159. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.28.13147>

⁷ Macías Vásquez, María del Carmen, “La inspección del trabajo: institución garante de los derechos humanos laborales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 1, núm. 6, enero-junio de 2008, p. 36. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2008.6.9538>

⁸ Osorio Feria, Yulién *et al.*, *op. cit.*, p. 300.

lo detalla Serrano, la inspección laboral en nuestro país se ha venido fortaleciendo con el transcurrir del tiempo, lo que ha permitido a la vez la incorporación de nuevos productos de la globalización y los cambios en los fenómenos productivos.⁹

Mucho se ha señalado en cuanto a la finalidad de la inspección del trabajo. Así, por ejemplo, la OIT¹⁰ —a través de su Guía para los trabajadores— define lo que es y lo que hace una inspección del trabajo; sostiene que su misión principal es la de garantizar el cumplimiento de las normas laborales, que están comprendidas dentro del grupo de normas nacionales que buscan tutelar los derechos de los trabajadores y de sus familiares. Por lo tanto, el Estado asume el deber de fomentar el empleo mediante la promoción de condiciones para el progreso social y económico, las cuales deben plasmarse tanto con la creación de un conjunto normativo que se encargue de regular las relaciones de dependencia propia del contrato de trabajo; así como el deber de participar como garante del cumplimiento de estas condiciones a través de una política de fiscalización del trabajo.

B. Procedimiento inspectivo de trabajo y sus etapas

El procedimiento inspectivo del trabajo surge desde la formulación de la denuncia hasta la emisión de la resolución de multa. De esta forma, se constituye un procedimiento administrativo en el que existen dos etapas totalmente diferenciadas, como son la actuación inspectiva, por un lado, y el procedimiento inspectivo sancionador o procedimiento administrativo sancionador, por el otro.

En cuanto a la primera etapa, relativa a la actuación inspectiva, Elías¹¹ la considera como una etapa de diligencias previas al procedimiento sancionador. Asimismo, el citado autor advierte que no es de aplicación lo establecido en el título II de la Ley de Procedimiento Administrativo General, conforme lo dis-

⁹ Serrano Díaz, Luis, “La nueva inspección del trabajo en el Perú”, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021, p. 728.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Guía para los trabajadores. La inspección del trabajo lo que es y lo que hace*, 2010.

¹¹ Elías Mantero, Fernando, “Inspección del trabajo: Problemas y soluciones”, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021, p. 487.

pone el artículo 10 de la Ley General de Inspección. Esta fase es ejecutada por el inspector de trabajo, quien se apoya en lo dispuesto en la Ley 28806, la cual prescribe las facultades que este tiene para realizar sus labores. En consecuencia, es el inspector la persona encargada de realizar las investigaciones necesarias a la empresa.

Por otro lado, cabe indicar que en esta primera fase no existe un derecho a la defensa ni al debido procedimiento, pues esta etapa únicamente consiste de una investigación previa, razón por la cual la investigación se lleva a cabo sobre el criterio aplicado por el inspector, quien actúa con la sola información que se le ha suministrado, ya sea un trabajador o un organismo sindical. Además de lo acotado, es en esta etapa donde la empresa inspeccionada tiene el deber de acatar todo lo que el inspector decide, con la finalidad de evitar que dicho funcionario los denuncie por obstrucción.

En tanto que en la segunda fase, referida al procedimiento sancionador, el rol principal es asumido por otro funcionario de la SUNAFIL, quien es el subintendente de resolución en primera instancia, mientras que en segunda instancia es un funcionario de mayor jerarquía.¹² En relación con esta fase, Ospina y Baustista consideran que se procede a tipificar las sanciones de acuerdo con el tipo de infracción y el número de trabajadores que han sido afectados. Asimismo, precisan que el procedimiento para su imposición está respaldado por los principios de seguridad jurídica y la eliminación de la arbitrariedad de los poderes públicos que afectan los derechos de empleadores y trabajadores.¹³

En esta etapa, a diferencia de la anterior, ya se puede emplear una serie de derechos y principios (donde destaca el principio de la doble instancia), así como recursos impugnatorios (principalmente el de apelación, que pone fin a la instancia administrativa). De ahí que el inicio de esta fase se dé a partir de la emisión del acta de infracción que elabora el inspector de trabajo, la cual es llenada tras la inspección realizada por dicho funcionario a la empresa que fue supervisada. Cabe señalar que el acta emitida por el funcionario no es incorporada al expediente de la investigación que sirvió de sustento para la elaboración del acta de infracción. De igual forma, el empleador no llega a conocer lo que se actuó en

¹² *Ibidem*, p. 500.

¹³ Ospina Salinas, Estela; Bautista Puchuri, Fanny; Sánchez Matos, Andrea y Polanco Monteza, Nataly, “El papel de las y los denunciantes en los procedimientos de inspección del trabajo”, *LABOREM*, Lima, núm. 24, 2021.

dicha fase, ni mucho menos conoce las declaraciones que prestaron los denunciantes ni las pruebas que estos ofrecieron.

3. Reincidencia de infracciones: un problema de nunca acabar

A. *Infracciones en la ley de inspección*

Con relación a las infracciones en materia laboral se debe indicar que la Ley 28806, su reglamento, y la Ley 27444, se encargan de regular los aspectos comunes de este régimen.¹⁴ Sin embargo, es la Ley 28806 la que dispone un régimen de infracciones que comprende las siguientes infracciones por materia:

- a) Relaciones laborales.
- b) Seguridad y salud en el trabajo.
- c) Empleo y colocación.
- d) Intermediación y tercerización laboral.
- e) Promoción y formación para el trabajo.
- f) Contratación de trabajadores extranjeros.
- g) Seguridad social.
- h) Labor inspectiva.

De toda esta gama de infracciones, establecidas en la Ley de Inspección del Trabajo y en su reglamento, únicamente nos ocuparemos de la primera, que está referida a las infracciones en materia de relaciones laborales. Sobre este particular, el reglamento de la ley dispone, en el capítulo I del título III, una serie de infracciones que han sido organizadas, de acuerdo con la gravedad de la infracción, como leves, graves y muy graves. En efecto, los artículos 23 (que regula las causales consideradas como infracciones leves), 24 (que regula las causales consideradas como infracciones graves) y 25 (que regula las causales consideradas como infracciones muy graves) del referido reglamento se han encargado de establecer cada una de las causales que cuentan los distintos tipos y niveles de infracción. Las infracciones de carácter leve cuentan con un total de 13 supuestos de aplica-

¹⁴ Valderrama Valderrama, Luis Ricardo, “Implementación de la SUNAFIL: balance y perspectivas para el 2014”, *Soluciones Laborales*, Lima, núm. 73, enero de 2014, p. 43.

ción. Mientras que las infracciones graves cuentan con un total de 31 supuestos. En el caso de las infracciones muy graves hay un total de 30 supuestos.

B. Cuantía y aplicación de las sanciones

Cada uno de los niveles de infracción, así como los supuestos establecidos en ellos, son sancionados después de que el inspector del trabajo realiza su visita a las instalaciones de la empresa. Tal sanción es cuantificada y catalogada según el tipo de empresa, infracción generada y número de trabajadores; y asimismo se establece la cuantía que corresponde. De manera que el legislador ha plasmado, en el artículo 48 del reglamento, las tablas que se presentan a continuación.

Tabla 1. Tabla de sanciones para las microempresas según la gravedad de infracción y número de trabajadores afectados

Microempresa										
Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	1		2		3		4		5	
Leves	0.05	S/222.75	0.05	S/247.50	0.07	S/346.50	0.08	S/396.00	0.09	S/445.50
Graves	0.11	S/544.50	0.14	S/693.00	0.16	S/792.00	0.18	S/891.00	0.20	S/990.00
Muy graves	0.23	S/1,138.50	0.25	S/1,237.50	0.29	S/1,435.50	0.32	S/1,584.00	0.36	S/1,782.00

Microempresa										
Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	6		7		8		9		10 y más	
Leves	0.11	S/544.50	0.14	S/693.00	0.16	S/792.00	0.18	S/891.00	0.23	S/1,138.50
Graves	0.25	S/1,237.50	0.29	S/1,435.50	0.34	S/1,683.00	0.38	S/1,881.00	0.45	S/2,227.50
Muy graves	0.41	S/2,029.50	0.47	S/2,326.50	0.54	S/2,673.00	0.61	S/3,019.50	0.68	S/3,366.00

FUENTE: elaboración propia, con datos de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2023.

Tabla 2. Tabla de sanciones para las pequeñas empresas según la gravedad de infracción y número de trabajadores afectados

Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	Número de trabajadores afectados									
	1 a 5		6 a 10		11 a 20		21 a 30		31 a 40	
Leves	0.09	S/445.50	0.14	S/693.00	0.18	S/891.00	0.23	S/1,138.50	0.32	S/1,584.00
Graves	0.45	S/2,227.50	0.59	S/2,920.50	0.77	S/3,811.50	0.97	S/4,801.50	1.26	S/6,237.00
Muy graves	0.77	S/3,811.50	0.99	S/4,900.50	1.28	S/6,336.00	1.64	S/8,118.00	2.14	S/10,593.00

Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	Número de trabajadores afectados									
	41 a 50		51 a 60		61 a 70		71 a 99		100 y más	
Leves	0.45	S/2,227.50	0.61	S/3,019.50	0.83	S/4,108.50	1.01	S/4,999.50	2.25	S/11,137.50
Graves	1.62	S/8,019.00	2.09	S/10,345.50	2.43	S/12,028.50	2.81	S/13,909.50	4.5	S/22,275.00
Muy graves	2.75	S/13,612.50	3.56	S/17,622.00	4.32	S/21,384.00	4.95	S/24,502.50	7.65	S/37,867.50

FUENTE: elaboración propia, con datos de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2023.

Tabla 3. Tabla de sanciones para las no MyPE según gravedad de infracción y número de trabajadores afectados

Gravedad de la infracción	No MyPE									
	Número de trabajadores afectados									
	1 a 10		11 a 25		26 a 50		51 a 100		101 a 200	
Leves	0.26	S/1,287.00	0.89	S/4,405.50	1.26	S/6,237.00	2.33	S/11,533.50	3.1	S/15,345.00
Graves	1.57	S/7,771.50	3.92	S/19,404.00	5.22	S/25,839.00	6.53	S/32,323.50	7.83	S/38,758.50
Muy graves	2.63	S/13,018.50	5.25	S/25,987.50	7.88	S/39,006.00	11.56	S/57,222.00	14.18	S/70,191.00

Gravedad de la infracción	No MyPE									
	Número de trabajadores afectados									
	201 a 300		301 a 400		401 a 500		501 a 999		1000 a más	
Leves	3.73	S/18,463.50	5.3	S/26,235.00	7.61	S/37,669.50	10.87	S/53,806.50	15.52	S/76,824.00
Graves	10.45	S/51,727.50	13.1	S/64,647.00	18.3	S/90,486.00	20.89	S/103,405.50	26.12	S/129,294.00
Muy graves	18.39	S/91,030.50	23.6	S/117,018.00	31.5	S/156,024.00	42.03	S/208,048.50	52.53	S/260,023.50

FUENTE: elaboración propia, con datos de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2023.

Como se puede apreciar, en cada una de las tablas se muestra el tipo de sanción que reciben las empresas según el número de trabajadores, lo cual es re-

visado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo cada dos años. Asimismo, el artículo 48 del reglamento establece —en su inciso segundo— una tabla de sanciones para las trabajadoras del hogar, en la que figuran los supuestos de sanciones en los que el empleador puede incurrir (véase tabla 4).

Tabla 4. Tabla de sanciones para el empleador del hogar según gravedad de la infracción

Gravedad de la infracción	Empleador del Hogar	
	UIT	S/.
Leves	0.05	S/247.50
Graves	0.13	S/643.50
Muy graves	0.25	S/1,237.50
Muy graves (infracciones tipificadas en los numerales 25.7 y 25.18 del artículo 25)	4.5	S/22,275.00

FUENTE: elaboración propia, con datos obtenidos de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2023.

Adicionalmente, en la tabla 5 se consigna la cuantía máxima, la cual está organizada según a la gravedad de la infracción.

Tabla 5. Tabla de sanciones. Según la gravedad de la infracción y la cuantía máxima (UIT)

Gravedad de la infracción	Cuantía máxima (UIT)	
	UIT	S/.
Muy graves	200	S/990,000.00
Graves	100	S/495,000.00
Leves	50	S/247,500.00
Multa máxima por todas las infracciones	300	S/1,485,000.00

FUENTE: elaboración propia, con datos obtenidos de Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2023.

C. Concurso de infracciones e infracciones reiteradas

Otro punto que se debe considerar es el concerniente al concurso de infracciones. Sobre el particular, el artículo 48-A del Reglamento dispone lo siguiente: “Cuando una misma acción u omisión del empleador constituya más de una infracción prevista en el presente Reglamento, se aplica la sanción establecida para la infracción de mayor gravedad”. De la glosa citada se desprende que ante la concurrencia de dos o más infracciones se aplicará la sanción que tenga mayor gravedad. Es decir, por ejemplo, si nos encontramos ante dos infracciones —ya sea de carácter leve o muy grave— se procederá a aplicar la sanción que corresponde a la infracción muy grave. En tanto que en el artículo 50 del Reglamento se prescriben las denominadas infracciones reiteradas. Allí se señala textualmente que

De ocurrir infracciones sucesivas en el tiempo, previstas en el último párrafo del artículo 40 de la Ley, se debe tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 230 numeral 7) de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley núm. 27444.

En caso de reiteración en la comisión de una infracción del mismo tipo y calificación ya sancionada anteriormente, las multas se incrementarán de la siguiente manera:

Para el caso de reiteración de multas leves, éstas se incrementarán en un 25% de la sanción impuesta.

Para el caso de reiteración de multas graves, éstas se incrementarán en un 50% de la sanción impuesta.

Para el caso de reiteración de multas muy graves, éstas se incrementarán en un 100% de la sanción impuesta.

Dicho incremento no podrá exceder las cuantías máximas de las multas previstas para cada tipo de infracción conforme al tercer párrafo del artículo 40 de la Ley.

La norma precedente permite sancionar al empleador que incurre en infracciones sucesivas, o lo que a nivel de la doctrina se le denomina *reincidencia*, la cual implica “una circunstancia en la que se valora los actos cometidos por el infractor y que impacta en la sanción en que pueda imponerse por la nueva infracción cometida, en particular, en su graduación”.¹⁵ En relación con esta figura, el máximo

¹⁵ Gayoso Gamboa, Giancarlo, “Las infracciones continuadas en la inspección del trabajo en el Perú. Contrariedades del Tribunal de Fiscalización Laboral”, *Laborem*, Lima, núm. 28, septiembre de 2023, p. 135.

intérprete de la Constitución, a través de la STC 0014-2006-PI/TC, señala en su fundamento jurídico 17 lo siguiente:

[...] la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas [...] Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.¹⁶

Además, desde una perspectiva administrativa, esta figura ha sido plasmada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que es considerado como un criterio de graduación de las infracciones, la cual puede generarse a partir de la comisión de una misma infracción dentro de un plazo de un año a partir de que la resolución que sancionó la primera infracción sea declarada firme, conforme lo preceptúa el literal e) del numeral 3) del artículo 248 del citado cuerpo normativo.¹⁷

Este mecanismo es catalogado como uno de los criterios más empleados para la graduación de las sanciones a imponerse al empleador.¹⁸ Sobre el particular, un grupo de especialistas sostienen que es necesario que se elabore un cuerpo normativo complementario en el que se busque establecer sanciones más drásticas para aquellos que cometen con mayor frecuencia las infracciones, mientras que para aquellos que tienen por primera vez una infracción reciban una sanción menos significativa. Asimismo, debería establecerse una identificación de aquellas empresas que cumplen la normativa de inspección del trabajo y que, a la vez, se identifique a aquellos grupos de empresas que no acaten el cumplimiento de las normas.

¹⁶ Tribunal Constitución de la República del Perú, “STC. 0014-2006-PI/TC”, 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.pdf>

¹⁷ Gayoso Gamboa, Giancarlo, *op. cit.*, p. 135.

¹⁸ Cavalie Cabrera, Paul, *op. cit.*, p. 468.

Países como Dinamarca, España y Portugal, han establecido una serie de parámetros con la finalidad de identificar a la empresa infractora, cuando esta se encuentra ante infracciones de forma reincidentes. En relación a lo explicado precedentemente, Irlanda ha dispuesto que las autoridades laborales se encuentran facultadas para publicar la información de las empresas y de los empleadores condenados por un tribunal, así como los motivos que generaron esta sanción administrativa. Similar actuación es la que se ejerce en Brasil, donde las autoridades laborales publican la identidad de las empresas infractoras.¹⁹

III. Métodos

El diseño de investigación fue no experimental (no existió intervención del investigador), de corte transversal (pues la información fue recabada en un solo momento), retrospectivo (ya que el estudio se realizó a partir de datos secundarios). Por otro lado, el alcance de la investigación es de carácter descriptivo, pues se caracterizó el sistema inspección del trabajo, así como los procedimientos y etapas que existe dentro de dicho sistema. Además, el enfoque de la investigación fue de naturaleza cualitativa, pues no se realizaron mediciones estadísticas ni pruebas de hipótesis. A su vez, la técnica utilizada para obtener los datos del estudio fue la revisión documental sobre la información doctrinaria y estadísticas elaboradas por la SUNAFIL, correspondiente a 2021-2022 (tercer trimestre), mediante las cuales se pudo analizar el motivo por el cual las empresas vienen incumplimiento la normatividad de inspección del trabajo. Para tal efecto, se elaboraron tablas para la presentación sistematizada de la información.

¹⁹ Vega Ruiz, María y Robert, René, “Sanciones de la inspección del trabajo: La legislación y la práctica de los sistemas nacionales de inspección del trabajo”, *Documento de trabajo No. 26*, OIT, 2013.

IV. Resultados

1. Análisis comparativo de la reincidencia de las infracciones laborales en el derecho comparado

Con el propósito de establecer criterios para la suspensión de labores de las empresas, resulta necesario realizar una revisión a la legislación comparada. Esto con el fin de verificar si existen normas inspectivas en el derecho comparado por las que —a partir de las constantes reincidencias de infracciones en materia laboral (principalmente aquellas que afectan la relación laboral)— se haya dispuesto el cierre temporal de las empresas infractoras. En ese sentido, se han seleccionado las legislaciones de España, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua y Uruguay, como ejemplos de países cuyos ordenamientos han regulado la inspección del trabajo. Por consiguiente, en las tablas 6 y 7 se presentan las leyes de reincidencia de las infracciones laborales del derecho comparado (España, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Uruguay, Argentina y Chile).

Tabla 6. Reincidencia de las infracciones laborales en el derecho comparado (Parte 1)

España	Guatemala	Costa Rica
Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto	Código del Trabajo	Reglamento General de los Riesgos del Trabajo Núm. 13466-Tss
Artículo 41. Reincidencia. 1. Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza.	Artículo 271. En materia de faltas de trabajo y previsión social, se deben observar las siguientes reglas: [...] b) Dentro de los límites señalados por el artículo siguiente, debe determinar, la sanción administrativa aplicable, tomando en cuenta las circunstancias	Artículo 7o. La ausencia del seguro de riesgos del trabajo faculta a los inspectores con autoridad, de las municipalidades, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e Instituto Nacional de Seguros, para ordenar la paralización de labores o el cierre del establecimiento de que se trate.

<p>2. Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en el artículo anterior podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción.</p> <p>3. La reincidencia de la empresa de trabajo temporal en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en esta Ley podrá dar lugar a la suspensión de sus actividades durante un año. Cuando el expediente sancionador lleve aparejada la propuesta de suspensión de actividades, será competente para resolver el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o la autoridad equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral. Transcurrido el plazo de suspensión, la empresa de trabajo temporal deberá solicitar nuevamente autorización administrativa que le habilite para el ejercicio de la actividad.</p>	<p>económicas y los medios de subsistencia del sancionado, los antecedentes y condiciones personales de éste, el mal causado o la exposición al peligro, y, en general, los demás factores que puedan servir a la mejor adecuación de la sanción administrativa. En caso de reincidencia se incrementará en un cincuenta por ciento la multa incurrida. No hay reincidencia si ha transcurrido un año entre la fecha en que se hizo efectiva la multa impuesta y la fecha de comisión de la nueva falta.</p>	<p>A ese efecto, deberá tenerse en cuenta la naturaleza de los trabajos y el mayor o menor grado de riesgo de los mismos, así como los antecedentes del patrono, sea persona física o jurídica.</p>
---	--	---

<p>4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores la reincidencia de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en el artículo 19 bis.2 de la presente Ley podrá dar lugar a la prohibición durante un año de la puesta a disposición de personas trabajadoras a empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España o, si dicha sanción se impone en dos ocasiones, por tiempo indefinido.</p> <p>Cuando el expediente sancionador lleve aparejada la propuesta de prohibición a que se refiere el párrafo anterior será competente para resolver la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social o la autoridad equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral.</p>		
---	--	--

Fuente: elaboración propia, con datos obtenidos de la normatividad de inspección del trabajo de los países de España, Costa Rica y Guatemala.

Tabla 7. Reincidencia de las infracciones laborales en el derecho comparado
(Parte 2)

Nicaragua	Uruguay	Argentina	Chile
Ley Núm. 664, Ley General de Inspección del Trabajo	Decreto 371/022. Reglamentación de Leyes sobre Competencia y Procedimiento de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social	Ley 25.212. Pacto Federal del Trabajo	Resolución 1241. Exenta Aprueba Manual del Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo
<p>Artículo 57.</p> <p>Las sanciones a imponerse por la Dirección General de Inspección del Trabajo se establecerán atendiendo a la gravedad de la falta cometida por el empleador o su representante en la empresa o centro de trabajo. Se podrán aplicar sanciones económicas con medidas correctivas para que la situación irregular detectada y comprobada se resuelva con arreglo a la ley.</p>	<p>Artículo 48.</p> <p>Cuando en el caso corresponda la aplicación de sanciones, se estará a lo dispuesto por el artículo 289 de la Ley N° 15.903, de fecha 10 de noviembre de 1987, en la redacción dada por el artículo 412 de la Ley N° 16.736, de fecha 5 de enero de 1996.</p> <p>Las sanciones pueden ser amonestación, multa o clausura de establecimiento. El Inspector General del Trabajo y de la Seguridad Social resolverá acerca de la imposición de amonestación o multa.</p>	<p>Artículo 5. De las sanciones</p> <p>1. Las infracciones leves se sancionarán de acuerdo a la siguiente graduación:</p> <p>a) <i>Apercibimiento</i>, para la primera infracción leve, de acuerdo a los antecedentes y circunstancia de cada caso, evaluadas por la autoridad administrativa de aplicación.</p> <p>b) <i>Multa del veinticinco por ciento (25 %) al ciento cincuenta por ciento (150 %) del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil</i> vigente al momento de la constatación de la infracción.</p>	<p>DFL 2 Dispone la reestructuración y fija las funciones de la dirección del trabajo.</p> <p>Artículo 34</p> <p>En todos aquellos casos en que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, que será aplicada por el Inspector que constate la reincidencia.</p>

<p>a) Las infracciones leves serán sancionadas con una multa de entre cinco y veinte salarios mínimos vigentes en el sector económico de la empresa o institución pública o privada a la que se aplica la sanción.</p> <p>b) Las infracciones graves serán sancionadas con multa de entre veinte a cuarenta salarios mínimos vigentes en el sector económico de la empresa o institución pública o privada a la que se aplica la sanción.</p> <p>c) Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de entre cuarenta a ochenta salarios mínimos vigentes en el sector económico de la empresa o institución pública o privada a la que se aplica la sanción.</p>	<p>La clausura del establecimiento has-ta por 6 (seis) días será dispuesta por resolución funda-da del Ministro de Trabajo y Seguri-dad Social, a soli-citud del Inspector General del Traba-jo y de la Seguridad Social. Dictada la misma, la imple-mentación de la medida se realizará por la Inspección General del Traba-jo y de la Seguridad Social.</p> <p>Durante el período de clausura que se disponga, las em-presas quedan obli-gadas</p>	<p>2. Las infracciones graves se sanciona-rán con multa del treinta por cien-to (30 %) al dos-cientos por ciento (200 %) del valor mensual del Sala-rio Mínimo, Vi-tal y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por ca-da trabajador afec-tado.</p> <p>3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa del cincuenta por ciento (50 %) al dos mil por cien-to (2.000 %) del valor mensual del Salario Mínimo, Vi-tal y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por ca-da trabajador afec-tado.</p>	<p>Artículo 35 Se entiende por re-incidencia la nue-va infracción que se cometa dentro de los dos años si-guientes a la fecha de la última multa o clausura.</p> <p>Artículo 37 Las clausuras a que se refieren los artí-culos anteriores se harán efectivas a contar desde el vi-gésimo día siguien-te a la notificación de la resolución que la decreta. El Tribunal que co-nozca del reclamo a que se refiere el artículo preceden-te, podrá decretar la suspensión de la orden de clausura, siempre que se le acompañen antece-dentes que justifi-quen su resolución.</p>
--	--	--	---

<p>La reincidencia en la falta será considerada como agravante, en cuyo caso, se podrá aplicar multas progresivas. La reincidencia en faltas muy graves establecida por tres resoluciones recurrentes sobre conductas descritas en los incisos correspondientes del artículo 46 de esta Ley, será sancionada con el cierre temporal del centro productivo hasta por el plazo máximo de cuatro meses. La decisión administrativa sobre cierres temporales será atribución exclusiva del Ministro del Trabajo, que recibirá de los Inspectores, el Informe y las diligencias practicadas en su caso. Contra la resolución del Ministro podrá interponerse el recurso de reposición descrito en el reglamento de la</p>		<p>4. En casos de reincidencia respecto de las infracciones previstas en los incisos c), d) y h) del artículo 3o., la autoridad administrativa podrá adicionar a los montos máximos de la multa una suma que no supere el diez por ciento (10 %) del total de las remuneraciones que se hayan devengado en el establecimiento en el mes inmediato anterior al de la constatación de la infracción. Las sanciones previstas en el punto 3 del presente artículo por las conductas tipificadas en el inciso j) del artículo 4o. del presente régimen, se aplicarán por cada uno de los trabajadores integrantes de la nómina del establecimiento o de los establecimientos involucrados.</p>	<p>Artículo 38 Durante el período de clausura, que se estimará como efectivamente trabajado para todos los efectos legales, los empleadores y patrones estarán obligados a pagar a sus trabajadores las remuneraciones establecidas en sus respectivos contratos de trabajo. Si la remuneración es a comisión sobre las ventas, o si es por trabajo a trato, el sueldo o salario se determinará de acuerdo con el promedio ganado en los últimos seis meses, o en el tiempo efectivamente trabajado si fuere inferior.</p>
--	--	--	--

<p>Ley No. 290. “Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo”. Si después del cierre temporal, la empresa o el empleador, incurre nuevamente en una infracción muy grave, el Ministro del Trabajo, solicitará al Juez del Trabajo competente, el cierre definitivo de la empresa, aplicándose en este caso, los procedimientos establecidos para el juicio del trabajo en el Código Laboral.</p>		<p>5. En los supuestos de reincidencia en infracciones muy graves: <i>a)</i> Se podrá clausurar el establecimiento hasta un máximo de diez (10) días, manteniéndose, entre tanto, el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones. En caso de tratarse de servicios públicos esenciales, deberán garantizarse los servicios mínimos. <i>b)</i> El empleador quedará inhabilitado por un (1) año para acceder a licitaciones públicas y será suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.</p>	
--	--	---	--

Fuente: elaboración propia, con datos obtenidos de la normatividad de inspección del trabajo de los países de Nicaragua, Uruguay, Argentina y Chile.

Con base en las tablas 6 y 7 se puede afirmar que las legislaciones seleccionadas se han pronunciado sobre la figura de la reincidencia de las infracciones laborales, para las cuales se han establecido una serie de parámetros para su

aplicación. En cuanto a las normas señaladas anteriormente, observamos que la legislación inspectiva española sanciona con un año la suspensión de las actividades, a diferencia de las otras legislaciones analizadas. En otro orden, también se aprecia que en la legislación inspectiva de Guatemala se dispone que, una vez culminado el periodo de suspensión, el empleador deberá solicitar una nueva autorización administrativa que le permita realizar sus actividades. Al respecto, cabe señalar que este aspecto no ha sido contemplado en la legislación peruana.

Además de lo acotado, la legislación inspectiva costarricense se encarga de regular no sólo la suspensión de labores de la empresa, sino también el cierre de esta. Por otro lado, la legislación uruguaya dispone que las empresas suspendidas están en la obligación de cumplir con abonar el sueldo de los trabajadores durante el periodo de sanción.

Como se ha podido evidenciar, las regulaciones analizadas disponen de una serie de acciones a tomar para la suspensión temporal de la empresa ante el incumplimiento de las infracciones, las cuales se caracterizan porque fueron cometidas de manera reiterada.

2. Antecedentes normativos

Antes de ahondar en el sistema inspectivo peruano, consideramos pertinente efectuar un recuento histórico respecto de las principales normas que se encontraban vigentes en su momento, y que están vinculadas a la inspección del trabajo. En ese orden de ideas se debe indicar que en la década de los setenta del siglo pasado la inspección del trabajo tuvo mayor notoriedad a partir de que adquirió una estructura propia con la promulgación del D.S. 003-71-TR. Con este ordenamiento se dispuso que la inspección del trabajo tenía que ser efectuada con mayor eficacia y rapidez.²⁰ Posteriormente, mediante el D.S. 003-82-TR se procede a dividir la inspección, para clasificarla en inspección de tipo ordinaria, especial y por denuncia. Sin embargo, dicha clasificación fue dejada de lado y unificada por el D.S. 910, que se encargó de sistematizar todas las normas de ese entonces en las inspecciones propiamente dichas y la defensa del trabajador.²¹

²⁰ Matos Zegarra, Mauricio, “La responsabilidad por accidentes de trabajo y el rol de la inspección del trabajo en el Perú”, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/IX-Congreso-Nacional-full-317-347.pdf>

²¹ Ramírez Pinedo, Elsa, *op. cit.*

Así, cabe indicar que con la promulgación en 2006 de la Ley 28806 se pudo regular la inspección del trabajo, así como su organización, las facultades y competencias con las que cuenta el inspector de trabajo. Del mismo modo, a través del D.S. 019-2006-TR y normas modificatorias se procedió a su reglamentación.²² Posteriormente, en 2013 se crea la SUNAFIL, mediante la Ley 29981, como un ente encargado de promover, vigilar y garantizar el cumplimiento del marco jurídico laboral. Por consiguiente, la SUNAFIL tiene dentro de sus funciones prestar asistencia y asesoraría técnica, así como la creación de propuestas normativas, con el objetivo de garantizar una adecuada protección de las relaciones laborales.

3. Fiscalización laboral en Perú

La legislación inspectiva nacional se encuentra regulada por la Ley 28806 y su reglamento, y el Decreto Supremo 019-2006-TR. En el caso de la normatividad inspectiva peruana, el artículo 50 del Reglamento dispone que en caso de reiteración en la comisión de una infracción del mismo tipo y calificación, que fuese sancionada anteriormente, las multas se incrementarán de acuerdo con el tipo de multa cometida. En ese orden de ideas, cuando un empleador comete alguna de las sanciones establecidas en la ley y su reglamento se deberá proceder a su sanción. No obstante, ante el supuesto de constantes reiteraciones cometidas por el empleador —quien opta por cancelar el monto establecido por la SUNAFIL— la normatividad inspectiva se encuentra ante un vacío legal, pues hasta la fecha no se ha dispuesto una norma que regule esta situación.

Por ello resulta necesario tener en cuenta lo expuesto por la SUNAFIL, que ha venido ejecutando una serie de acciones con la finalidad de cumplir su función, tal como se observa en la tabla 8, en la que se aprecian los tipos de intervenciones laborales con las que cuenta este organismo, a saber, fiscalización, orientación y asistencia técnica. A través de este conjunto intervenciones, la referida entidad viene cumpliendo lo dispuesto por el artículo 3o. del Convenio 81 emitido por la OIT.

²² Serrano Díaz, Luis, “La inspección del trabajo como instrumento esencial para el respeto de los derechos laborales constitucionales”, 2021. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2021/08/serrano_noticias_cielo_n8_2021.pdf

Tabla 8. Intervenciones laborales por año según el tipo de intervención

<i>Tipo de intervención</i>	<i>Año 2021</i>	<i>Año 2022 (enero-septiembre)</i>	<i>Total general</i>
Fiscalizaciones	88,583	54,051	117,542
Orientaciones	6957	3212	9380
Asistencias técnicas	3464	4602	6434
Total	99,004	61,865	71,491

Fuente: elaboración propia, con datos obtenidos de los boletines estadísticos emitidos por la SUNAFIL, correspondientes al cuarto trimestre de 2021 y tercer trimestre de 2022, respectivamente.

De las intervenciones laborales que se han desarrollado en las empresas en el Perú, el 88.14% corresponden a fiscalizaciones, 7.03% a orientaciones y 4.82% a asistencia técnica. Por consiguiente, de los tres tipos de intervención con los que cuenta la SUNAFIL, se aprecia que la fiscalización es el tipo de intervención que cuenta con mayor número de intervenciones, tanto en 2021 como en 2022. No obstante, también se nota que entre dichos años existe una reducción considerable de fiscalizaciones. Una situación similar se presenta en las orientaciones y asistencias técnicas.

Ahora bien, de la información presentada, el estudio se enfoca en la labor ejecutada a nivel de fiscalización, por lo que a través de la tabla 9 se muestra el número de fiscalizaciones mensuales que ha realizado dicha entidad estatal, conforme se detalla a continuación.

Tabla 9. Intervenciones laborales realizadas por la SUNAFIL por meses

<i>Meses</i>	<i>Año 2021</i>	<i>Año 2022 (enero-septiembre)</i>	<i>Total general</i>
Enero	6574	6591	13,165
Febrero	5930	5906	11,836
Marzo	8265	6009	14,274
Abril	6797	5128	11,925
Mayo	7350	6283	13,633

Junio	6911	5870	12,781
Julio	6988	5946	12,934
Agosto	7492	6342	13,834
Septiembre	7121	5966	13,087
Octubre	7961	nd*	7961
Noviembre	7630	nd	7630
Diciembre	9564	nd	9564
Total	88,583	54,041	14,2624

* nd: no disponible

Fuente: elaboración propia, con datos obtenidos de los boletines estadísticos emitidos por la SUNAFIL, correspondientes al cuarto trimestre de 2021 y tercer trimestre de 2022, respectivamente.

En la Tabla 9 se aprecia que durante 2021 el número de fiscalizaciones realizadas por la SUNAFIL fue de 88,583; los meses de diciembre (10.80%), marzo (9.33%) y octubre (8.99%) son los que tuvieron un número mayor de fiscalizaciones, las cuales fueron efectuadas por los inspectores de trabajo adscritos a la entidad.

Para 2022 el número de fiscalizaciones se redujo considerablemente. Si bien es cierto que únicamente se tiene información de dicho año hasta el tercer periodo, ello no impide señalar que los meses en que hubo mayor número de fiscalizaciones fueron enero (12.20%), agosto (11.74%) y mayo (11.63%). Asimismo, al hacer una comparación entre los años de estudio, únicamente en enero de 2022 se incrementó el número de fiscalizaciones, a diferencia de los otros meses de ese año. En contraste, en el año anterior se observa un aumento significativo con el transcurrir de cada mes.

En la tabla 10 se aprecian las resoluciones de multa que fueron emitidas por las subintendencias, así como las intendencias regionales de la SUNAFIL. En 2021 se observa que la gran mayoría fueron emitidas por las subintendencias (76.15%). Mientras que en 2022, que cuenta únicamente con tres trimestres, se observa también que la mayoría de las resoluciones fueron emitidas por las subintendencias (75.5%).

Tabla 10. Resoluciones de multa. Según la instancia que emitió la resolución

	Primer trimestre		Segundo trimestre		Tercer trimestre		Cuarto trimestre		Total	
	Año 2021	Año 2022	Año 2021	Año 2022	Año 2021	Año 2022	Año 2021	Año 2022	Año 2021	Año 2022
Instancia que emite la resolución de multa										
Subintendencia	2,635	3,141	2,672	3,326	3,354	3,587	4,299	Nd*	12,960	10,054
Intendencia regional	1,026	1,201	947	1,162	1,062	1,069	1,025	Nd	4,060	3,432
Total	3,661	4,342	3,619	4,488	4,416	4,656	5,324	Nd	17,020	13,486

*Nd: No disponible

Fuente: elaboración propia, con datos obtenidos de los boletines estadísticos emitidos por la SUNAFIL.

Ahora bien, al realizar un análisis por trimestres se aprecia que es el tercer trimestre donde se tuvo un mayor número de resoluciones de multa por parte de las subintendencias. Mientras que las intendencias regionales, durante el primer trimestre de cada año, han tenido un número de resoluciones de multas significativas, a diferencias de los otros trimestres.

V. Discusión

El principal aporte de la investigación es la identificación de una serie de sanciones que se vienen aplicando en otros países, las cuales han sido analizadas en las tablas 6 y 7 del presente estudio. En ese sentido, se ha podido evidenciar que existen una serie de normas que, adicionalmente a las sanciones cometidas por los empleadores de manera reiterativa, sancionan con la suspensión y cierre definitivo de la empresa ante las constantes infracciones cometidas. En consecuencia, se ha evidenciado que en otros países existen sanciones más severas que realiza el Estado para que no se vulneren los derechos de los trabajadores.

Por tal razón este tipo de sanciones deberían ser consideradas por el legislador peruano y establecerse prontamente. Cabe señalar que, durante los últimos años las sanciones impuestas no están solucionando el problema; por el contrario, estas vienen incrementándose. Al implementarse la suspensión temporal de

la empresa se estaría realizando un perjuicio económico directo al empleador, quien tendría que frenar las labores ante su incumplimiento.

Por lo tanto, para que opere el cierre temporal de la empresa a partir de las infracciones inspectivas cometidas por el empleador, es necesario establecer los siguientes requisitos: *a)* durante el plazo de un año, que la empresa haya incurrido en la reiteración de infracciones muy graves, teniendo como promedio tres, y *b)* la proporción de trabajadores que se verían afectados. Sobre la base de dichos requisitos, si el perjudicado fuera un trabajador el cierre sería por el máximo de tres días sin funcionar; en cambio, si son más de dos hasta cinco, la multa se establecería en 10 días, y si son más de cinco, la multa sería de 15 días. Esto conllevaría que una empresa infractora no vuelva a cometer infracciones sociolaborales; y, del mismo modo, concedería una protección a los derechos laborales de los trabajadores, los cuales son derechos fundamentales que se encuentran plasmados en nuestra Constitución e instrumentos jurídicos internacionales. Asimismo, durante el tiempo en que dure la suspensión de la empresa, no se debe desproteger a los trabajadores, razón por la cual estos deberán recibir su remuneración en forma puntual y conforme a lo establecido en las normas laborales.

Por otro lado, las tablas 6 y 7 nos han mostrado cómo viene siendo regulada la reincidencia de infracciones laborales en distintas normas de inspección del trabajo, y las compara con nuestra regulación inspectiva. Así, existen algunas legislaciones que se han encargado de regular dentro de un mismo artículo tanto las infracciones a las que son plausibles los empleadores como la figura antes mencionada, en la que también señalan los criterios para su establecimiento. Además, en todas ellas se hace mención del nivel de infracciones en las que podría incurrir el trabajador, así como se detalla el monto o porcentaje en el que empleador podría incurrir ante cualquiera de los tipos de infracciones ya establecidos en las normas correspondientes.

Bajo lo expuesto, se aprecia que en las legislaciones revisadas se dispone de dos tipos de cierre de la empresa, cuando estas incurran en una reincidencia. Así, tenemos un cierre o clausura de forma temporal, por un lado, o un cierre definitivo, por el otro. En el caso de nuestra regulación nacional, la Ley de Inspección del Trabajo y su Reglamento únicamente se han centrado en plasmar los tipos o niveles de infracción, la sanción que recibirá el empleador, la concurrencia de infracción y la reincidencia. Sin embargo, no se hace mención alguna

de una suspensión, ni mucho menos algún supuesto en el que se exija el cierre total de la empresa ante sus constantes reincidencias.

En ese orden de ideas, son las regulaciones laborales de España (art. 41, inciso 3, del Real Decreto 5/2000, de 4 agosto), Costa Rica (art. 7o. del Reglamento General de los Riesgos del Trabajo 13466-TSS), Nicaragua (art. 57 de la Ley núm. 664, Ley General de Inspección del Trabajo), Uruguay (art. 48 del Decreto 371/022, Reglamentación de la Leyes sobre competencia y procedimiento de la inspección general del Trabajo y de la Seguridad Social), Argentina (art. 5o., inciso 5, de la Ley 25.212, Pacto Federal del Trabajo) y Chile (DLF 2, Dispone la Reestructuración y Fija las Funciones de la Dirección del Trabajo) las que han se han encargado de regular la clausura temporal o suspensión de la empresa por un tiempo determinado.

Así, en este conjunto de regulaciones se establece un plazo temporal para su cierre, que puede ser de seis días hasta un año, dependiendo de la normatividad de que se trate. No obstante, durante dicho lapso las normas disponen una protección de los trabajadores, al exigir a la empresa que cumpla con el pago de sus haberes a fin de que estos no se vean afectados en lo absoluto. Por otro lado, en la legislación argentina se dispone la inhabilitación del empleador por un lapso de un año, para que este pueda participar en licitaciones públicas cuando este incurra en un supuesto de reincidencia en infracciones muy graves. Y, de ser el caso, será suspendido de los registros de proveedores o aseguradores del gobierno nacional y provincial.

Además de lo anterior, en las normas materia de análisis se ha establecido una sanción final para el empleador. Esta consiste en el cierre definitivo de la empresa. Sobre este particular la legislación nicaragüense —en su artículo 57 de la Ley núm. 664, Ley General de Inspección del Trabajo— ha dispuesto el cierre definitivo de la empresa, siempre y cuando el empleador haya incurrido en una infracción muy grave, posterior a su cierre temporal. En el caso de Costa Rica, el segundo de los países que han optado por el cierre definitivo de la empresa, se ha señalado en su Reglamento General de los Riesgos del Trabajo 13466-TSS que el inspector de trabajo tiene como potestad ordenar la paralización de labores o el cierre del establecimiento cuando se evidencia la ausencia de seguro de riesgos del trabajo.

Por lo expuesto, nuestra norma únicamente consigna el factor de reincidencia, más no la figura cierre temporal ni mucho menos el cierre definitivo de la empresa. Y, peor aún, no establece cuáles son las acciones que se deben tomar

con la finalidad de proteger al trabajador ante la negativa de su empleador de cumplir con las normas sociolaborales.

Con relación a los resultados en la presente investigación, no se encontró a algún autor nacional que haya efectuado un estudio comparativo como el que se ha desarrollado. No obstante, cabe mencionar el estudio realizado por Arce, quien en su momento presentó algunas cifras sobre la inspección del trabajo en nuestro país, y destacó que las multas impuestas por resolución del procedimiento administrativo sancionador fueron poco más de 3600. Estas multas se generaron a partir de 80,000 órdenes de inspección durante 2015. De esto último, la mitad de las órdenes surgen a partir de denuncias recibidas por la SUNAFIL. Cabe indicar que los trabajadores afectados por incumplimiento detectado por SUNAFIL ascendían —al momento de la elaboración de dicho artículo— a 245,000, cuando la PEA en nuestro país excedía los 15 millones de trabajadores.²³

Es así como el proceso de fiscalización (el cual es producido por los inspectores de trabajo), viene efectuándose con mayor frecuencia, y generando una serie de sanciones de carácter administrativa, las cuales pueden ser apeladas en su oportunidad por el empleador, quien deberá ejercer su derecho ante las imputaciones efectuadas o únicamente cumplir con cancelar la suma dispuesta en el acta correspondiente.

Por su parte, la investigación de Ramírez se centró en el rol que desempeña la SUNAFIL, como un ente encargado de realizar la fiscalización laboral en la región de San Martín, ante los casos de cumplimiento de pago de los beneficios sociales de los trabajadores.²⁴ En tanto que Elías efectúa un estudio sumamente interesante en torno a la regulación de la inspección del trabajo en nuestro país; sin embargo, no ahonda en el tema de las infracciones que generadas a partir de una inspección del trabajo.²⁵ A su vez, Cavalie realizó una breve mención sobre el tema de las infracciones, sin profundizar sobre esta temática.²⁶ Si bien los trabajos nacionales no han abordado esta temática, debemos indicar que, a nivel internacional se tuvo en consideración el trabajo de Godínez, quien en su

²³ Arce Ortiz, Elmer, “Luces y sombras de la inspección del trabajo”, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), Lima, 2016. <https://www.spdttss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-VII-Full-807-817.pdf>

²⁴ Ramírez Pinedo, Elsa, *op. cit.*

²⁵ Elías Mantero, Fernando, *op. cit.*

²⁶ Cavalie Cabrera, Paúl, *op. cit.*

momento indicó algunas sanciones que recibían los empleadores que incurría en reiteración. Sobre el particular, el citado autor señaló que

En Costa Rica se tendrá en cuenta el nivel de reincidencia para dictar la orden de paralización de labores o el cierre del establecimiento (art. 7 Reglamento General de Riesgos del Trabajo) y por ese mismo motivo el infractor no podrá beneficiarse ante el debate judicial de desestimiento de la causa (art. 2.2.3.4, Manual de Procedimientos de la Inspección del trabajo).²⁷

Por todo lo expuesto, el factor de reincidencia debería frenar el incumplimiento de las normas laborales en nuestro país. Sin embargo, se observa (a partir de las estadísticas y artículos especializados) que ello no se da en nuestra realidad, pues desde hace mucho tiempo se viene observando que las empresas únicamente optan por cumplir con el pago de las infracciones en las que incurren para continuar laborando. De esta manera el Estado se beneficia económicamente. Sin embargo, incurrir en estas acciones debería de ser sancionado de una forma drástica, a fin de que cesen estas acciones por parte del empleador.

En otros casos las empresas optan por emplear su derecho a la defensa, una vez que se le imputó la sanción administrativa. Así, los empleadores proceden a apelar la resolución administrativa que dispuso la sanción, en una fase netamente administrativa (ante SUNAFIL), para luego, en la vía judicial, interponer una demanda contencioso-administrativa, con la finalidad de que se declaren nula la resolución que dispuso la sanción.

Una vez presentados nuestros aportes principales, y el contraste con otros estudios, debemos señalar que dentro de las teorías mencionadas en nuestra investigación sólo dos de ellas guardan vinculación con lo abordado en los resultados del presente estudio. Así, la teoría de la sanción, con la implementación de estos criterios, podría desarrollarse con mayor amplitud en nuestra legislación inspectiva, lo cual generaría que el empleador cumpla con las normas inspectivas y no perjudique al trabajador. Por otro lado, también permitiría el cumplimiento de la teoría cumplimiento/incumplimiento, pues al tener una sanción totalmente drástica, generará que el empleador reflexione sobre su accionar y opte por cumplir las normas, para no verse perjudicado económicamente y no

²⁷ Godínez Vargas, Alexander, “Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección del trabajo: el caso de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana”, *Documento de Trabajo No. 12*, OIT, marzo de 2011.

ser sancionado de forma administrativa por las entidades públicas correspondientes.

Dentro de las limitaciones que se han generado a lo largo de este estudio, se tiene el acceso a información que cuenta la entidad encargada de fiscalización laboral, pues —durante el desarrollo de nuestra investigación— no observamos información estadística donde se nos indique el número de casos donde existió reincidencia de infracciones laborales. Tampoco se proporciona información similar sobre el número de veces en que los empleadores han incurrido en sanciones de tipo leve, grave o muy grave.

Sobre este particular consideramos que dicha información debe estar a disposición de los ciudadanos, y principalmente de los trabajadores. Asimismo, hasta la fecha no existe una base de datos donde se recabe la situación del empleador que ha incurrido en infracciones. Este punto también fue advertido anteriormente por Cavalie, quien indicó que era necesario contar con un sistema que permita la identificación de las empresas que se encontraban en situación de reincidencia.²⁸

En ese sentido, es necesario que se establezca una base de datos de acceso público, a fin de que se pueda consultar el número de infracciones laborales en las que ha incurrido el empleador, y se registre además el número de veces en las que este ha reincidido. En consecuencia, la fiscalización laboral ejercida por la SUNAFIL debe implementar los puntos detallados anteriormente, a fin de salvaguardar los derechos que cuentan tanto los trabajadores como la ciudadanía en general respecto a las infracciones laborales en las que incurran los empleadores.

Por consiguiente, la agenda futura de investigación debe orientarse a responder las siguientes interrogantes: ¿de qué manera se verían afectados los trabajadores que laboran en la empresa sancionada a partir de la reincidencia de infracciones laborales por parte de su empleador? ¿Resultaría conveniente el establecimiento de una inhabilitación para contratar con el Estado para aquellos empleadores cuyas empresas se encuentren en situación de reincidencia ante el cumplimiento de los criterios señalados en el presente artículo? Ante los constantes incumplimientos por parte del empleador, ¿podría ser sancionado con el cierre definitivo de su empresa, ante las constantes reincidencias que se generaron posteriormente al cierre temporal de su empresa?

²⁸ Cavalie Cabrera, Paúl, *op. cit.*, p. 479.

VI. Conclusiones

1) Dentro del derecho laboral la inspección del trabajo es catalogada como una institución que tiene como función principal vigilar el total cumplimiento de las normas laborales. Su desarrollo a nivel internacional propició que muchos países, con el transcurrir del tiempo, implementaran una serie de normas que se encargan de tutelar los derechos de los trabajadores. En esta tarea cobra vital importancia la fiscalización de las empresas, para verificar si estas cumplen la normatividad establecida por el Estado.

2) Sobre la base de lo afirmado previamente, a través del derecho comparado se ha observado que existe un grupo de legislaciones que se ha hecho cargo de regular con mayor detalle la figura de las infracciones laborales. Es preciso advertir que algunas de ellas se han encargado de establecer criterios para el establecimiento de una sanción que imposibilite al empleador continuar con el desarrollo de las actividades de su empresa. Dicha sanción consiste en la suspensión temporal laborales de la empresa, debido a los incumplimientos que cada legislación ha detallado en su normativa. Además, todas las normas especiales en esta materia cuentan con un factor en común: la reincidencia de infracciones. Así, mientras otras legislaciones —conforme se ha detallado en el apartado de resultados y discusión— han optado por el cierre definitivo de las empresas ante el incumplimiento de las normas inspectivas, una sanción sólo es empleada en casos extremos. Adicionalmente, existen normatividades en donde se han establecido otras sanciones adicionales —como en la argentina—, en donde también se impide al empleador contratar con el Estado por un periodo determinado.

3) En el caso peruano la inspección del trabajo está regulada en la Ley 28806 y su reglamento. En el reglamento se han regulado tanto las funciones atribuidas al inspector de trabajo, como las acciones que este pudiera efectuar ante una eventual supervisión a las empresas. Se contempla una serie de infracciones en las que puede incurrir el empleador, y se establecen niveles y montos de sanciones que operarán de acuerdo con el tipo de empresa. Asimismo, se prescribe el caso de concurrencia de infracciones laborales y de reincidencia de infracciones.

4) El factor de reincidencia de las infracciones sociolaborales ha generado que muchas empresas no reflexionen respecto de su accionar, el cual afecta directamente a los trabajadores y/o en ciertos casos a sus extrabajadores o terceros. En ese sentido, se ha observado que las infracciones van a ir incremen-

tándose con el transcurrir del tiempo, debido a que las mismas —al ser meramente pecuniarias— pueden ser canceladas por los empleadores, sin generar problema alguno en la continuación de las operaciones de la empresa. Frente a ello, debería reformarse la figura de la reincidencia de las infracciones laborales, y se disponga de una serie de criterios que permitan no tan sólo la sanción de carácter pecuniaria y/o administrativa, sino también un cierre temporal, e incluso, como una medida sumamente extrema, el cierre definitivo de la empresa.

5) Determinar el cierre de una empresa, por las constantes infracciones cometidas por el empleador, naturalmente conlleva un efecto perjudicial para la economía local y nacional. No obstante, los abusos constantes y reiterados que pueda cometer el empleador en contra de sus empleados es una cuestión que debe ser resuelta. Es entendible que el Estado se beneficie con las multas que pudiera percibir a partir de las infracciones cometidas, pero éste —al ser el encargado de tutelar los derechos laborales de los trabajadores— tiene la obligación de tomar medidas drásticas para que los empleadores respeten las normas sociolaborales ante su total negativa.

6) Nuestra regulación inspectiva debe contemplar la figura del *cierre temporal* de la empresa, a fin de frenar el comportamiento de aquellos empresarios que continúan reincidiendo en las infracciones inspectivas; y de esta manera reducir dichas conductas que lo único que vienen generando es un perjuicio directo para el trabajador.

VII. Recomendaciones

1) Con el objetivo de que la inspección del trabajo sea un instrumento idóneo para el cumplimiento de las normas laborales, es necesario que el Estado disponga —a través de la SUNAFIL— la identificación de las empresas y empleadores que incurrir en infracciones de forma reiterada, a fin de que la población en general conozca quién o quiénes incumplen las normas sociolaborales.

2) Se recomienda la creación de un historial de las empresas que sean objeto de inspección por parte de la SUNAFIL. Aunque esta entidad consigna en sus boletines las fiscalizaciones que son efectuadas, no existe a la fecha ningún sistema —promovido por esta entidad estatal— en el que se pueda realizar la consulta sobre este tipo de situaciones. Pero es una información que debería estar a disposición de la ciudadanía, y ser actualizada de forma periódica.

VIII. Bibliografía

- Arce Ortiz, Elmer, “Luces y sombras de la inspección del trabajo”, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), Lima, 2016. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-VII-Full-807-817.pdf>
- Bensusán Areous, Graciela, “La inspección del trabajo en América Latina: teorías, contextos y evidencias”, *Revista Estudios Sociológicos*, México, versión *online*, septiembre-diciembre de 2009. <https://www.redalyc.org/pdf/598/59820678010.pdf>
- Cavalié Cabrera, Paul, “Balance y perspectivas de la inspección del trabajo en el Perú”, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021.
- Elías Mantero, Fernando, “Inspección del trabajo: Problemas y soluciones”, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021.
- Gayoso Gamboa, Giancarlo, “Las infracciones continuadas en la inspección del trabajo en el Perú. Contrariedades del Tribunal de Fiscalización Laboral”, *La-borem*, Lima, núm. 28, septiembre de 2023.
- Godínez Vargas, Alexander, “Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección del trabajo: el caso de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana”, *Documento de Trabajo núm. 12*, OIT, marzo de 2011.
- Macías Vásquez, María del Carmen, “La inspección del trabajo: institución garante de los derechos humanos laborales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 1, núm. 6, enero-junio de 2008. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2008.6.9538>
- Matos Zegarra, Mauricio, *La responsabilidad por accidentes de trabajo y el rol de la inspección del trabajo en el Perú*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/IX-Congreso-Nacional-full-317-347.pdf>
- Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho*

Social, vol. 1, núm. 28, enero-junio de 2019. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2019.28.13147>

- Ministerio de Trabajo. Decreto Supremo núm. 008-2020-TR: Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo núm. 019-2006-TR, *Diario Oficial "El Peruano"*, 10 de febrero de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1853904-1>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Guía para los trabajadores. La inspección del trabajo lo que es y lo que hace*, 2010.
- Osorio Feria, Yulién; Medina Peña, Rolando, y Medina de la Rosa, Rolando Eduardo, "La inspección del trabajo y las relaciones laborales con empleador persona natural: mirada desde el derecho comparado. Características en Cuba", *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 11, núm. 2, 2019. <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>
- Ospina Salinas, Estela; Bautista Puchuri, Fanny, Sánchez Matos, Andrea y Polanco Monteza, Nataly, "El papel de las y los denunciantes en los procedimientos de inspección del trabajo", *Laborem*, Lima, núm. 24, 2021.
- Ramírez Pinedo, Elsa, "El sistema de inspección del trabajo en Perú: el rol de la Intendencia Regional de SUNAFIL San Martín en el cumplimiento del pago de los beneficios sociales a los trabajadores (2019-2020)", *Estado y Políticas Públicas*, núm. 20, mayo-septiembre de 2023. https://revistaeypp.flacso.org.ar/files/revistas/1685129869_159-185.pdf
- Serrano Diaz, Luis, "La inspección del trabajo como instrumento esencial para el respeto de los Derechos Laborales Constitucionales", 2021. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2021/08/serrano_noticias_cielo_n8_2021.pdf
- Serrano Diaz, Luis, "La nueva inspección del trabajo en el Perú", *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021.
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, *Boletines estadísticos*. <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/informes-publicaciones>
- Tirado Barrera, José Antonio, "Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la administración pública", *Derecho y Sociedad*, Lima,

núm. 37, 2011. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>

Tribunal Constitución de la República del Perú, “STC. 0014-2006-PI/TC”, 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.pdf>

Valderrama Valderrama, Luis Ricardo, “Implementación de la SUNAFIL: balance y perspectivas para el 2014”, *Soluciones Laborales*, Lima, núm. 73, enero de 2014.

Vega Ruiz, María y Robert, René, “Sanciones de la inspección del trabajo: La legislación y la práctica de los sistemas nacionales de inspección del trabajo”, *Documento de trabajo núm. 26*, OIT, 2013.

Cómo citar

IJ-UNAM

Vásquez Maguiña, Walter Néstor y Rodríguez Cairo, Vladimir, “Criterios para la suspensión de labores de las empresas que incumplan la normativa de inspección del trabajo. Un análisis comparado”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 39-75. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19289>

APA

Vásquez Maguiña, W. N. y Rodríguez Cairo, V. (2025). Criterios para la suspensión de labores de las empresas que incumplan la normativa de inspección del trabajo. Un análisis comparado. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 39-79. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19289>

Burócratas a nivel de calle y enfoque de derechos humanos: percepciones de profesionales en la gestión de garantías explícitas en salud en Chile

Street level bureaucrats and human rights approach: perceptions of professionals in the management of explicit guarantees in health in Chile

Bureaucrates de rue et approche des droits de l'homme: perceptions des professionnels dans la gestion des garanties explicites en santé au Chili

Camilo Soto-Carmona

 <https://orcid.org/0000-0002-0785-256X>

Universidad de Chile. Santiago de Chile

Correo electrónico: camilo88@ug.uchile.cl

Cristian Leyton Navarro

 <https://orcid.org/0000-0003-3647-1317>

Universidad de Chile. Santiago de Chile

Correo electrónico: cristianleyton@uchile.cl

Recibido: 9 de julio de 2024

Aceptado: 3 de marzo de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19311>

RESUMEN: La salud es reconocida como Derecho Humano por diferentes convenciones, razón por la cual adquieren importancia las Políticas Públicas con enfoque de derechos tales como el caso de las Garantías Explícitas de Salud en Chile. Así, ante la relevancia del papel que juegan los actores que participan en la implementación de está

Política Pública, es de interés conocer las percepciones de profesionales de salud que, en su rol de Burócratas a Nivel de Calle, participan en los procesos de implementación de políticas públicas. Esta percepción, definida como la comprensión de dichos actores sobre la complejidad y exigencia del contexto en que se desenvuelven, puede afectar su desempeño profesional e influir en los procesos de implementación. El objetivo de este estudio fue analizar las percepciones que los profesionales tienen respecto a la aplicación del enfoque de derechos en salud. Los resultados destacan el acceso a la salud y plazos de atención como principios relevantes, junto con otros principios específicos del enfoque de Derechos Humanos durante la atención de salud. En conclusión, es necesario desarrollar más estudios que permitan conocer y analizar las estrategias que los profesionales llevan a cabo para el cumplimiento del derecho a la salud.

Palabras claves: enfoque de derechos; burócratas nivel de calle; políticas públicas; garantías en salud.

ABSTRACT: Health is recognized as a Human Right by various conventions, which is why Public Policies with a Rights-Based Approach, such as the Explicit Health Guarantees in Chile, are so important. Thus, given the relevance of the role played by the actors involved in the implementation of this Public Policy, it is of interest to understand the perceptions of health professionals who, in their role as Street-Level Bureaucrats, participate in public policy implementation processes. This perception, defined as these actors' understanding of the complexity and demands of the context in which they operate, can affect their professional performance and influence implementation processes. The objective of this study was to analyze professionals' perceptions regarding the application of the Rights-Based Approach to health. The results highlight access to health and timelines of care as relevant principles, along with other specific principles of the Human Rights-Based Approach in health care. In conclusion, it is necessary to develop more studies that allow us to understand and analyze the strategies that professionals carry out to comply with the right to health.

Keywords: rights-based approach; street-level bureaucrats; public policies; health guarantees.

RÉSUMÉ: La santé est reconnue comme un droit humain par différentes conventions, c'est pourquoi les politiques publiques axées sur les droits, comme le cas des garanties explicites de santé au Chili, gagnent en importance. Ainsi, compte tenu de la pertinence du rôle joué par les acteurs qui participent à la mise en œuvre de cette politique publique, il est intéressant de connaître les perceptions des professionnels de la santé qui, dans leur rôle de bureaucrates de rue, participent aux processus de mise en œuvre des politiques publiques. Cette perception, définie comme la compréhension de ces acteurs de la complexité et de l'exigence du contexte dans lequel ils opèrent, peut affecter leur

performance profesional y influenciar los procesos de implementación. El objetivo de este estudio era analizar las percepciones de los profesionales sobre la aplicación del Enfoque de Derechos en salud. Los resultados demuestran el acceso a la salud y las condiciones de atención como principios relevantes, así como otros principios específicos del enfoque de derechos del hombre durante la atención en salud. En conclusión, es necesario desarrollar más estudios que permitan comprender y analizar las estrategias que los profesionales implementan para lograr el derecho a la salud.

Mots clés: enfoque basado en derechos; funcionarios de base; políticas públicas; garantías de salud.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *Resultados y discusión*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. Introducción

La salud es reconocida como parte de los derechos humanos (DDHH) por diversas convenciones, siendo considerada como la facultad de cualquier persona a disfrutar de un conjunto de bienes, instalaciones, servicios y condiciones que son necesarios para su realización.¹ Este derecho social no sólo abarca la atención de salud oportuna, pues considera determinantes de la salud tales como el acceso al agua, alimentos, nutrición adecuada, vivienda y condiciones sanas del medio ambiente.² El derecho a la salud es un derecho complejo e inclusivo que depende tanto de determinantes sociales de la salud, como de otros derechos fundamentales.³

Las políticas públicas definidas como acciones y decisiones que resultan de la interacción entre distintos actores políticos, sociales e institucionales, surgen en respuesta a asuntos de interés público y situaciones socialmente problemáticas,

¹ Organización Mundial de la Salud, *El Derecho a la Salud. Introducción. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Folleto informativo núm. 31, Ginebra, WHO, 2008.

² Díaz, Alejandro, “Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, enero-junio de 2019. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.28.13143>

³ Vargas, María Magaly, “Sistema de salud: garantía institucional del derecho a la protección de la salud en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 35, 2022. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2022.35.17283>

como lo son las condiciones de salud en que se encuentra la población.⁴ Así, durante las últimas décadas, adquieren relevancia las Políticas Públicas con Enfoque de Derechos (PPED) poniendo acento en la importancia de un enfoque integral en el disfrute de los mismos.⁵

La Constitución Política de la República de Chile (CPR) asegura en su artículo 19, número 9, el derecho a la protección de la salud.⁶ Sin embargo, para algunos autores esta definición se aleja de un Estado de carácter social, y otorga destacada importancia al principio de subsidiariedad y a la protección de los cuerpos intermedios de la sociedad, entre ellos las usuarias y los usuarios del sistema de salud (usuarios).⁷ Cabe destacar que el sistema de salud de Chile está compuesto por el sistema público y el sistema privado; el primero se financia con impuestos generales, aportaciones de los municipios y copagos hechos por los afiliados al Fondo Nacional de Salud (FONASA). El financiamiento del segundo sistema proviene de las cotizaciones, aranceles y copagos tanto obligatorios como voluntarios de los afiliados a las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) y de los pagos de bolsillo que los usuarios de los servicios privados realizan al momento de recibir la atención.⁸

⁴ Montenegro Martínez, G., Carmona Montoya, A. y Franco-Giraldo, A., “Modelos para el análisis de políticas públicas en salud reportados en publicaciones científicas”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 35, núm. 3, 2021, pp. 270-281. <https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2019.11.007>

⁵ Cunill-Grau, Nuria, Fernández, M. M. y Vergara, M., “Gobernanza sistémica para un enfoque de derechos en salud: Un análisis a partir del caso chileno”, *Salud colectiva*, vol. 7, núm. 1, enero-abril de 2011, pp. 21-33. https://www.redalyc.org/pdf/731/73118413003_2.pdf

⁶ Allard, Raúl, Hennig Leal, M. C., y Galdámez Zelada, L., “El derecho a la salud y su (des) protección en el estado subsidiario”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Año 14, núm. 1, julio de 2016, pp. 95-138. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82046567004.pdf>

⁷ Poyanco, Rodrigo y Fuentes-Contreras, Édgar, “El derecho a la salud en Chile y Colombia. La narrativa judicial respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud, en los ordenamientos constitucionales de ambos países”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 35, julio-diciembre de 2022, pp. 175-209. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2022.35.17276>

⁸ Becerril-Montekio, Vícto, Reyes, Juan de Dios y Manuel, Annick, “Sistema de salud de Chile”, *Salud Pública de México*, vol. 53, supl. 2, 2011. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800009&lng=es&tlng=es

Tabla 1. Valores que incorpora la reforma a la salud de Chile

Derecho a la salud	Toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, debe contar con un mecanismo de protección social y con acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar situaciones de enfermedad, y a la existencia de condiciones saludables en su comunidad y trabajo, dentro de las capacidades y recursos del país.
Equidad	Resultado de una acción intencionada para identificar y disminuir los factores o condiciones que generan las desigualdades evitables, y a ello tenemos que dedicar nuestros mayores esfuerzos.
Solidaridad	Esfuerzo intencionado que hace la sociedad chilena para que los más vulnerables tengan iguales garantías que los más favorecidos.
Eficiencia	Esfuerzo tanto de prestadores como de usuarios. Va en directo beneficio de la salud de la población.
Participación social	Reconocer a las personas como usuarios y ciudadanos ante los cuales el sistema de salud debe dar cuenta de la calidad, efectividad y oportunidad de servicio, así como del uso eficiente de los recursos.

FUENTE: elaboración propia con base en biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Describe valores incorporados en la reforma sanitaria iniciada el año 2004, este proceso tuvo además un componente central de garantización progresiva de derechos exigibles y garantizados en salud, que abarcó derechos de cobertura en atención, plazos máximos para el otorgamiento de las prestaciones, protección financiera y un estándar de calidad para la atención de un conjunto de problemas de salud graves, caros y frecuentes, que representan una alta proporción de la carga de enfermedad.⁹

El primer componente de la reforma fue el proyecto de Ley No. 20.584 sobre Derechos y Deberes de las Personas en atención de salud, seguido del diseño e implementación de la Ley No. 19.966 del Régimen de Garantías Explícitas

⁹ Giedion, Ú., Bitrán, R., y Ignez, T., *Planes de beneficios en salud de América Latina: una comparación regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2014. <https://publications.iadb.org/es/planes-de-beneficios-en-salud-de-america-latina-una-comparacion-regional>

en Salud (GES), considerada uno de los primeros hitos para extender las PPEd hacia el ámbito de la salud.

Tabla 2. Garantías explícitas en salud y su definición

<i>Acceso</i>	Asegura el otorgamiento de prestaciones garantizadas por parte de FONASA o ISAPRES en forma y condiciones establecidas por decreto.
<i>Oportunidad</i>	Plazos máximos para la atención de cada uno de los problemas.
<i>Protección financiera</i>	Valor máximo para pagar (porcentaje de copago y topes máximos) por las atenciones.
<i>Calidad</i>	La atención de salud será realizada por un prestador acreditado de acuerdo con la Ley No. 19.937.

FUENTE: elaboración propia con base en biblioteca del Congreso Nacional de Chile.¹⁰

Muestran los cuatro principios del Enfoque de Derechos Humanos (EDH) incluidos en esta Política Pública de Chile para el cumplimiento de derechos en salud. De esta forma, el EDH implica poner a las personas en el centro del diseño de las políticas públicas, reconociendo explícitamente sus derechos para favorecer su empoderamiento, junto con obligaciones inmediatas para la realización progresiva y gradual bajo principios de rendición de cuentas, no discriminación e igualdad y participación.¹¹

Las PPEd definen obligaciones de cada Estado frente a los DDHH involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, haciendo hincapié en los principios que conforman las PPEd.¹² El EDH implica una aproximación integral basada en los principios

¹⁰ Drago, Marcelo, “La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Políticas sociales*, núm. 121, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2006; Giedion, Ú., Bitrán, R., y Ignez, T., *Planes de beneficios en salud de América Latina: una comparación regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2014. <https://publications.iadb.org/es/planes-de-beneficios-en-salud-de-america-latina-una-comparacion-regional>

¹¹ Drago, Marcelo, “La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Políticas sociales*, núm. 12, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2006.

¹² Abramovich, Victor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y

de universalidad, integralidad e indivisibilidad de los DDHH.¹³ Otros autores plantean que el EDH contribuye a promover la ciudadanía social, ya que todos somos titulares de derechos, incluidos los derechos sociales y económicos que establecen la protección social.¹⁴ Además, la literatura especializada coincide en reconocer que los principios sobre los que se fundan las PPED, además de la universalidad, incluyen la exigibilidad, la participación social, la integralidad y la progresividad.¹⁵

En ocasiones, algunos principios pueden tensionar el ejercicio de derechos,¹⁶ por esa razón, las tensiones existentes entre lo que se enuncia como Política Pública y la forma en que éstas se implementan, relevan el quehacer de los Burocratas a Nivel de Calle (BNC) en los procesos de implementación, ya que cumplen un rol como actores que participan en la entrega de productos o servicios públicos en la primera línea cuyo actuar influye en los resultados que tienen las políticas públicas junto con la relación que establece el Estado con sus ciudadanos.¹⁷ A diferencia de otros funcionarios, los BNC se ven afectados por múltiples factores, entre ellos su contexto sociopolítico, ambiente de trabajo, creencias y valores personales.¹⁸

políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, núm. 88, 2006, pp. 35-50. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/877ba5f8-d849-4907-9388-ebc841ecea01/content>

¹³ Pautassi, Laura y Royo, Laura, *Enfoque de derechos en las políticas de infancia: indicadores para su medición*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012.

¹⁴ Cecchini, Simone y Rico, María Nieves, “El enfoque de derechos en la protección social. Instrumentos de protección social”, *Caminos latinoamericanos hacia la universalización. Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL), 2015. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/59480da5-e26d-451b-a557-141e8c5f34c1/content>

¹⁵ Cunill-Grau, Nuria, “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 46, 2010. <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533678002.pdf>

¹⁶ Cunill-Grau, Nuria y Leyton-Navarro, Cristian, “Una nueva mirada al enfoque de derechos. Aportes al debate a partir de los servicios de cuidado para personas mayores en Chile”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2018.27.12529>

¹⁷ Leyton Navarro, C., “Profesionales a nivel de calle. Tensiones y desafíos en el proceso de implementación de las políticas sociales”, *Ts Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 20, 2020, pp. 4-21. <https://www.tsuadernosdetrabajosocial.cl/index.php/TS/article/view/173/176>

¹⁸ Campos, Sergio, Varela Castro, S., Meza, O. y Pérez-Chiqués, E., “Gestión hospitalaria de la pandemia en la Ciudad de México. Un análisis desde el enfoque de burocracia a nivel de calle”, *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, vol. 9, núm. 2, julio-diciembre de 2020. <https://www.remap.ugto.mx/index.php/remap/article/view/346/263>

Los estudios en Políticas Públicas y salud, con foco en los BNC, son de importancia ya que las decisiones de estos actores son críticas para la sociedad.¹⁹ El término *burócrata de calle* se refiere a la función de un actor como agente de implementación, participando en la tarea de entrega de productos o servicios públicos en la primera línea de atención de usuarios.²⁰ Las percepciones de los BNC definida como la comprensión de dichos actores sobre la complejidad y exigencia del contexto en que se desenvuelven,²¹ puede afectar su desempeño y su rutina profesional, influyendo fuertemente en los procesos de implementación de Políticas Públicas. Por esta razón, se torna de interés conocer las percepciones que los profesionales de la salud, en su rol de BNC, tienen respecto de las PPED.

II. Metodología

Este estudio cualitativo de carácter exploratorio y descriptivo, describió las percepciones del enfoque de derechos que los BNC involucrados en la entrega de servicios a los usuarios, tienen durante su trabajo a diario recogido a través de fuentes primarias de información por medio de la aplicación de una pauta de entrevista semiestructurada que consistió en un conjunto de diez preguntas abiertas.²² Involucró la participación voluntaria de personas en el desarrollo de una entrevista realizada de forma remota, grabada y transcrita, la cual aportó datos para la descripción y análisis de las percepciones que los profesionales tienen respecto del derecho a la salud en Chile.

¹⁹ Berlin, Johan, Szücs, S., Höjer, S. y Liljegren, A., “How do street-level bureaucrats manage high workloads? Collegial mechanisms at the organisational level-experiences from public healthcare organisations”, *European Management Review*, vol. 19, núm. 2, 2022, pp. 299-312. <https://doi.org/10.1111/emre.12480>

²⁰ Lipsky, Michael, *Street-Level Bureaucracy*, 30th Ann. Ed., Dilemmas of the Individual in Public Service. Russell Sage Foundation, 2010.

²¹ Lima-Silva, Fernanda, Lemos Sandim, Tatiana, Morangueira Magri, Giordano, Lotta, Gabriela, “Street-level bureaucracy in the pandemic: the perception of frontline social workers on policy implementation”, *Revista De Administração Pública*, vol. 54, núm. 5, 2020, pp. 1458-1471. <https://doi.org/10.1590/0034-761220200529x>

²² Hernández-Sampieri, Roberto, *et al.*, *Metodología de la investigación*, 5a. ed., México, McGraw Hill Interamericana, 2010.

La unidad de análisis estuvo compuesta por profesionales de salud que trabajan en equipos de atención usuaria y gestión de GES de establecimientos de Atención Primaria en Salud (APS) y hospitales del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente (SSMSO) de Santiago de Chile. Esta selección se basó principalmente en la convocatoria de funcionarias y funcionarios con profesiones afines al ámbito de la salud que realizaban gestión y atención de usuarios, con experiencia laboral en el servicio público de salud y pertenecientes a las unidades de GES del SSMSO.

Tabla 3. Caracterización de la muestra

	APS	Hospitales	Resumen
<i>Entrevistados</i> [Número]	5	5	10 participantes
<i>Sexo</i> [Femenino/Masculino]	(4/1)	(4/1)	Distribución (8/2)
<i>Edad promedio</i> [Años]	38 años.	34 años.	36 años.
<i>Profesión</i>	Enfermería, nutrición, obstetricia, trabajo social, odontología.	Enfermería, nutrición, kinesiología.	Enfermería, nutrición, obstetricia, trabajo social, odontología, kinesiología.
<i>Experiencia laboral</i> [Años]	8 años.	14 años.	12 años.
<i>Experiencia en GES</i> [Años]	8 años.	6 años.	7 años.
<i>Perfil de usuarios atendidos</i>	Problemas de salud oncológicos y quirúrgicos.	Población infantil y población migrante.	Población adulta joven y adultos mayores

Fuente: elaboración propia.

Describe el total de participantes que se desempeñan en la primera línea de implementación de las GES, con base en características individuales y laborales, según corresponda.

Los entrevistados plasmaron su interés en participar a través de un consentimiento informado bajo condiciones de estricta confidencialidad y anonimato, el cual fue validado por la comisión de ética de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas (FCFM) de la Universidad de Chile. Para el análisis de datos se usó el modelo de análisis de contenido, ya que se trata de un proceso deductivo por medio de una codificación iterativa²³.

Tabla 4. Codificación de párrafos durante la transcripción de entrevistas

<i>Número de entrevistado</i>	Letra “E” MAYÚSCULA y número de entrevista
<i>Género del entrevistado</i>	F= Femenino; M= Masculino
<i>Nivel de atención del entrevistado</i>	HOSP = Hospital; APS = Atención Primaria en salud
<i>Párrafo de la entrevista</i>	Un número de dos dígitos

FUENTE: elaboración propia.

Muestra los códigos utilizados durante el proceso de análisis de datos, en función del contenido en los párrafos de la transcripción de entrevistas semiestructuradas.

III. Resultados y discusión

A continuación, se plasman las percepciones respecto al derecho a la salud y las políticas de salud en Chile, centrado principalmente en la tensión que existe al poner en práctica los aspectos normativos establecidos en la CPR y la reforma de salud del año 2004 que permitió impulsar las PPED, como las GES. Luego, se presentan percepciones respecto a los principios transversales del EDH con foco en acceso a la salud, en términos de igualdad y no discriminación, junto con los mecanismos de reclamo cuándo existe un incumplimiento de las GES. Finalmente, aquellos principios específicos que, desde la mirada de los BNC, se tornan relevantes durante la atención de salud en Chile.

²³ Vears, Danya y Gillam, Lynn, “Inductive content analysis: A guide for beginning qualitative researchers”, *Focus on Health Professional Education: A Multi-Professional Journal*, vol. 23, núm. 1, 2022, pp. 111-127. <https://doi.org/10.11157/fohpe.v23i1.544>

1. Visiones respecto al derecho a la salud y las PPED en Chile

Los profesionales de APS perciben que la reforma de salud es un hito clave en el cambio de paradigma en atención, particularmente la Ley de GES y la Ley de Derechos y Deberes de las Personas, pues son elementos que respaldan un modelo de atención de salud basado en principios de derechos (acceso, oportunidad y exigibilidad). Además, consideran que el derecho a la salud no siempre es ejercido por todas las personas, por lo que es necesario que el cumplimiento de las GES sea monitoreado con indicadores, mecanismos de reclamo y fiscalización por los organismos del nivel central del Estado. Esta percepción coincide con los hallazgos de autores quienes consideran necesario que el Estado genere mecanismos y leyes que respalden activamente el actuar de los servicios de salud.²⁴

“El cumplimiento del GES pelea con otros indicadores que lo van dejando hacia atrás, pero es una Ley que tienes que cumplir”. (Entrevista No. 8, APS)

“La verdad creo que es un poco complicado para la población acceder fácilmente a tener una salud de calidad”. (Entrevista No. 9, APS)

“[...] obviamente sabemos que en Chile no es así, no se cumple en la totalidad de casos”. (Entrevista No. 7, APS)

El nivel de atención (Hospital o APS) en que se desempeñan los profesionales influye en la manera en que orientan la implementación de PPED. Por ejemplo, los profesionales del nivel hospitalario basan su percepción del derecho a la salud principalmente en iniciativas legales tales como la CPR de Chile, la reforma de salud del año 2004 y el régimen de las GES que permiten orientar la atención de salud:

“Al garantizar el derecho a través de una Ley, se está cumpliendo el derecho en salud. Es lamentable que se tenga que hacer así, pero creo que así al menos en las GES funciona”. (Entrevista No. 1, HOSP)

“No hay derechos. Yo siento que no existe, el usuario si debiera contar con derechos, el derecho a una salud de calidad y a ser atendido como corresponde”. (Entrevista No. 3, HOSP)

²⁴ Allard, Raúl, Hennig Leal, M. C., y Galdámez Zelada, L., *El derecho a la salud y su (des) protección en el estado subsidiario...*, *cit.*

“Hay distintas variables, de cómo está escrito en la Ley a cómo lo llevo a la práctica”. (Entrevista No. 5, HOSP)

La evidencia indica que los profesionales utilizan categorizaciones basadas en visiones personales de la sociedad, percepciones sobre qué tan bien son valorados por los usuarios, concepciones morales sobre lo que está bien o mal y estereotipos.²⁵ De esta manera, lo anterior refuerza la tensión que surge entre el derecho a la salud percibido por los profesionales hospitalarios, en contraste con el derecho a la protección de la salud establecido por la CPR de Chile. Por lo que, la discrecionalidad y la autonomía serán influenciadas por el grado de conocimiento que los profesionales de salud de APS y hospitales pudieran tener respecto de las normas. Así, las dificultades que refieren los profesionales hospitalarios y las críticas realizadas por los profesionales de APS generan prácticas individualizadas y paternalistas con repercusiones negativas en la aplicación de la Ley durante la atención de salud.

En relación con las GES, la *garantía de acceso* corresponde a la garantía que mayor relevancia toma para los profesionales, señalando que su cumplimiento se otorga desde que se brinda la posibilidad de atención a los usuarios en los diferentes establecimientos de salud. El acceso entonces, se torna un principio relevante para el ejercicio del EDH, ya que de lo contrario existen inequidades en la utilización de servicios de salud que benefician a los más ricos:²⁶

“El acceso habla sobre el derecho de salud”. (Entrevista No. 6, APS)

“La garantía de acceso nosotros la hacemos valer desde el momento que el usuario viene hacia la oficina”. (Entrevista No. 3, HOSP)

A pesar de lo anterior, existen barreras que limitan el acceso a la atención de salud a nivel de APS y hospitales. En esta línea, es posible identificar también las dificultades en el cumplimiento de la GES de acceso, particularmente en el

²⁵ Nunes, João y Lotta, Gabriela, “Discretion, power and the reproduction of inequality in health policy implementation: Practices, discursive styles and classifications of Brazil’s community health worker”, *Social Science & Medicine*, núm. 242, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2019.112551>

²⁶ Núñez, Alicia y Chunhwei, C., “Equity in health care utilization in Chile”, *International Journal for Equity in Health*, vol. 12, núm. 58, 2013. pp 38-48. <https://doi.org/10.1186/1475-9276-12-58>

acceso a nivel de atención terciario relacionado a especialidades médicas y cirurgías en hospitales:

“La garantía al acceso se cumple, quizás no siempre en el plazo estipulado”. (Entrevista No. 1, HOSP)

“Creo que es difícil para la población en general, sobre todo para la población que no tiene la forma de pagar algo privado”. (Entrevista No. 9, APS)

Por otra parte, tanto los profesionales de APS como los de hospitales coinciden en que la *garantía de oportunidad* corresponde a un principio relevante. Por esta razón, los equipos profesionales enfocan la atención de salud en brindar una atención oportuna hacia los usuarios y la importancia de velar por el cumplimiento de indicadores de garantía de oportunidad. Si bien, los profesionales orientan sus acciones hacia el cumplimiento de la oportunidad de atención, existen dificultades asociadas a los diferentes ámbitos en que actúan principalmente a nivel de APS. A lo anterior, podría sumarse que aspectos tales como la discrecionalidad y autonomía señalados pudiesen influir en pro o contra de la atención de los usuarios oportunamente.²⁷ Independiente de lo anterior y ante el incumplimiento de la garantía de oportunidad, los usuarios del sistema de salud pueden exigir sus derechos a través del mecanismo establecido por FONASA para el reclamo de GES:

“La garantía de oportunidad es algo que monitorizamos constantemente”. (Entrevista No. 3, HOSP)

“Para mí la motivación de cumplir los plazos es eso, o sea cumplir las garantías porque las personas necesitan, no es porque la Ley me esté obligando a hacerlo. Es porque tienes una persona que tienes que resolverle sus problemas y tratar de hacer el mayor esfuerzo para [...]”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Nosotros hacemos todo para cumplir con la oportunidad de atención”. (Entrevista No. 3, HOSP)

Las GES aseguran también la cobertura de prestaciones de salud para la población chilena.²⁸ Las percepciones que los profesionales tienen sobre el de-

²⁷ Lipsky, Michael, *Street-Level Bureaucracy*, *op. cit.*

²⁸ Aguilera, Ismael, A. Ormeño, H. y Urriola, C., *Improving health system efficiency: Chile: Implementation of the Universal Access with Explicit Guarantees (AUGE) reform*, World Health Organization, 2015. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/187657>

recho de los usuarios se basan también en otras garantías tales como la exigibilidad y la capacidad de pago, estas garantías tienen directa relación con el cumplimiento de la atención de salud y, por tanto, los derechos de estos usuarios, por ejemplo en el caso de las GES como un ejercicio de PPEd que vela por el cumplimiento de la *garantía de calidad* y *garantía protección financiera* de la población, permite la acreditación y certificación en salud en el sistema público:

“Todo usuario que ingresa al servicio APS debe estar registrado en el sistema”. “La Ley interviene indicando que el profesional debe acreditar calidad”. (Entrevista No. 6, APS)

“A mí me parece súper bueno que haya un listado en el que el usuario pueda acceder y buscar al profesional de salud, verificando si realmente está habilitado o no”. (Entrevista No. 4, HOSP)

“A mí jamás se me olvida que detrás de cada garantía hay una persona y no que es un número”. (Entrevista No. 2, HOSP)

2. Percepciones de los profesionales respecto de principios transversales del EDH

A. *Igualdad y no discriminación*

La mayoría de los profesionales basa su visión en la comprensión del derecho a la atención de salud respaldado principalmente en la CPR de Chile. Es posible interpretar que en Chile, los usuarios tienen derecho a elegir dónde recibir atención (público o privado), sin embargo, esta elección va en línea con los ingresos monetarios de cada familia, lo que finalmente limita que el derecho a la salud sea ejercido por toda la población.

El derecho a la salud en Chile se caracteriza por su acceso desigual, producto del contexto político económico en que surgieron las políticas públicas de salud.²⁹ Existe consenso en el cuestionamiento de lo señalado anteriormente, pues para los profesionales entrevistados el ejercicio de derechos sociales, como la salud, presenta brechas en la atención, presupuesto e infraestructura en el acceso para la entrega efectiva de prestaciones hacia usuarios, generando in-

²⁹ Villasana-López, Pedro y Álvarez-González, Eva, “Representaciones sociales acerca de la lucha, en Chile, por el derecho a la salud”, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 37, núm. 2, 2019, pp. 44-53. <https://doi.org/10.17533/udea.rfnsp.v37n3a06>

cumplimiento del ejercicio efectivo de los derechos. Otro hallazgo relevante consiste en las dificultades para acceder a las prestaciones de salud, por lo que se tornó relevante la promulgación de las GES para el cumplimiento del derecho a la salud. Por esta razón, surgen diferencias entre el ejercicio del derecho en el sistema público o privado de atención de salud:

“Creo que el garantizar el derecho es la forma en que tú le das a la persona el acceso como tal”. (Entrevista No. 1, HOSP)

“La verdad es que hay una tremenda brecha, hay limitaciones de todo orden para poder asegurar los derechos”. (Entrevista No. 5, HOSP)

Las diferencias entre el sistema público y privado de salud afectan principalmente a los usuarios más pobres y sus derechos son vulnerados.³⁰ Existe consenso entre los profesionales entrevistados de que el derecho a la atención de salud en Chile puede ser considerado un privilegio, al que no todas las personas acceden a causa de la falta de recursos. Aunque existan alternativas de elección para las personas, la capacidad de pago limitará su posibilidad de decisión, lo que finalmente convierte a la salud en un *privilegio* más que un derecho realmente garantizado, pues no existe igualdad entre el derecho de las personas para escoger a cual sistema de salud acogerse (privado o público):

“El derecho a la salud, para mi es un derecho universal, pero que en este momento es un privilegio de pocos...” (Entrevista No. 2, HOSP)

“No existe un derecho como libre a la obtención de salud, sino que va en estricta relación con el ingreso de las personas...” (Entrevista No. 3, HOSP)

El sistema de salud en Chile continúa favoreciendo a las personas con mayores recursos económicos lo que se contradice con el derecho a la protección de salud.³¹ La capacidad de pago se convierte entonces en un elemento condicionante sobre la posibilidad de las personas para acceder a salud, ya que a pesar de estar consagrado en la CPR, existen barreras que se contrastan entre los

³⁰ Cunill-Grau, Nuria y Fernández, Margarita, “Implementación del enfoque de derechos humanos: la reforma sanitaria chilena”, *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 19, núm. 66, abril-junio de 2014, pp. 287-305. https://www.redalyc.org/pdf/290/Resumenes/Resumen_29031265008_1.pdf

³¹ Núñez, A. y Chunhuei, C., “Equity in health care utilization in Chile”, *International Journal for Equity in Health*, vol. 12, núm. 58, 2013. <https://doi.org/10.1186/1475-9276-12-58>

prestadores públicos y privados de salud marcado principalmente por el componente universal del FONASA, a diferencia de la selección y discriminación predominante en las ISAPRES:

“El derecho a salud se limita a tu dinero, pero es un derecho que no está garantizado para todo chileno...” (Entrevista No. 1, HOSP)

“Creo que es difícil para la población en general, sobre todo para la población que no tiene la forma de pagar algo privado...” (Entrevista No. 9, APS)

La falta de acceso se traduce a la vez en listas de espera sobre todo para aquellos usuarios que no cumplen los criterios para acceder a las GES, generando consecuencias negativas en la salud de las personas y aumentando la desigualdad en salud de la población.³² Por tanto, el acceso, la igualdad y la no discriminación son elementos clave para el ejercicio del derecho a la salud, sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por el Estado, el sistema público de salud suele ser presionado a cumplir con los derechos de los usuarios en espera de atención de salud:

“El derecho a la salud en el país efectivamente no es equitativo”. (Entrevista No. 3, HOSP)

“El usuario si debiera contar con derechos, el derecho a una salud de calidad, a ser atendido como corresponde, a ser atendido en el tiempo que corresponde y es algo que no se ve”. (Entrevista No. 3, HOSP)

B. Exigibilidad y mecanismos de reclamo

La exigibilidad es el aspecto más sensible de las PPED, lo que requiere no sólo fortalecer las condiciones institucionales del Estado, sino que también la existencia de estrategias para mitigar asimetrías sociales para el uso de mecanismos de exigibilidad.³³ En palabras de los entrevistados, es posible percibir que las

³² Aguilera, Ismael, A. Ormeño, H. y Urriola, C., *Improving health system efficiency: Chile: Implementation of the Universal Access with Explicit Guarantees (AUGE) reform*, World Health Organization, 2015. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/187657>

³³ Cunill-Grau, Nuria y Fernández, Margarita, “Implementación del enfoque de derechos humanos: la reforma sanitaria chilena”, *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 19, núm. 66, abril-junio de 2014. https://www.redalyc.org/pdf/290/Resumenes/Resumen_29031265008_1.pdf

GES brindan una base legal sólida para el surgimiento de derechos en salud, ya que acerca al Estado a la ciudadanía para que los usuarios puedan exigir sus derechos efectivamente:

“Las GES proveen la base legal, pero quizás falta el cómo pasar ese documento que está ahí en la Ley firmado y hacerlo operativo para que las personas realmente ejerzan su derecho”. (Entrevista No. 4, HOSP)

Respecto a los mecanismos de reclamo, existe consenso entre los profesionales de APS y hospitales en la necesidad de que los usuarios se informen, conozcan sus derechos y mecanismos por el cual, se exige su cumplimiento en aquellos casos en que exista retraso en plazos de atención de salud. El incumplimiento de derechos puede ser producto de diferentes razones, siendo la sobrecarga de trabajo el principal factor que genera errores en el procesamiento de documentos, pudiendo causar retrasos en la atención de usuarios en salud:

“Cada establecimiento tiene también una realidad distinta. Yo lo veo con los retrasos en cumplimiento de garantías”. (Entrevista No. 5, HOSP)

“Por el tiempo que llevan esperando la interconsulta, eso es por lo que más se queja la gente acá...” (Entrevista No. 7, APS)

Los usuarios desconocen el derecho que establecen las GES para el reclamo de cumplimiento de garantías, siendo necesario entonces que los usuarios se informen de su derecho de presentar reclamos si no se cumplen sus garantías de atención. Los usuarios desconocen su derecho a presentar un reclamo y el mecanismo por el cual se activa en FONASA un segundo prestador privado, es relevante que los usuarios se informen no solamente de sus derechos, sino que también de sus deberes durante la atención de salud. Un aspecto clave para el ejercicio del reclamo consiste en recibir la información oportuna que les permita conocer las prestaciones de atención de salud que les corresponde:

“Al no cumplirse los plazos tiene el derecho a hacer el reclamo en FONASA”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Efectivamente el usuario puede reclamar si es que no se le ha cumplido a cabalidad lo que dice la Ley”. (Entrevista No. 3, HOSP)

“El usuario está desinformado y yo siento que eso también es un derecho. Es un derecho del usuario estar informado de todo lo que conlleva ser usuario GES”. (Entrevista No. 3, HOSP)

“La gente cree que porque tiene FONASA no tiene derecho a reclamar, que solamente tiene que esperar y esperar nomás que lo operen cuando el hospital pueda”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Que el usuario pueda optar a un segundo prestador privado. Pero esa información yo creo que no todos lo saben, nosotros la entregamos al usuario”. (Entrevista No. 2, HOSP)

Por esta razón, los profesionales de hospitales suelen informar a los usuarios, por ejemplo, ante el incumplimiento de derechos en la atención de salud o de garantías específicas en el caso de las GES, y optar por un segundo prestador de salud para el cumplimiento de su atención. Se concluye que, el mecanismo de reclamo es pasivo, es decir, se activa sólo cuando hay denuncia por parte de los usuarios. El rol de fiscalización se centra en el FONASA como principal encargado del seguimiento y resolver el cumplimiento de atención en salud. Así, los usuarios pueden reclamar el cumplimiento de garantías para que el FONASA entregue soluciones como la derivación a un segundo prestador privado para abordar las dificultades, principalmente relacionadas con la oportunidad de atención de salud:

“Al final se les da tanta libertad a las personas, pero no se les da quizás las herramientas para poder realmente ejercer sus derechos”. (Entrevista No. 4, HOSP)

“Falta un rol del Estado, no de protección ni de abarcar, sino que de proteger”. (Entrevista No. 4, HOSP)

“Los usuarios están mucho más informados y exigen sus derechos, cosa que cuando yo empecé a trabajar eso no era así”. (Entrevista No. 10, APS)

“Habitualmente FONASA actúa ante el reclamo del usuario, si no hay reclamo no hay ningún acto”. (Entrevista No. 4, HOSP)

C. Participación

Respecto a la participación, existe consenso entre los entrevistados de que hay un empoderamiento creciente de los usuarios, también es posible destacar esfuerzos que surgen para promover la participación activa en los procesos de mejora y el cuidado de su propia salud. De esta forma, los entrevistados pro-

mueven el fortalecimiento de la participación a través de actividades que incorporan la visión, dudas y propuestas de los representantes de los usuarios, junto con la facilitación de canales y mecanismos efectivos para el ejercicio del reclamo:

“Un elemento que me parece que debería estar super potente, es el tema de empoderar a los usuarios”. (Entrevista No. 4, HOSP)

“El Estado somos todos los que trabajamos de alguna manera en alguna repartición descentralizada del Estado”. (Entrevista No. 4, HOSP)

Sumado a lo anterior, destaca además la presencia de programas de educación hacia los usuarios e instancias de participación de rendición de cuentas, lo que a su vez se complementa con cuentas públicas participativas dirigidas por el equipo directivo y autoridades de la red, incorporando la participación de usuarios con foco en empoderar a la comunidad:

“Cada centro de salud hace su cuenta pública donde el director rinde y obviamente que resuelve dudas de los usuarios”. (Entrevista No. 9, APS)

“Participamos de forma activa y efectivamente ahí tenemos información de la comunidad porque están los dirigentes de la comunidad, su directiva”. (Entrevista No. 3, HOSP)

Se perciben esfuerzos particularmente de la APS para involucrar a la comunidad a través de la participación social y la comunicación con grupos vecinales, este resultado coincide con lo expuesto por algunos autores que señalan la posibilidad de construir vínculos con los usuarios para facilitar el acceso a políticas públicas de salud³⁴

“Nosotros tenemos un coordinador que se hace cargo de la participación social y de promoción. Por otro lado, también la estrategia que se tiene es la comunicación con las juntas de vecinos y esto facilita el acceso con las clínicas móviles hacia la población quizás, en general hacia toda la población, pero también va muy enfocado

³⁴ Lima-Silva, Fernanda, Lemos Sandim, Tatiana, Morangueira Magri, Giordano, Lotta, Gabriela, “Street-level bureaucracy in the pandemic: the perception of frontline social workers on policy implementation”, *Revista De Administração Pública*, vol. 54, núm. 5, 2020. <https://doi.org/10.1590/0034-761220200529x>

hacia la población que tiene más difícil acceso a acudir a los centros de salud”. (Entrevista No. 9, APS)

La mayoría de los profesionales de APS encargados de vincular con la participación social, acercan las instituciones de salud a la población con un enfoque en el despliegue territorial. Así, se establece una comunicación directa con las juntas de vecinos para facilitar el acceso a dispositivos de salud, incorporando la difusión a través de diferentes medios de comunicación:

“Trabajas con tiempos, debes tener coordinación, debes tener buena comunicación con los equipos...” (Entrevista No. 6, APS)

“Hay una encargada de participación también que coordina tanto a nivel de red de servicio, red comunal, se generan actividades con los usuarios que básicamente tienen que ver con promoción y prevención que es nuestra área”. (Entrevista No. 10, APS)

Por el contrario, los profesionales del nivel hospitalario perciben que la participación de los usuarios es, en su mayoría, indirecta a través de consejos y reuniones en comités de usuarios. Aquí expresan sus inquietudes a los equipos directivos y reciben la información solicitada tal como se observa en las siguientes afirmaciones:

“Los usuarios dicen sentirse menoscabados por nosotros como funcionarios del hospital pues nosotros somos la cara del hospital”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“También siento que APS entrega información muy a medias a los usuarios...” (Entrevista No. 2, HOSP)

Es necesaria la participación del usuario en las decisiones de atención de salud, generando discusiones tanto a nivel de APS como de hospitales para abordar los nuevos desafíos que surgen en la atención de salud chilena. Por otra parte, existen casos de usuarios que presentan dificultades para informarse y poder exigir sus derechos oportunamente. Esto, ya que producto del análisis surge la percepción de que las PPEd en salud son desconocidas por los usuarios, especialmente los de mayor edad, dificultando el acceso a derechos y el cumplimiento de deberes durante la atención de salud:

“El empoderar a las personas no pasa sólo por explicarles, sino que pasa con facilitarles las herramientas para que las personas puedan realmente ejercer esos roles”. (Entrevista No. 4, HOSP)

La relevancia de promover la participación de usuarios en la creación de guías de práctica clínica y la responsabilidad que tienen en el cuidado de su propia salud para el mejoramiento de la implementación de las PPEd, se torna clave. Por esta razón, se necesitan canales efectivos para que los usuarios expresen sus demandas y necesidades a nivel local. Así, se trabaja en modelos de atención que empoderen y eduquen a los usuarios del sistema de salud de manera clara y ajustada a la realidad local de cada establecimiento, incorporando un enfoque territorial de prevención, promoción y participación con relación al modelo de APS para dar solución a problemáticas relacionadas con la salud en el mediano y largo plazo. Es necesario que futuros procesos de reforma de salud deben ser realizados “a puertas abiertas” con una mayor participación y rendición de cuentas de aquellos acuerdos y decisiones tomadas en pro de los usuarios para el logro de los objetivos sanitarios del país.

“Me da la impresión de que hay mucha rotación de gente en algunos lados porque siempre te firma alguien distinto los correos que te mandan, y al haber cambio de gente no reciben la capacitación correcta y por eso se generan errores”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Ocurre mucho en salud el tema de la asimetría de información en donde el usuario no sabe nada y resulta que el profesional que está al otro lado tiene un nivel alto de conocimiento”. (Entrevista No. 4, HOSP)

D. Información, rendición de cuentas y responsabilidad

Respecto de la información, el Estado a través de sus instituciones de salud es el principal encargado de facilitar su difusión a través de sus diferentes plataformas de comunicación (telefonía, radios locales e internet) haciéndolas accesibles para todos. Así, con un EDH, los profesionales de APS perciben que es posible contribuir al empoderamiento de éstos, alcanzando una mayor adherencia al tratamiento y finalmente, una disminución de costos en salud:

“Nosotros como funcionamos en atención primaria depende mucho del recurso humano, que esté comprometido con su población a cargo porque si nosotros como funcionarios no estamos comprometidos”. (Entrevista No. 10, APS)

“No llega la información o cuando llega, llega distorsionada y llega de otra manera, por lo que tú la implementas mal”. (Entrevista No. 8, APS)

Los profesionales de APS y hospitales atienden a los usuarios directamente, entregando las explicaciones que necesitan y facilitando el acceso a la información. Por lo que, el compromiso del personal de salud y su conocimiento de la red son cruciales para brindar una atención de calidad. En este sentido, la comunicación debe ser proactiva y bidireccional, es decir, entregar información de manera proactiva a los usuarios y no sólo como una respuesta a reclamos:

“Siento que mi compromiso es alto por lo tanto mi nivel de intentar trabajar en esta población que en general es vulnerable, los estándares tienen que ser los más altos porque son los que más lo necesitan”. (Entrevista No. 10, APS)

Por el contrario, se aprecia que no siempre los usuarios comprenden los diagnósticos de GES por lo que es necesario que los profesionales, particularmente médicos, entreguen la información de forma clara. Usualmente son estos últimos los responsables legales de informar a los usuarios sobre su ingreso a las GES y su derecho a reclamo, mientras que otros equipos clínicos promueven la información para que cada usuario del sistema de salud se empodere como sujetos de derechos en salud:

“Entregar información al usuario, decirle cuales son los establecimientos donde el usuario se puede atender, comunicarle si se puede o no atender en otra parte”. (Entrevista No. 1, HOSP)

“Falta información, pero también que se informe al usuario y segundo, el médico que le da el diagnóstico debería tener la obligación de explicarle al usuario”. (Entrevista No. 2, HOSP)

Así, los profesionales de salud en su rol de BNC se hacen responsables de educar a los usuarios para garantizar su acceso a la información y rendición de cuentas. Para esto, los profesionales informan directa o indirectamente a través de llamada telefónica, correos electrónicos o rescate a domicilio para la entrega de información:

“Se le explica cuando se le hace la firma de carta GES, el médico obviamente le explica que es una patología GES, que tiene beneficios, que tiene un tiempo, etc. pero la gente yo creo que igual después desconoce mucha información que va en beneficio de ellos”. (Entrevista No. 7, APS)

“Se hacen entrevistas en la radio por los diferentes profesionales de las patologías, también se comunica a la gente de la población”. (Entrevista No. 8, APS)

Respecto de la información, es relevante facilitar su acceso y promover la educación de los usuarios para brindar una buena calidad de atención en el sistema de salud. En este sentido, existe consenso en el rol preponderante que ejercen los equipos de salud, y en particular el equipo médico, para explicar de manera clara y comprensible los procedimientos, enfermedades y, particularmente, los derechos de los usuarios, cuestión que en ocasiones no es posible alcanzar:

“Yo creo que hay médicos que no entienden el GES, no saben lo que es el GES, entonces también ahí es difícil que un médico que no sabe le de la información a un usuario”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Hay un perfil del usuario acá en nuestra comuna que más allá de la escolaridad o de la condición social que manejan considero que todavía les falta mucha información en salud”. (Entrevista No. 10, APS)

Se percibe en la mayoría de los entrevistados la opinión de que cada usuario debe estar informado sobre sus derechos y deberes, educados sobre el rol de las instituciones del nivel central, particularmente del FONASA, y recibir información por parte del equipo clínico. Sin embargo, en el ámbito de las GES existe la impresión de que los usuarios no conocen sus derechos, por ejemplo, el derecho a optar por un segundo prestador privado ante el incumplimiento de la garantía de oportunidad. También existe la percepción de que no comprenden los problemas de salud incorporados en esta Política Pública:

“Yo creo que al usuario le falta mucho, le falta mucho educarse acerca de su patología”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Lo que pasa es que los usuarios desconocen que tienen derechos y que es una garantía, que la patología que tienen tiene un tiempo, entonces al no tener ese acceso a la información, bueno el acceso lo tienen, pero lo desconocen, no reclaman”. (Entrevista No. 7, APS)

Existe desconocimiento de los derechos de los propios usuarios y existe acuerdo en la necesidad de educar a los usuarios sobre las prestaciones de salud y la red de servicios. Si bien, algunos usuarios tienen mayor conocimiento de algunas políticas de salud, por ejemplo, la Ley de derechos y deberes, no todos conocen sus derechos expresados en garantías. Esto, a pesar de los esfuerzos reiterados por los profesionales para reforzar la educación de los usuarios, es decir, a los usuarios les falta empoderarse de su rol como sujetos de derechos:

“El usuario puede optar a un segundo prestador. Pero esa información yo creo que no todos lo saben, nosotros la entregamos al usuario”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Yo creo que eso es un valor, que tengamos el usuario informado es un valor, y debemos seguir tratando de bajarle la información y de poder también generar estas instancias de participación”. (Entrevista No. 5, HOSP)

“La gente cree que porque tiene FONASA no tiene derecho a reclamar”. (Entrevista No. 2, HOSP)

“Ellos tienen súper claro en todo caso, la Ley de derechos y deberes, por lo tanto, también saben que cuando su garantía está retrasada pueden hacer el reclamo correspondiente”. (Entrevista No. 5, HOSP)

IV. Conclusiones

Este estudio muestra la relevancia de considerar las percepciones del EDH de los BNC que participan a diario en la atención de usuarios con GES, ya que estos profesionales influyen directamente sobre la implementación de PPED. De esta forma, es posible interpretar la existencia de la percepción de que el derecho a la salud en Chile y las diferentes garantías que lo promueven no siempre logran ser ejercidos efectivamente por la población. Esto puede ser causado por múltiples razones, entre ellas, las barreras que surgen para su implementación en el territorio, entre otros.³⁵ Los avances en materia del derecho a la salud en Chile traducido en políticas públicas durante las últimas décadas, particularmente a través de iniciativas legales como la Ley No. 19.966 de GES y la Ley No.

³⁵ Rodríguez, María Victoria, Prieto, Florencia, Pantoja, Tomás y Letelier, Francisco, “Percepciones y actitudes de médicos de atención primaria respecto de las Guías de Práctica Clínica en el Régimen de Garantías en Salud”, *Revista médica de Chile*, vol. 147, núm. 5, 2019, pp. 602-611. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872019000500602>

20.584 de derechos y deberes de las personas, han generado diferentes impactos en el modelo de atención. En este caso fue posible analizar en primer lugar las GES (acceso, oportunidad, protección financiera y calidad) como garantías que entregan las leyes de salud para dar respuesta a demandas de los usuarios y que, posterior a su implementación, generó también una mayor utilización del sistema de salud chileno exigiendo al Estado un mayor control sobre prestaciones de salud.³⁶

Para el análisis de las percepciones respecto al derecho a la salud en Chile fue relevante considerar las dificultades que existen en los contextos de implementación de PPED, debido a la tensión entre el cumplimiento legítimo de la Ley y las estrategias que los BNC llevan a cabo para la entrega de servicios. Así, este estudio reflejó la percepción en torno al acceso en la atención de salud y el cumplimiento de plazos de atención como principios relevantes para el ejercicio del derecho a la salud, hallazgo similar a lo expuesto por otros autores quienes señalan la importancia de generar una atención más equitativa hacia los usuarios ante el retraso en la atención de salud.³⁷ Las percepciones de los profesionales durante la atención de salud se respaldan en tareas críticas para la entrega de atención, estas suelen ser desarrolladas en ambientes de trabajo un tanto precarizados, dado las dificultades presupuestarias para aumentar la cantidad de recursos humanos y tecnológicos. Lo anterior, obliga a facilitar el acceso a los servicios de salud en donde predominan percepciones personales y categorizaciones para la entrega oportuna, por ejemplo, de información y los mecanismos de reclamo ante el desconocimiento que usuarios y usuarias tienen de sus respectivos derechos.

Otra conclusión relevante tiene relación con las percepciones de los profesionales respecto de los principios transversales del EDH, donde fue posible observar los mecanismos para que usuarios puedan ejercer sus derechos y la necesidad de que el Estado establezca nuevas PPED para resolver las barreras de acceso a la atención médica, dado que las GES se han posicionado como una

³⁶ Martínez-Gutiérrez, María Soledad y Cuadrado, Cristóbal, “Health policy in the concertación era (1990–2010): Reforms the Chilean way?”, *Social Science & Medicine*, núm. 182, 2017, pp. 117-126, <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2017.04.012>

³⁷ Núñez, Alicia y Chunhwei, Chi, “Equity in health care utilization in Chile, International”, *Journal for Equity in Health*, vol. 12, núm. 58, 2013. <https://doi.org/10.1186/1475-9276-12-58>

estrategia que permite dar una mejor cobertura de salud a la población.³⁸ Las percepciones de los profesionales se centran en principios tales como el *acceso*, puesto que, existe desigualdad en las oportunidades, presupuesto e infraestructura que dificultan el acceso a la salud en Chile. Luego la *protección financiera*, ya que tanto el sistema de salud público como privado favorecen a menudo a aquellos con mayores recursos económicos. Finalmente, la *disponibilidad de información* y la *participación* de los usuarios como principios necesarios para garantizar el cumplimiento de derechos, dado que facilitan espacios para la comunicación y educación sobre los derechos, y problemas relacionados con la atención médica.

A pesar de lo relevante de los hallazgos previamente expuestos, cabe destacar algunas limitaciones que se describen a continuación, ya que este estudio se llevó a cabo en el escenario de cambio constitucional de Chile iniciado posterior al estallido social de octubre de 2019, lo que puso en el debate público la temática de derechos sociales, particularmente el derecho constitucional a la salud, aspecto que quizás no pudo ser completamente abordado en el proceso de aplicación de cada entrevista por aspectos metodológicos no consignados en el diseño inicial. Sin embargo, este artículo plantea la oportunidad de desarrollar futuros estudios que consideren este debate, abarcando a su vez una población de estudio mayor que se desempeñen en diferentes servicios de salud puesto que, en el caso chileno, existen realidades territoriales que pueden contribuir a incorporar otras percepciones de los profesionales a nivel de calle y de otros actores involucrados en PPEd en salud.

V. Bibliografía

Abramovich, Victor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, núm. 88, 2006. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/877ba5f8-d849-4907-9388-ebe841eeea01/content>

Aguilera, Ismael, A. Ormeño, H. y Urriola, C., *Improving health system efficiency: Chile: Implementation of the Universal Access with Explicit Guarantees (AUGE)*

³⁸ Julio, Cristian, Wolff Rojas, Patricio y Vegoña Yarza, María, “Modelo de gestión de listas de espera centrado en oportunidad y justicia”, *Revista Médica de Chile*, vol. 144, núm. 6, pp. 781-787, 2016. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872016000600014>

- reform*, World Health Organization, 2015. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/187657>
- Allard, Raúl, Hennig Leal, M. C., y Galdámez Zelada, L., “El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, Año 14, núm. 1, julio de 2016. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82046567004.pdf>
- Becerril-Montekio, Víctor, Reyes, Juan de Dios y Manuel, Annick, “Sistema de salud de Chile”, *Salud Pública de México*, vol. 53, supl. 2, 2011. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800009&lng=es&tlng=es
- Berlin, Johan, Szücs, S., Höjer, S. y Liljegren, A., “How do street-level bureaucrats manage high workloads? Collegial mechanisms at the organisational level—experiences from public healthcare organisations”, *European Management Review*, vol. 19, núm. 2, 2022. <https://doi.org/10.1111/emre.12480>
- Campos, Sergio, Varela Castro, S., Meza, O. y Pérez-Chiqués, E., “Gestión hospitalaria de la pandemia en la Ciudad de México. Un análisis desde el enfoque de burocracia a nivel de calle”, *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, vol. 9, núm. 2, julio-diciembre de 2020. <https://www.remap.ugto.mx/index.php/remap/article/view/346/263>
- Cecchini, Simone y Rico, María Nieves, “El enfoque de derechos en la protección social. Instrumentos de protección social”, *Caminos latinoamericanos hacia la universalización. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2015. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/59480da5-e26d-451b-a557-141e8c5f34c1/content>
- Cunill-Grau, Nuria; Fernández, M. M. y Vergara, M., “Gobernanza sistémica para un enfoque de derechos en salud: Un análisis a partir del caso chileno”, *Salud colectiva*, vol. 7, núm. 1, enero-abril de 2011. https://www.redalyc.org/pdf/731/73118413003_2.pdf
- Cunill-Grau, Nuria, “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 46, 2010. <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533678002.pdf>
- Cunill-Grau, Nuria y Fernández, Margarita, “Implementación del enfoque de derechos humanos: la reforma sanitaria chilena”, *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 19, núm. 66, abril-junio de 2014. https://www.redalyc.org/pdf/290/Resumenes/Resumen_29031265008_1.pdf

- Cunill-Grau, Nuria y Leyton-Navarro, Cristian, “Una nueva mirada al enfoque de derechos. Aportes al debate a partir de los servicios de cuidado para personas mayores en Chile”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2018.27.12529>
- Díaz, Alejandro, “Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, enero-junio de 2019. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2019.28.13143>
- Drago, Marcelo, “La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Políticas sociales*, núm. 121, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2006.
- Giedion, Ú., Bitrán, R., y Ignez, T., *Planes de beneficios en salud de América Latina: una comparación regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2014. <https://publications.iadb.org/es/planes-de-beneficios-en-salud-de-america-latina-una-comparacion-regional>
- Hernández-Sampieri, Roberto, *Metodología de la investigación*, 5a ed., México, McGraw Hill Interamericana, 2010.
- Julio, Cristian, Wolff Rojas, Patricio y Vegoña Yarza, María, “Modelo de gestión de listas de espera centrado en oportunidad y justicia”, *Revista Médica de Chile*, vol. 144, núm. 6, 2016. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872016000600014>
- Leyton Navarro, C., “Profesionales a nivel de calle. Tensiones y desafíos en el proceso de implementación de las políticas sociales”, *Ts Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 20, 2020. <https://www.tscuadernosdetrabajosocial.cl/index.php/TS/article/view/173/176>
- Lima-Silva, Fernanda, Lemos Sandim, Tatiana, Morangueira Magri, Giordano y Lotta, Gabriela, “Street-level bureaucracy in the pandemic: the perception of frontline social workers on policy implementation”, *Revista de Administração Pública*, vol. 54, núm. 5, 2020. <https://doi.org/10.1590/0034-761220200529x>
- Lipsky, Michael, *Street-Level Bureaucracy*, 30th Ann. Ed., Dilemmas of the Individual in Public Service. Russell Sage Foundation, 2010.
- Martínez-Gutiérrez, María Soledad y Cuadrado, Cristóbal, “Health policy in the concertation era (1990–2010): Reforms the chilean way”, *Social Science & Medicine*, núm. 182, 2017. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2017.04.012>

- Montenegro Martínez, G., Carmona Montoya, A. y Franco-Giraldo, A., “Modelos para el análisis de políticas públicas en salud reportados en publicaciones científicas”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 35, núm. 3, 2021. <https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2019.11.007>
- Nunes, João y Lotta, Gabriela, “Discretion, power and the reproduction of inequality in health policy implementation: Practices, discursive styles and classifications of Brazil’s community health worker”, *Social Science & Medicine*, núm. 242, 2019. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2019.112551>
- Núñez, Alicia y Chunhuei, Chi, “Equity in health care utilization in Chile”, *International Journal for Equity in Health*, vol. 12, núm. 58, 2013. <https://doi.org/10.1186/1475-9276-12-58>
- Organización Mundial de la Salud, *El Derecho a la Salud. Introducción. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Folleto informativo núm. 31, Ginebra, WHO, 2008.
- Pautassi, Laura y Royo, Laura, *Enfoque de derechos en las políticas de infancia: indicadores para su medición*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012.
- Poyanco, Rodrigo y Fuentes-Contreras, Édgar, “El derecho a la salud en Chile y Colombia. La narrativa judicial respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud, en los ordenamientos constitucionales de ambos países”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 35, julio-diciembre de 2022. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2022.35.17276>
- Rodríguez, María Victoria, Prieto, Florencia, Pantoja, Tomás y Letelier, Francisco, “Percepciones y actitudes de médicos de atención primaria respecto de las Guías de Práctica Clínicas en el Régimen de Garantías en Salud”, *Revista médica de Chile*, vol. 147, núm. 5, 2019. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872019000500602>
- Vargas, María Magaly, “Sistema de salud: garantía institucional del derecho a la protección de la salud en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 35, 2022. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2022.35.17283>
- Vears, Danya y Gillam, Lynn, “Inductive content analysis: A guide for beginning qualitative researchers”, *Focus on Health Professional Education: A Multi-Professional Journal*, vol. 23, núm. 1, 2022. <https://doi.org/10.11157/fohpe.v23i1.544>

Villasana-López, Pedro y Álvarez-González, Eva, “Representaciones sociales acerca de la lucha, en Chile, por el derecho a la salud”, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 37, núm. 2, 2019. <https://doi.org/10.17533/udea.rfnsp.v37n3a06>

Cómo citar

IJJ-UNAM

Soto Carmona, Camilo y Leyton Navarro, Cristian, “Burócratas a nivel de calle y enfoque de derechos humanos: percepciones de profesionales en la gestión de garantías explícitas en salud en Chile”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 77-106. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19311>

APA

Soto Carmona, C. y Leyton Navarro, C. (2025). Burócratas a nivel de calle y enfoque de derechos humanos: percepciones de profesionales en la gestión de garantías explícitas en salud en Chile. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 77-106. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19311>

El modelo patriarcal del cuidado infantil del Estado de Guatemala y su impacto en los derechos laborales y la seguridad social de las cuidadoras

The patriarchal model of childcare in the State of Guatemala and its impact on the labor rights and social security of female caregivers

Le modèle patriarcal de garde d'enfants dans l'État guatémaltèque et son impact sur les droits du travail et la sécurité sociale des femmes qui s'occupent des enfants

Lesbia Guadalupe Amézquita Garnica

 <https://orcid.org/0009-0003-9076-7749>

Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala

Correo electrónico: lesbiamezquita@gmail.com

Recepción: 7 de agosto de 2024
Aceptación: 21 de octubre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19421>

RESUMEN: En este artículo se analiza la política de cuidado de hijos e hijas de cero a siete años de madres trabajadoras, implementada por el Estado de Guatemala desde el año 1991, y expone los elementos por los que constituye una política patriarcal capitalista a través de la cual se vulneran los derechos humanos vinculados al trabajo y la seguridad social de las cuidadoras. Se analiza también cómo el Estado, a través de su institucionalidad, principalmente del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial y de la jurisprudencia, ha respondido a la demanda de justicia de las cuidadoras perpetuando el modelo patriarcal vigente por treinta y tres años. Finalmente, el trabajo concluye esbozando algunas medidas de reparación que se consideran adecuadas para reparar el daño causado desde la perspectiva de los derechos fundamentales y humanos. Es de destacar que esta política

patriarcal no es propia del Estado de Guatemala; también se aplica en otros Estados, donde destaca el emblemático caso de Colombia. A la fecha, se trata de una problemática sin un abordaje estructural de parte de la comunidad científica de juristas y del movimiento feminista.

Palabras clave: mujeres; capitalismo; derecho del trabajo; seguridad social; dignidad humana.

ABSTRACT: This article analyzes the caregiving policy of sons and daughters from zero to seven years of age of working mothers, implemented by the State of Guatemala since 1991, exposing the elements by which it constitutes a capitalist patriarchal policy, through which human rights linked to work and social security of the caregivers are violated. It also analyzes how the State throughout its institutionality, mainly from the Executive Branch, the Judiciary and jurisprudence, has responded to the demand for justice of caregivers, perpetuating the patriarchal model in force for thirty-three years. Finally, the paper concludes by outlining some measures of reparation that are considered adequate to repair the damage caused from the perspective of fundamental and human rights. It should be noted that this patriarchal policy is not specific to the State of Guatemala, but is applied in other States, among which the case of Colombia is emblematic. To date, this is a problem that has not been addressed structurally by the scientific community of jurists and the feminist movement.

Keywords: women; capitalism; labor law; social security; human dignity.

RÉSUMÉ: Cet article analyse la politique de prise en charge des enfants de zéro à sept ans des mères qui travaillent, mise en œuvre par l'État du Guatemala depuis 1991, en exposant les éléments par lesquels elle constitue une politique capitaliste patriarcale qui viole les droits de l'homme liés au travail et à la sécurité sociale des personnes qui s'occupent des enfants. Il analyse également la manière dont l'État, par le biais de ses institutions, principalement l'exécutif, le judiciaire et la jurisprudence, a répondu à la demande de justice des femmes aidantes, perpétuant le modèle patriarcal en vigueur depuis trente-trois ans. Enfin, le document conclut en décrivant certaines mesures de réparation considérées comme adéquates pour réparer les dommages causés du point de vue des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Il convient de noter que cette politique patriarcale n'est pas spécifique à l'État guatémaltèque, mais qu'elle est appliquée dans d'autres États, le cas de la Colombie étant emblématique. Jusqu'à présent, il s'agit d'un problème qui n'a pas été abordé de manière structurelle par la communauté scientifique des juristes et le mouvement féministe.

Mots-clés: femmes; capitalisme; droit du travail; sécurité sociale; dignité humaine.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La estructura patriarcal del capitalismo*. III. *El sistema patriarcal del cuidado infantil del Estado de Guatemala y su impacto en las cuidadoras*. IV. *La respuesta institucional del Estado a las demandas de las cuidadoras*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Este artículo describe el modelo institucional patriarcal del cuidado infantil en Guatemala, sus efectos en los derechos laborales y de seguridad social de las cuidadoras, e identifica las medidas de reparación integral que deben adoptarse por el Estado para resarcir el daño producido y garantizar su no repetición. De manera paralela, y transversalmente, se analiza cómo el modelo patriarcal forma parte del modo de acumulación capitalista que desde sus orígenes se ha basado en la utilización del trabajo de las mujeres, sin valorizarlo ni remunerarlo, para reproducir la mano de obra a ser consumida dentro del que se ha denominado “mercado de trabajo”. Así, se muestra cómo el caso de las cuidadoras de Guatemala es paradigmático, por cuanto evidencia que aún los pocos avances formales logrados por el movimiento feminista y el movimiento obrero en la reivindicación de la dignidad humana de las mujeres trabajadoras son insuficientes.

El trabajo está estructurado en cuatro apartados. En el primero, denominado “la estructura patriarcal del capitalismo”, se plantean elementos conceptuales básicos y algunas reflexiones sobre cómo el capitalismo se sustenta y alimenta del patriarcado, en relación con los cuidados desde sus orígenes, y cómo esto afecta a las mujeres en particular. En el segundo apartado se analiza la institucionalización por parte del Estado de Guatemala, desde el año 1991, de un sistema patriarcal del cuidado infantil y su impacto en los derechos laborales y de acceso a la seguridad social de las cuidadoras. En el tercer apartado se describen las acciones, tanto a nivel nacional como internacional, que las cuidadoras han emprendido para que se les reconozcan sus derechos al trabajo y a la seguridad social, así como la respuesta que han recibido de la institucionalidad del Estado, principalmente la respuesta del Poder Ejecutivo, Judicial y de la Corte de Constitucionalidad. Allí se identifican y analizan las estructuras estereotipadas de género con las que el Estado ha resuelto las demandas de las cuidadoras, y ha reproducido con violencia extrema los estereotipos de género con apoyo de su poder absoluto y de los medios de comunicación masiva. Finalmente, en el

último apartado se plantean, a manera de conclusión, las principales medidas de reparación que urge ejecutar para reparar el daño causado a las cuidadoras, sus familias y al modelo de convivencia social.

El caso es emblemático por cuanto es uno de los tantos sistemas de institucionalización patriarcal del cuidado infantil que se implementan los Estados modernos; no obstante, otro ejemplo similar es el caso del Estado de Colombia.¹

II. La estructura patriarcal del capitalismo

El sistema capitalista se basa desde sus orígenes en una cadena de explotación diferenciada y en una asignación relativa de la dignidad humana desplegada en categorías amplias (hombre, blanco, negro, mujer, indígena, niño, africano, iberoamericano, europeo, etcétera) para optimizar la acumulación de riqueza y la expansión del sistema. Esta cadena de explotación impactó desde sus inicios, de forma diferenciada, a las mujeres, a las que se obligó, junto a sus hijos e hijas, a incorporarse al denominado “mercado de trabajo” para completar con sus ingresos el ingreso salarial del hombre en aras de la infrasubsistencia de la familia.

Las mujeres fueron incorporadas, en ese sentido, para abaratar los costos de producción y reproducción de la riqueza, como instrumento contra las demandas del alza de salarios y mejores condiciones de vida de los trabajadores hombres. Y al mismo tiempo, fueron y siguen siendo expulsadas del ámbito laboral cuando es necesario reajustar esos costos o cuando los derechos van siendo eliminados, disminuidos, tergiversados o restringidos, momento en el cual se les vuelve a recluir exclusivamente al denominado “trabajo reproductivo” del que se vale el capital sin remunerarlo ni valorizarlo, o bien, se les expulsa a los trabajos precarios o sin derechos.

Junto a su fuerza de trabajo, el cuerpo de las mujeres también fue sometido al proceso de explotación: como presupuesto en el centro de trabajo para mantener el empleo y los ingresos de infrasubsistencia familiar; como máquina productora de la vida del reservorio de fuerza de trabajo del capital; como en-

¹ Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU273/19, de fecha 19 de junio de 2019, dictada dentro de los Expedientes, T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, AC, Colombia, 2019. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU273-19.htm>

cargada del cuidado de la fuerza de obra masculina activa, de los hijos e hijas que asistían desde muy temprana edad a los centros de producción y que en un futuro sustituirían plenamente la fuerza de trabajo; como cuidadora de aquellos que, por su edad o enfermedad, eran desechados por el capital, y finalmente se les obligó a vivir asociadas como única forma de subsistencia.

Es decir, la mujer fue instrumentalizada por el capital desde sus orígenes como mano de obra barata, como objeto sexual, como productora y cuidadora gratuita del reservorio del capital y como objeto de asociación y fuerza de choque para abaratar los costos de producción y de subsistencia familiar. Todas estas opresiones son formas propias del capital sobre la mujer, tanto en su cuerpo como en su espíritu. Engels advertía en 1845 que

El fabricante es, también en este sentido, patrón del cuerpo y de los atractivos de su obrera. El despido es una condena bastante grave para que no consiga, en 9 casos sobre 10, cuando no en el 99 por cien, destruir toda resistencia de las muchachas que no tienen una razón seria para permanecer castas. El fabricante es bastante grosero —el informe de las comisiones da muchos ejemplos—, y así su fábrica es también su harén.²

En la misma obra, Engels describe cómo las mujeres sometidas al trabajo a domicilio sufrían jornadas de trabajo de hasta veinte horas todos los días de la semana. Durante este tiempo las mujeres, además, debían hacerse cargo del cuidado del marido, los hijos, y utilizar opio en niños como una herramienta para llegar a las metas de producción.

Por ello, no se sostiene la falacia de que el proceso de incorporación de las mujeres al sistema de producción capitalista fue un proceso de emancipación, salvo que se restrinja la condición de mujer al grupo minoritario de mujeres burguesas privilegiadas, que demandaban acceso al trabajo como derecho y la eliminación de las restricciones legales al trabajo femenino, y se prive de esta condición a las millones de mujeres de la clase trabajadora que eran explotadas y oprimidas “en todos los sectores productivos a donde fueron forzadas a trabajar por el hambre de carne humana del capital”.³

² Engels, Friedrich, *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, España, Akal, 2020, pp. 147-175.

³ Amézquita Garnica, Lesbia Guadalupe, *El derecho humano de estabilidad laboral*, Guatemala, E. Sandoval, 2023, p. 89.

Clara Zetkin en 1889, lo dirá con una lucidez única:

A fuerza de su monopolio de los medios de producción se apoderó el capitalista de los nuevos factores económicos y le dejó entrar de su ventaja exclusiva en la actividad. Las mujeres liberadas, frente aquellas que dependían económicamente de los hombres, fueron sometidas al dominio económico de los capitalistas; de ser unas esclavas de los hombres pasaron a ser éstas de los patrones: ellas sólo habían cambiado de dueño. Después de todo ganaron por ese cambio; ella no es por más tiempo frente al hombre económicamente inferior y subordinada a éste, sino su igual.⁴

La subordinación, explotación y opresión física, material y espiritual de las mujeres, ejecutada en los centros de trabajo, en el hogar y en la comunidad por el capital, fue institucionalizada paralelamente por el derecho burgués⁵ y el Estado liberal, a través de los cuales se negó a las mujeres el derecho de propiedad, base para adquirir la ciudadanía en la nueva sociedad, la participación social, independencia y autonomía personal. Mary Wollstonecraft señalaba al respecto:

Del respeto prestado a la propiedad mana, como de una fuente envenenada, la mayoría de los vicios y males que hacen de este mundo un escenario tan lúgubre [...] una clase oprime a la otra, pues todas intentan obtener respeto por razón de su propiedad y la propiedad una vez alcanzada, procurará el respeto que solo se debe a los talentos y las virtudes.⁶

A la privación del derecho de propiedad, e incluso del derecho de libre disposición de los bienes, siguió la imposición mediante el derecho civil de una división sexual y jerárquica de la sociedad. De esta manera, la mujer era sustraída del ámbito público y recluida en el ámbito privado, donde se le sometía al dominio

⁴ Zetkin, Clara, *Discurso pronunciado ante el Congreso Obrero Internacional de París, ¡Für die Befreiung der Frau! 19 de julio de 1889*, trad. de Juan Miguel Salinas Granados, Francia, EHK, 1889, p. 4.

⁵ Véanse la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia del 6 de mayo de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional de la Revolución Francesa del 26 de agosto de 1789; las constituciones hispanoamericanas a partir del inicio de las revoluciones de 1810; y el instrumental jurídico construido con el proceso de codificación que tuvo como texto modelo al Código Civil de Napoleón de 1804, etcétera.

⁶ Wollstonecraft, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, trad. de Marta Lois González, España, Akal, 2014, p. 231.

del marido o del padre. Para ello se institucionalizó y generalizó, con el Código Civil de Napoleón de 1804, la tutela del marido o el padre sobre la mujer, a la que se impedía cualquier capacidad de decisión y de obrar, prohibición para representarse en juicio o demandar, incluso su imposibilidad para ser testigo. Por otro lado, la propiedad privada del cuerpo de la mujer fue impuesta mediante el control de la natalidad por el Código Penal, con la penalización del aborto y el adulterio, con lo cual se resguardaba a la vez la propiedad privada del jefe de hogar. Las mujeres fueron también sustraídas del derecho a la educación y de los derechos de ciudadanía, como el derecho de elegir, ser electa y de participar de la cosa pública.

Condorcet denunciaba esta institucionalización llevada a cabo por el poder económico con mediación del poder político: “¿acaso no todos han violado el principio de la igualdad de derechos, al privar tranquilamente a la mitad del género humano de participar en la formación de las leyes, al excluir a las mujeres del derecho de ciudadanía?”⁷

El ámbito del trabajo también fue ocultado dentro de la esfera privada bajo el dominio del capitalista, ya que el trabajo de la mujer se consideró un trabajo en colaboración con los hombres para la subsistencia familiar. En ese marco, la mujer fue invisibilizada y sometida a la explotación, desigualdad, condición de inferioridad y segregación en el trabajo. En ese mismo proceso se sometió el cuerpo de la mujer al servicio de las necesidades de producción y reproducción de la fuerza de trabajo, como un rol asignado por el derecho y controlado por el Estado.

Es hasta el estallido de revoluciones sociales en Europa, de las movilizaciones del movimiento obrero, socialista, comunista, feminista, de la asunción al poder de los partidos social demócratas y de la Revolución rusa, que inicia un proceso que aspira a liberar a la mujer de la opresión, subordinación y explotación a la que le sometió institucionalmente la estructura patriarcal capitalista.

Este proceso suele analizarse desde los aportes del movimiento sufragista, del feminismo liberal, del socialismo, del feminismo radical, del feminismo cultural y los nuevos feminismos. Todos ellos son movimientos muy nutridos en cuanto al debate, la construcción teórica y la *praxis* social; protagonistas en

⁷ De Caritat, Marie-Jean-Antonie-Nicolas, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano y otros textos*, trad. de Francisco González Aramburo, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 356.

distinta medida de la consumación del reconocimiento formal de la calidad de persona a las mujeres, pero insuficientes por sí solos para subvertir el sistema patriarcal de explotación y opresión capitalista.⁸

Dentro de estos movimientos algunas autoras delimitan tres períodos de referencia.⁹ El primero trata los derechos de las mujeres desde la perspectiva de los valores de la Ilustración, desde la consideración del derecho como un sistema universal y neutral, que busca un igual acceso a los mismos derechos para hombres y mujeres —este período abarca desde las primeras reivindicaciones de los derechos de las mujeres hasta la primera mitad del siglo XX—. El segundo movimiento sostiene que lo femenino también es humano y que el derecho no es neutral; por tanto, busca incorporar esta visión en el derecho y que las mujeres puedan realizarse en cuanto tal, principalmente a través de su incorporación al trabajo asalariado —comprende desde la Segunda Guerra Mundial hasta finales del siglo XX—. La tercera etapa cuestiona la visión eurocéntrica del feminismo y aporta un análisis desde las periferias, la raza, la ecología, etcétera —va de finales del siglo XX y siglo XXI—.

Otras autoras sostienen una evolución del feminismo a partir de cuatro olas. La primera ola, del siglo XIX y principios del siglo XX, está representada por la lucha por el sufragio universal en Inglaterra, Estados Unidos y algunas zonas de Latinoamérica. La segunda ola, desde los años sesenta a los ochenta del siglo pasado, con el fin de extender los derechos civiles. La tercera ola, que comenzaría en los años noventa y se extiende hasta 2017, incorpora los conceptos de *género* y la censura al enfoque androcéntrico. Finalmente, la cuarta ola se identificaría con el movimiento *Me too* en redes sociales, lanzado por figuras de la industria del cine, que retoma la denuncia la precariedad de las mujeres, violencia machista, desigualdad salarial y violencia sexual en la esfera laboral, etcétera.¹⁰

⁸ Barranco Avilés, María Del Carmen, “Feminismo del siglo XX”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Fernández, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, Siglo XX: Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 731-772.

⁹ Barranco Avilés, María del Carmen. *El feminismo político*, Máster Online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea, Universidad Carlos III de Madrid, España, Tirant formación, 2023.

¹⁰ Gómez Sánchez, Yolanda, *Feminismo*, en Pendás, Benigno (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Derecho y Sociedad*, España, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; *Boletín Oficial del Estado*, 2020, pp. 250 y 253.

Dentro de estos avances destaca la *deconstrucción* del derecho desde los propios Estados nacionales, para dar cabida al reconocimiento de los derechos de las mujeres que eran patrimonio atribuido por el capital con exclusividad a los hombres propietarios, como son: el derecho a la educación; el derecho al control sobre los ingresos propios y el derecho de propiedad; la igualdad en el matrimonio; la abolición de la doble moral sexual, de las distintas formas de criminalización de la mujer en casos de adulterio o infidelidad; el reconocimiento del derecho al divorcio; reformas al derecho de familia que terminaron con la patria potestad exclusiva del padre sobre los hijos; la eliminación de las limitaciones a derechos de que eran objeto las madres solteras y sus hijos; la reivindicación de la soltería por elección; el derecho a la autodeterminación del cuerpo; el acceso a los anticonceptivos, el control de la natalidad y la maternidad consciente; la separación entre sexo y procreación como un proceso de libertad sexual;¹¹ el reconocimiento del derecho al sufragio, a elegir y ser electa; el reconocimiento de una vida libre de violencia y el deber del Estado de garantizarla; el derecho al trabajo, los derechos relativos a la igualdad de oportunidades para acceder al empleo, igualdad de salario por trabajo de igual valor; la aprobación de cláusulas contra la discriminación en el acceso de las mujeres a puestos de representación, dirección, espacios políticos;¹² otros derechos relacionados con la compatibilidad del matrimonio, la maternidad y el trabajo como los permisos de maternidad y lactancia, descanso pre y post natal; centros de cuidado infantil financiados y atendidos por el Estado; prestaciones económicas y ayudas familiares para las madres trabajadoras, entre otras.

En sus inicios, estos avances estuvieron limitados geográficamente a ciertos Estados, principalmente de Europa occidental, Estados Unidos de América e Iberoamérica; y también, en cuanto a lo sustancial respecto del sistema de la subordinación, explotación y opresión que sufren las mujeres, enfrentaron grandes obstáculos para su reconocimiento dentro del concierto de la comunidad

¹¹ Rodríguez Palop, María Eugenia, Rey Pérez, José Luis, y Velásquez Trimiño, Celina, “La lucha por los derechos de las mujeres en el siglo XIX, Escenarios, teorías, movimientos y acciones relevantes en el ámbito angloamericano”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Liesa, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo III; Siglo XIX: El contexto social, cultural y político de los derechos, los rasgos generales de la evolución*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 1153-1219.

¹² Barranco Avilés, María del Carmen, *El feminismo político...*, cit.

internacional, derivado principalmente de los Estados fundamentalistas y de los propios intereses de acumulación del capital.

El proceso de reconocimiento de derechos a las mujeres en el ámbito internacional, como lo plantea Rebeca L. Cook,¹³ puede ser analizado en tres etapas. En la primera de ellas, se trata de reconocer derechos en ámbitos específicos, lo que se materializó en diversos instrumentos, como son los convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, esto es, el “Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951” y el “Convenio sobre la discriminación en empleo y ocupación de 1958”, respectivamente; el Convenio 3, “sobre la protección de la maternidad de 1919”; el Convenio 4, “sobre el trabajo nocturno de mujeres de 1919”; el Convenio (revisado) 41, “sobre el trabajo nocturno (mujeres) de 1934”; y el Convenio 156, “sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981”. Y en el marco del sistema de Naciones Unidas, el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y de Explotación de Prostitución Ajena, de 1933, y la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, de 1962.

En la segunda etapa se aborda la discriminación basada en el sexo, la cual inicia con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966, y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 10 de diciembre del año 2008. En estos instrumentos se hace referencia a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En el mismo sentido se aprueban diversos instrumentos en el ámbito regional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950.

Finalmente, la tercera etapa incluye la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),

¹³ Cook, Rebeca, “Enforcing women’s rights through law”, *Gender and Development*, vol. 3, núm. 2, 1995, pp. 8-15.

el 18 de diciembre de 1979, mediante la cual los Estados asumen el compromiso de luchar contra todas las formas de discriminación contra la mujer; y a partir de ella, promover la creación de institucionalidad y normativa que se encamina tanto en el ámbito internacional como nacional hacia ese cometido.

Estos avances formales han impactado la vida de las mujeres de manera diferenciada, al atender al sector geográfico donde se vive, la raza, el estrato económico al que se pertenece y los intereses del capital. Sin embargo, han sido insuficientes para atajar la subordinación, opresión y explotación patriarcal que recae sobre las mujeres. Como formas de violencia propias del modo de producción capitalista, siguen funcionando a gran escala las condiciones fundamentales de explotación de las mujeres por los hombres; y del capital sobre las mujeres, en cuanto a la producción, reproducción y cuidado de la fuerza de trabajo y de las trabajadoras asalariadas.

No puede ignorarse, además, que estas conquistas dependieron fundamentalmente de las luchas del movimiento obrero, de los planteamientos de la problemática desde una visión de clase y de la conquista del poder político por el proletariado en aquellos países que avanzaron hacia la construcción del Estados comunistas, o bien, de la vía del reformismo de la socialdemocracia. En efecto, no se ha podido avanzar sustancialmente desde la caída de la Unión Soviética. Por ello se sostuvo, en párrafos precedentes, la insuficiencia de la estrategia de la mayor parte del movimiento feminista para atajar de modo eficaz el patriarcado capitalista, el cual no puede ser removido desde sus cimientos sin adoptar la visión de la lucha de clases.

Si bien el patriarcado —entendido como ley de los padres y el dominio de los maridos en el ámbito familiar, así como el predominio de los hombres en la esfera pública, el gobierno y las instituciones— había tenido lugar en distintas sociedades y en ciertos momentos históricos antes del modo de producción capitalista, el mérito del capitalismo, del Estado y del derecho burgués ha sido universalizarlo e institucionalizarlo como instrumento de acumulación de capital.

En la medida en que el capital avanza sin encontrar la resistencia del movimiento obrero, el patriarcado trata de retornar a las formas y estructuras fácticas iniciales. Una vez logrado este cometido, los pocos avances formales conseguidos en la ley serán letra muerta. Ese es el punto en el que estamos en estos momentos. Como lo sostiene María Mies:

También hoy en día los derechos democráticos fundamentales, las demandas de igualdad y libertad, son derechos que dependen de la bonanza del capitalista, en lo que se refiere a las mujeres, y que estos derechos pese a su retórica universalidad, son suspendidos cuando lo requieren las necesidades del capitalista.¹⁴

El retorno forzado de las mujeres a sus casas por su expulsión del trabajo, la eliminación de los centros de cuidado infantil, de las prestaciones por maternidad y lactancia, la implementación de trabajo a tiempo parcial, el reclutamiento de las mujeres en los trabajos precarios, las simulaciones de la temporalidad y vínculos que extraen a las mujeres de los derechos garantizados al trabajo y de la protección social, el llamado al “apoyo comunitario” para el cuidado infantil, son los primeros síntomas de ese retroceso. Ese es el efecto del poco avance alcanzado sobre las protecciones formales, y el resultado de la falta de un diálogo fructífero entre el movimiento feminista, el movimiento obrero y la acción colectiva frente y contra el capital. Esto es algo que, hace más de un siglo atrás, advirtió Clara Zetkin: “En todos los países en los que el proletariado no ha conquistado el poder mediante su lucha revolucionaria, resuena hoy con más fuerza el *slogan*: ¡fuera las mujeres de los puestos de trabajo, que vuelvan al sitio que les corresponde, que es la casa!”.¹⁵

Los hilos patriarcales invisibles, que están actualmente moviendo el capitalismo, se centran de nuevo en la expropiación completa del cuerpo y la fuerza de trabajo de las mujeres. La poca atención que esta problemática tiene en los debates y acciones del movimiento feminista, la academia y del movimiento obrero contribuye a perpetuar el sistema de opresión.

Este artículo visibiliza una de las formas más “brutas” de explotación, opresión y subordinación patriarcal en la esfera del trabajo, que parte de producir, seleccionar y someter a mujeres vulnerables al trabajo de los cuidados, de sustraerlas de las protecciones de los derechos vinculados al trabajo y la seguridad social y, con ello, de las condiciones para ser consideradas y tratadas como personas y gozar de la ciudadanía. Todo ello con la participación activa del Estado, el capital y el silencio de la comunidad internacional. Se trata de un caso que, sin duda, pone en jaque al sistema de protección formal de los derechos de las

¹⁴ Mies, María, *Patriarcado y acumulación a escala global*, trad. de Paula Martín Ponz y Carlos Fernández Guervós, Madrid, Traficantes de sueños, 2019, p. 60.

¹⁵ Zetkin, Clara, *La cuestión femenina y la lucha contra el reformismo*, trad. de Ángels Martínez Castells, Barcelona, Anagrama, 1976, p. 140.

mujeres desde lo local a lo internacional, y que evidencia que se está ante un retroceso en la lucha feminista y obrera por la dignidad de las mujeres; un caso, además, que no es aislado pero que sí es poco estudiado.

III. El sistema patriarcal del cuidado infantil del Estado de Guatemala y su impacto en las cuidadoras

1. Institucionalización y funcionamiento

A partir de 1991, el Estado de Guatemala institucionalizó el cuidado de hijos e hijas de madres y padres trabajadores, de cero a siete años, por medio del Programa de Hogares Comunitarios, adscrito a la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente de la República (SOSEP), que, como su nombre lo indica, depende institucionalmente de la esposa del presidente de la República.¹⁶

A través de este programa, el Estado se encarga de lunes a viernes, de las siete a las diecisiete horas, del cuidado, alimentación, educación, combate a la desnutrición y transmisión de la cultura de los niños, de cero a siete años, hijos de madres trabajadoras a las cuales denomina “madres beneficiarias”. El horario de atención puede extenderse en función de la jornada de trabajo de las “madres beneficiarias”.

La cobertura del programa de por sí es insuficiente, ya que no llega a atenderse ni al uno por ciento del total de niños en el rango de edad de cobertura; además de que el programa se ha venido debilitando en los últimos años. Estas circunstancias, en una sociedad en la que el rol del cuidado se asigna a las mujeres, generan una desventaja social, que se refleja en la privación del derecho de las mujeres en su condición de madres de acceder a un empleo remunerado, a la formación profesional, la recreación, las protecciones sociales derivadas del trabajo, organizarse, participar activamente en la sociedad y desarrollar sus propios proyectos de vida.

¹⁶ Si bien existen programas en la Secretaría de Bienestar Social, no se trata de un sistema de cuidado de hijos de madres trabajadoras para que estos puedan incorporarse al llamado por el capital “trabajo productivo”.

Para el 1o. de agosto de 2018,¹⁷ el Estado tenía un total de 1431 cuidadoras que atendían a 14,691 niños en todo el país. Para el 19 de noviembre de 2019, el Estado estaba atendiendo a 16,890 niños y niñas; mientras que para 2020 se garantizó la atención a 19,568.¹⁸ Sin embargo, para 2024 sólo se atendió a 11,168 infantes y el número de cuidadoras es de 1152.

La puesta en vigencia del programa se operativizó mediante la aprobación por parte del Estado de normativa y una amplia infraestructura,¹⁹ dentro de la cual se encuentra una dirección de hogares comunitarios, un departamento regional y uno departamental de supervisión; un departamento financiero de ejecución, un departamento de educación, un departamento de nutrición; la instalación de guarderías, donde las cuidadoras atienden a los niños y niñas —llamados Centros de Atención y Desarrollo Integral (CADIS)— y hogares comunitarios, dependiendo del número de niños atendidos. El estado adquirió mobiliario y equipo; contrató a los trabajadores que ocuparían los cargos burocráticos y de supervisión del trabajo de las cuidadoras. Asimismo, reclutó a las cuidadoras de los niños que en sí realizarían todo el trabajo de los cuidados, socialización de la cultura, alimentación, educación, mediciones de talla y peso, así como el resguardo de los niños mientras sus madres se encontraran trabajando. A este personal de mujeres las denominó “madres cuidadoras”.

Aunque la normativa que puso en vigencia el programa establece que todos los trabajadores deben ser parte del servicio civil y, en consecuencia, gozar de todos los derechos laborales y de seguridad social como trabajadores del Estado²⁰ —como de hecho es el caso de los trabajadores administrativos y de los que supervisan el trabajo de las madres cuidadoras—, para el caso de las madres cuidadoras las esposas de los presidentes de la República de los gobiernos de turno crearon un perfil distinto de reclutamiento y de incorporación al trabajo.

¹⁷ SOSEP, Oficio núm. 116.18.DGHC.JG, Guatemala, 2018.

¹⁸ SOSEP, Oficio núm. 192-2019 Ref. DP-LAMQ/ey. Guatemala, 2019.

¹⁹ Vicepresidente de la República en funciones de presidente, Acuerdo Gubernativo número 109-2019, Guatemala, 2019; presidente de la República, Acuerdo Gubernativo número 171-95, Guatemala, 1995, y presidente de la República, Acuerdo Gubernativo número 824-97, Guatemala, 1997.

²⁰ Artículo 9o., Acuerdo Gubernativo número 171-95, Guatemala, 1995, *cit.*, y artículo 9o., Acuerdo Gubernativo número 824-97, *cit.*

Las esposas establecieron la regla —tanto a nivel normativo, institucional como fáctico—²¹ de que para trabajar en el programa como cuidadoras las denominadas “madres cuidadoras” debían cumplir puntualmente con ser “mujeres y madres”, ser pobres o de escasos recursos económicos, con bajo nivel educativo, de preferencia indígenas, y necesitadas de contribuir con un ingreso a la subsistencia familiar. Es decir, cumplir el requisito de encontrarse en estado de vulnerabilidad, y comprometerse por escrito ante el Estado, mediante un contrato de adhesión elaborado por éste, a prestar sus servicios personalmente de lunes a viernes, de las siete horas a las diecisiete horas, en la guardería (CADI u hogar comunitario) habilitada por el Estado para el efecto, sin permiso para ausentarse por ningún motivo ni ser sustituidas en el trabajo por otra persona. De igual manera, las “madres cuidadoras” debían someterse a procesos de supervisión periódica del programa, presentar papelería y exámenes médicos anualmente, incluida la prueba de Papanicolau, así como a todas las capacitaciones ordenadas por el Estado y realizar las funciones diarias de cuidado de los niños, a saber: comprar, preparar y servir los alimentos del desayuno, almuerzo y dos refacciones que se dan a los niños de acuerdo con el menú establecido por SOSEP; encargarse de su cuidado durante diez horas diarias de lunes a viernes, de su higiene, del aprestamiento escolar, de la transmisión de valores culturales, de los idiomas maternos, de la medición de talla y peso, entre otros. Como contrapartida de su trabajo, recibirían una retribución mensual²² que ha variado con los años, pero que desde el año 2008 hasta el mes de julio de 2024 fue de Q1400.00 mensuales —esto es, € 165.48 euros o \$ 179.90 dólares mensuales— más dos retribuciones anuales por el mismo monto por concepto de bonos.²³

²¹ SOSEP, Acuerdo Interno 001-2000. Guatemala, 2000; SOSEP, Acuerdo Interno 024-2002, Guatemala, 2002; SOSEP, Acuerdo Interno 80-2002, Guatemala, 2002; SOSEP, Acuerdo Interno 059-2003, Guatemala, 2003; SOSEP, Acuerdo Interno 76-2008, Guatemala, 2008; SOSEP, Acuerdo interno 207-2008, Guatemala, 2008; SOSEP, Acuerdo Interno 208-2008, Guatemala, 2008; Acuerdo Gubernativo número 109-2019, *cit.*; Acuerdo Gubernativo número 171-95, *cit.*, y Acuerdo Gubernativo número 824-97, *cit.*

²² *Idem.*

²³ El salario mínimo en Guatemala para 2024, que debe aplicarse a las cuidadoras es de Q3634.59 mensuales (Q. 3384.59 de conformidad con el Acuerdo Gubernativo Número 307-2023 del presidente de la República y Q250.00 mensuales conforme al Acuerdo Gubernativo 66-2000 y Decreto 37-2001 del Congreso de la República), salario que es muy inferior al Costo de la Canasta Básica Ampliada que para el mes de diciembre de 2023 era de Q9,016.35 según el Instituto Nacional de Estadística (<https://www.ine.gob.gt>).

A todo el personal de la SOSEP que ha trabajado desde 1991 como parte del Programa de hogares comunitarios, y que trabaja actualmente en las funciones de dirección del programa (quienes dictan las políticas), departamentos de supervisión regional y departamental (que supervisan el trabajo de las madres cuidadoras en las guarderías, les amonestan, llaman la atención y sancionan), departamento financiero (que ejecuta los aspectos financieros del programa incluyendo el pago mensual a las cuidadoras y el traslado a estas de los fondos para la compra de los alimentos de los niños), departamento de educación (que capacita a las madres cuidadoras) y de nutrición (que elabora el menú que deben comprar, cocinar y servir las madres cuidadoras diariamente a los niños), se les vinculó por medio de contratos de trabajo que les garantizan sus derechos laborales y de seguridad social. En contraste, las madres cuidadoras son reclutadas, como se indicó, mediante contratos de adhesión elaborados por el Estado, bajo el epígrafe de “voluntariado”, sin tener derechos laborales ni acceso a la seguridad social.

La razón de esto es expresada por el mismo Estado de Guatemala en los distintos instrumentos jurídicos del programa, y consiste en que las cuidadoras realizan un trabajo “de apoyo a la comunidad” que permite a las mujeres beneficiarias insertarse en un trabajo productivo (sector agroexportador, agrícola, Estado, maquilas, ventas en mercados, etcétera) y mejorar su situación económica y la de su familia.²⁴

El Acuerdo Interno 2008-2008, del 7 de julio de 2008, suscrito por la Secretaría de SOSEP establece que

el programa apoya a la mujer trabajadora y le da oportunidad de poder realizar actividades que le generen recursos económicos para su hogar, bajo este enfoque le permite a un grupo de mujeres voluntarias de perfil educativo bajo (3o. de primaria como mínimo y comprobable) ser colaboradora en desarrollo y bienestar de su comunidad.²⁵

Desde 2021, el programa, dada su importancia junto a los otros programas de SOSEP, ha sido declarado como un servicio esencial por los tribunales de la República.²⁶

²⁴ *Idem.*

²⁵ Acuerdo Interno 208-2008, *cit.*

²⁶ Juzgado séptimo pluripersonal de trabajo y previsión social, Auto de fecha 8 de marzo

2. Negación de derechos laborales de las cuidadoras

Actualmente, a las madres cuidadoras se les siguen negando todos los derechos vinculados al trabajo y a la seguridad social. Desde 1991, por lo tanto, estas mujeres no han gozado de salario mínimos, vacaciones, período pre y posnatal, lactancia, protecciones contra enfermedad, accidentes, supervivencia, jubilación, maternidad, asistencia médica del seguro social o descansos. Muchas de ellas tienen más de dos décadas en esa situación y otras han fallecido por falta de atención médica.

3. Impacto en la seguridad social de las cuidadoras

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al abordar el derecho a la seguridad social como un derecho autónomo, justiciable y, en consecuencia, objeto del control de convencionalidad, ha considerado que

el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas.²⁷

Al señalar el contenido del derecho a la seguridad social hace acopio de este en el *corpus iuris* internacional y de esa cuenta recoge el contenido mínimo esencial de este derecho al que hace referencia la Observación General número 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸ que, al referirse a estos bajo la categoría de riesgos sociales imprevistos, incluye la atención en salud, la atención de la enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad y sobrevivencia.

de 2021 dictado dentro del Expediente 01173-2015-08436, Guatemala, 2021, y Sala tercera de la Corte de apelaciones de trabajo y previsión social, Auto de fecha 22 de abril de 2021, Guatemala, 2021.

²⁷ Corte IDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú*, Sentencia de 06 de marzo de 2019, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 173. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Recomendación núm. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 19), aprobada el 23 de noviembre de 2007, párrs. 11-27.

Ahora bien, aun cuando es cierto que los instrumentos internacionales no distinguen entre la naturaleza pública o privada, contributiva —o no— de los regímenes que protejan contra estos riesgos sociales, sí son contestes en determinar que es un deber del Estado asegurar estas coberturas y que este debe ser cumplido frente a la totalidad de las personas que habitan los territorios sujetos a su soberanía. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que

Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos.²⁹

Para el cumplimiento de este derecho, el mismo Comité agrega:

Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados parte deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos.³⁰

Ahora bien, en Guatemala existe un incumplimiento de este deber de garantía que da inicio con la propia Constitución Política de la República, que, en su artículo 100, reconoce el derecho a la seguridad social para todos los habitantes del territorio de la República. No obstante, el mismo artículo restringe este derecho a quienes estén cubiertos por el régimen de seguridad social, lo que impone sobre estos un deber de cotización como parte de un modelo de seguridad social eminentemente contributivo y a cargo del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS).

²⁹ *Ibidem*, párr. 23.8.

³⁰ *Ibidem*, párrs. 31. 10 y 11.

En el caso de los trabajadores del sector público, el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por el Decreto 63-88 del Congreso de la República cubre los riesgos de vejez, invalidez y sobrevivencia. Y aunque está controlado y dirigido por el propio Estado, es un régimen contributivo. En cambio, el régimen general a cargo del IGSS opera sobre la base de una cotización tripartita, en la que contribuyen trabajadores, patronos e institucionalmente el Estado a partir de tasas porcentuales y únicas para cada categoría de cotizante, calculada sobre el salario individual de cada trabajador o trabajadora.

El régimen de clases pasivas del Estado opera sobre una cotización bipartita de los trabajadores y el Estado; en el caso de los trabajadores, a diferencia del régimen del IGSS, si bien la cuota es igualmente porcentual, no es única sino progresiva, que incrementa el porcentaje de cotización conforme el rango de salarios en que se ubique. En el caso de la cotización del Estado, este régimen también difiere del que administra el IGSS, puesto que en éste la cuota patronal en todos los programas es mayor a la que se asigna a los trabajadores; mientras que en el régimen de clases pasivas la cuota del Estado (patrono) tiende a ser inferior a la que se asigna a los trabajadores a partir del tercero de los siete rangos salariales que contempla. De la misma manera, los regímenes difieren en que el del IGSS es obligatorio para todos los trabajadores, mientras que el de clases pasivas del Estado es opcional para los trabajadores de algunas instituciones.

Ahora bien, el régimen de seguridad social en Guatemala no cubre el desempleo ni protege contra una remuneración insuficiente; cubre los riesgos de accidentes,³¹ enfermedad, maternidad³² e invalidez, vejez y sobrevivencia,³³ para los cuales otorga prestaciones en dinero³⁴ y servicios.³⁵ Y si bien es cierto que en años recientes se han desarrollado programas especiales —como el Progra-

³¹ Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo número 1002 de fecha 21 de noviembre de 1994, Guatemala, 1994.

³² Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo número 410 de fecha 16 de abril de 1964, Guatemala, 1964

³³ Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 1124 de fecha 15 de marzo de 2003, Guatemala, 2003.

³⁴ Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 468 de fecha 4 de diciembre de 1967, Guatemala, 1967.

³⁵ Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 466 de fecha 16 de octubre de 1967, Guatemala, 1967.

ma Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular (PRECAPI)³⁶ y el programa de contribuyentes voluntarios—³⁷ se trata de programas de protección limitada que requieren que el trabajador acceda al trabajo formal o haya accedido a este.

En ese sentido, las protecciones de seguridad social en cuanto a acceso y calidad están sujetas a que exista una relación de trabajo reconocida, y que, por la existencia de esta, se cotice a los diferentes programas de protección. Así pues, al estar el acceso a la seguridad social vinculado al reconocimiento formal de la existencia de un vínculo laboral, y a la cotización en función de esta, la negación del vínculo laboral presupone, *de facto* y *de iure*, la negación del acceso a este derecho. Por lo tanto, a las cuidadoras no se les ha garantizado ninguna de las protecciones vinculadas a la seguridad social desde 1991.

IV. La respuesta institucional del Estado a las demandas de las cuidadoras

Como puede apreciarse, estamos frente a una política pública capitalista patriarcal implementada por el Poder Ejecutivo de un Estado miembro de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo, que ha suscrito, ratificado y depositado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos humanos de las mujeres. Incluso para la Convención Americana sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)³⁸ —que reproduce institucionalmente los roles de género, que desvaloriza el trabajo de los cuidados, que normaliza socialmente ese rol atribuido a las mujeres transmitiendo además el mensaje de que “el carácter social de las desigualdades en contraposición al carácter de diferencia biológica del concepto de sexo”—³⁹ es aceptable, normal y adecuado

³⁶ Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 1235 de fecha 7 de julio de 2009, Guatemala, 2009.

³⁷ Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 1235 de fecha 7 de julio de 2009, Guatemala, 2009.

³⁸ Presidencia de la República de Guatemala, Decreto-ley número 49-82, 29 de junio de 1982, aprueba para el Estado de Guatemala la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Guatemala, 1982.

³⁹ Bengochea Gil, María Ángeles, “La mujer en el siglo XX, El reto de la igualdad en el

el trabajo de los cuidados; se trata de una posición que sustenta desde hace más de treinta años, al alimentar y reproducir el capitalismo patriarcal. Lo anterior se refleja en el hecho de que es el mismo Estado el que genera el espacio de reproducción y cuidado de la fuerza de trabajo que, como mercancía, consumirá posteriormente el capital; e igualmente se facilita la explotación del trabajo femenino actual. Esto se hace bajo la idea de una familia nuclear ampliada, institucionalizada como “comunidad”, lo que oculta la explotación de las mujeres que han sido sometidas a ese trabajo reproductivo y de cuidados por su condición de vulnerabilidad, bajo un velo de trabajo doméstico voluntario, invisibilizado y soterrado como un ámbito de esfera privada que no es útil.

Asimismo, se trata de un caso en que confluyen múltiples manifestaciones de discriminación. Es claro que el Estado ha dado un trato jurídico y ha impuesto una política diferenciada y perjudicial para las cuidadoras, que atiende al sistema sexo/género, respecto al resto de trabajadores del programa que les supervisan, dirigen y lo administran; respecto a las madres de niños y niñas que cuidan, que se insertan en el denominado trabajo productivo, y de los demás trabajadores del Estado en general. Sobre la base de ese trato diferenciado, les han negado sus derechos laborales y de seguridad social (discriminación directa). Esta política produce un efecto perjudicial que se manifiesta en la negación de derechos y de la dignidad humana, y que se ejecuta contra un grupo protegido contra la discriminación sin una base objetiva o racional (discriminación indirecta). Además, esta política diferenciada obedece a otros factores aparte del sistema sexo/género, como el racial, el grupo étnico, la clase social y la condición biológica de ser madres (discriminación múltiple e interseccional). Finalmente, a través de ella el Estado define las identidades desde su posición de poder, y mantiene la dinámica social de opresión y subordinación de las mujeres y de un grupo de mujeres concreto por su condición de mujeres, indígenas, su situación de pobreza, de bajo acceso formativo (discriminación estructural).⁴⁰

ámbito normativo y jurisprudencial”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Liesa, C. (dirs.) *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV: Siglo XX, Cultura de paz y grupos vulnerables*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 680.

⁴⁰ Sobre los grupos sociales vulnerables véase, Añón Roig, María José, “Grupos sociales vulnerables y los derechos humanos”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Liesa, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV; Siglo XX: Cultura de paz y grupos vulnerables*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 609-671.

Las cuidadoras, con un ánimo de hacer valer sus derechos fundamentales, desde 2015 se organizaron en el Sindicato de Trabajadoras de Madres Cuidadoras de la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SITRAMC), organización afiliada a la Central Sindical, Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG), e iniciaron una serie de movilizaciones, protestas y campañas nacionales e internacionales de difusión y denuncia sobre su situación, así como procesos de diálogo con los poderes Ejecutivo y Legislativo, en los que plantearon que no estaban siendo escuchadas.

Con motivo de ello, el procurador de los derechos humanos, después de haber constatado *in situ* que las madres cuidadoras eran trabajadoras, que estaban sujetas a supervisión y control del Estado, que el único ingreso que poseían para su sobrevivencia era el pago recibido de SOSEP como contraprestación mensual por el servicio de cuidados brindado al Estado, entre otros aspectos, declaró la violación de su derecho humano y fundamental al trabajo y de los derechos derivados de este.⁴¹ El procurador señaló como responsable de la violación a las autoridades de la SOSEP y recomendó al Estado de Guatemala realizar las gestiones necesarias para que se reconociera la calidad de trabajadoras y los derechos inherentes a la relación laboral de cada una de las madres cuidadoras, así como fortalecer el programa de hogares de comunitarios y proveer lo necesario para su eficaz funcionamiento dada su relevancia de política pública.

En el mismo sentido se pronunciaron los *mandatos* del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas, del Relator Especial sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación, de la Relatora Especial sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos, del Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, y del Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Todas estas instancias comunicaron al Estado de Guatemala su preocupación por este caso.⁴²

⁴¹ Procurador de los Derechos Humanos, República de Guatemala. Resolución REF. EXP.ORD.GUA.11172-2018/DESC, Guatemala, 2018.

⁴² Mandatos del Grupo de Trabajo, Sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas; del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación; de la Relatora especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos; del Relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos; y del Relator especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, AL GTM 4/2020, Suiza, ONU, 2020.

Para viabilizar una solución, diputados del Congreso de la República iniciaron diversos procesos de diálogo desde 2020 —con la participación del SITRAMC, MSICG, SOSEP, la Oficina Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Finanzas Públicas— para que el órgano Ejecutivo cesara en su política patriarcal y reconociera a las madres cuidadoras su condición de trabajadoras. Dicho diálogo no contribuyó a la solución de la problemática, ya que el Poder Ejecutivo, al negarse a reconocer los derechos laborales de las cuidadoras, se valió de la institucionalidad del Estado y de los medios de comunicación masiva para exteriorizar los estereotipos de género, su discurso patriarcal y los prejuicios de los políticos de turno.

La discriminación, el sexismo, la misoginia y el machismo se amplificaron socialmente. El director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, Rafael Rodríguez Pellecer —posteriormente titular del Ministerio de Trabajo y Previsión Social—, brindó declaraciones a los medios de comunicación masiva en las que sostuvo que no podía reconocerse derechos a las cuidadoras porque su trabajo era “voluntario” en el cuidado de niños de su comunidad. Asimismo, agregó que las cuidadoras no llenaban los requisitos de idoneidad, honradez y capacidad para optar a un puesto público y que tampoco llenaban los requisitos para ser cuidadoras del Estado, e incluso que eran producto del clientelismo político. Así, para él la resolución del Procurador de los Derechos Humanos era tan sólo una recomendación. Finalmente concluyó aseverando que si estas mujeres querían derechos fueran al Poder Judicial a reclamarlos.⁴³

Cuando las madres cuidadoras acudieron al sistema de justicia para solicitar que se reconozca su condición de trabajadoras y se ordene al Estado de Guatemala ajustar a la realidad su relación de trabajo, para garantizarles los derechos laborales y de seguridad social derivados de esta, recibieron dos tipos de respuesta por parte de los tribunales. Hubo tribunales de la jurisdicción ordinaria que accedieron a lo solicitado, y otros que lo denegaron. En los casos en que se accedió, las resoluciones fueron revocadas en cuanto al ajuste a la realidad del

⁴³ Azteca noticias Gt., 23 de enero de 2020. <https://twitter.com/AztecaNoticiaGT/status/1220394581541474304>; Emisoras Unidas, 22 de enero de 2023. Madres cuidadoras piden a la Onsec contratos y prestaciones [Comunicado de Prensa]. <https://emisorasunidas.com/2020/01/22/madres-cuidadoras-piden-onsec-contratos-prestaciones>; Prensa Libre, 23 de enero de 2020. Niñeras se han manifestado durante tres días, pero la ONSEC no puede contratarlas [Comunicado de prensa]. <https://www.prensalibre.com/ciudades/guatemala-ciudades/nineras-se-han-manifestado-durante-tres-dias-pero-la-onsec-no-puede-contratarlas>

vínculo laboral en virtud del criterio de la Corte de Constitucionalidad según el cual los tribunales no pueden ordenar al Estado de Guatemala las acciones administrativas necesarias para ajustar a derecho su actuación, lo que limita su función a declarar la violación de los derechos de las cuidadoras sin que puedan tomar ninguna medida para que esta cese o se repare.

Ante esto, las trabajadoras optaron por demandar que se declarara la naturaleza laboral de la relación y que se procediera a pagarles los ajustes al salario mínimo que no les fueron pagados en su momento, así como todas las prestaciones reconocidas a los trabajadores; y que se condenara al Estado a hacer efectivo el pago de todas las cuotas a los sistemas de seguridad social, tanto del IGSS como del sistema de clases pasivas del Estado, a fin de que las trabajadoras pudieran tener acceso a la jubilación y a la cobertura de los demás riesgos protegidos por los distintos programas del IGSS. Estas demandas tampoco han tenido una respuesta uniforme de los tribunales. Algunos tribunales condenaron al Estado a hacer efectivo el pago de las prestaciones laborales a los sistemas de seguridad social y clases pasivas;⁴⁴ otros omitieron la seguridad social y las clases pasivas.⁴⁵ Y también hubo jueces que negaron totalmente la demanda recurriendo a estereotipos de género y su propia ética personal.⁴⁶

La denegación de tutela judicial efectiva a las cuidadoras se ha producido en abierta violación del texto constitucional, la legislación de trabajo, los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados al trabajo ratificados por el Estado. Y en abierta inobservancia a la obligación que tienen los jueces y magistrados del Poder Judicial y de la Corte de Constitucionalidad de juzgar

⁴⁴ Juzgado pluripersonal de trabajo y previsión social del departamento de Escuintla, Sentencia de fecha 29 de abril de 2023 dictada dentro del Expediente 05007-2022-00010, Guatemala, 2023, y Juzgado de primera instancia de familia, trabajo y previsión social del departamento de San Marcos, Sentencia de fecha 28 de julio de 2022, Guatemala, 2022.

⁴⁵ Juzgado pluripersonal de primera instancia de trabajo y previsión social y económico coactivo de Quetzaltenango, Sentencia de fecha 23 de marzo de 2023 dictada dentro del Expediente 09017-2021-00490, Guatemala, 2023.

⁴⁶ Ejemplo de ello es la sentencia de fecha 9 de agosto de 2022 dictada dentro del Expediente 21005-2021-001378 por el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del departamento de Jalapa por el Juez Francisco Rolando Duran Méndez, confirmada por la Sala Mixta de la Corte de Apelaciones de Jalapa en sentencia de fecha 2 de mayo de 2023 por los magistrados Urias Eliazar Bautista Orozco, Romeo Monterrosa Orellana, Neslie Guisela Cardenas Bautista; y la sentencia de fecha 2 de febrero de 2024 dictada por el Juzgado Tercero Pluripersonal de Trabajo y Previsión Social dentro del Expediente 01173-2023-07467 por la juez Rosa Mireya Ajuquiy Carrillo.

con perspectiva de género, sobre la base de las obligaciones que les imponen los artículos 4o., 44, 45, 101, 102, 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 (vigente); 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.2 y 3o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 4, 6, 8 de la Convención de Belém do Para; 2o. y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y de las recomendaciones generales número 23, 28 y 33 del Comité CEDAW.

Juzgar con perspectiva de género, como lo señala la profesora Gimeno Presa, “consiste en identificar la entrada de estereotipos de género nocivos en un proceso judicial, evitar su reproducción y normalización, y tomar las medidas adecuadas para eliminar sus efectos discriminatorios”.⁴⁷ En este caso, varios jueces y magistrados han aceptado la premisa sostenida por el Estado de Guatemala de que el trabajo que desarrollan las madres cuidadoras es *voluntario* porque coadyuvan con el Estado y su comunidad en el cuidado de los niños y, con ello, a tutelar el interés superior del niño cuya protección es un deber esencial del Estado, y que el ingreso económico mensual que les paga el Estado por este trabajo no es un salario sino un complemento al ingreso familiar, es decir, un complemento al ingreso del marido.

La Corte de Constitucionalidad, para reforzar los estereotipos de género aplicados a las cuidadoras, ha generado jurisprudencia *contra legem*, que ha escalado constantemente para, por un lado, desalentar su pretensión de acudir al sistema de justicia, y, por el otro, disminuir paulatinamente sus posibilidades de éxito. En este contexto, se ha invertido la carga de la prueba del contrato de trabajo, puesto que para desvanecer el voluntariado se exige a las cuidadoras prueben la existencia del contrato de trabajo y los elementos que este debe probar, a pesar de que el artículo 30 del Código de Trabajo establece que la carga de la prueba del contrato de trabajo, su contenido y regulaciones recae sobre el patrono y que, ante su ausencia, se presumen ciertos los extremos alegados por los trabajadores respecto a sus condiciones de trabajo y todos los aspectos que este debe probar. Asimismo, en la jurisprudencia se han ampliado los extremos que las cuidadoras deben probar para ser tenidas como trabajadoras respecto al resto de trabajadores de la República, con lo que se ha eliminado para estas la presun-

⁴⁷ Gimeno Presa, María Concepción, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, España, Aranzadi; S.A.U., 2020, p. 51.

ción del artículo 26 del Código de Trabajo sobre que todo contrato de trabajo se tiene por celebrado a plazo indefinido, salvo prueba y estipulación lícita en contrario, imponiéndoles también la carga de la prueba al respecto.⁴⁸

Por otra parte, las resoluciones judiciales dictadas a favor de las cuidadoras en los aspectos citados, aunque se encuentren firmes y ejecutoriadas, no han sido cumplidas por el Estado a través del Poder Ejecutivo —sin que el Poder Judicial haya tomado medidas al respecto—. Incluso, como una reacción a la demanda de justicia de las cuidadoras, la actual primera dama de la nación, Lucrecia Peinado, se ha negado a sostener cualquier tipo de diálogo directo con las madres cuidadoras, después de haber consumido sus fuerzas de trabajo durante treinta años, y de haberles negado no sólo los derechos vinculados al trabajo sino el mismo derecho a ser ciudadanas. Como lo sostiene Victoria Camps:

Si, en tiempos lejanos, lo que otorgaba derechos políticos a los ciudadanos era su condición de propietarios gracias al reconocimiento de la igualdad a través de los derechos sociales, ahora es el trabajo lo que otorga un derecho de ciudadanía no meramente formal. Ser ciudadano de pleno derecho implica tener una renta. Y la renta, salvo en el caso de cuatro privilegiados, se adquiere a través del trabajo.

El Estado sigue mirando hacia otro lado. Las vidas de las madres cuidadoras siguen siendo tratadas como descartables, después de ser consumidas por el capital y por el Estado al servicio de este.⁴⁹

V. Conclusiones

La institucionalización de un sistema patriarcal de cuidado infantil por parte del Estado de Guatemala, y su reproducción en otros Estados —como lo es

⁴⁸ Como ejemplo, véanse las sentencias siguientes: Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 12 de febrero de 2018 dictada dentro del Expediente 4820-2017. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>; Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2020 dictada dentro del Expediente 4201-2019. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>; Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 27 de marzo de 2023 dictada dentro del Expediente 6813-2021, y Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 22 de febrero de 2024 dictada dentro del Expediente 4578-2023.

⁴⁹ Camps, Victoria, *El siglo de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 2013, p. 44.

el caso de las madres comunitarias del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar de Colombia mantenido en la sombra—, representa un hito emblemático que parece dar la razón a la crítica del feminismo jurídico, que describe al derecho como un orden patriarcal que refuerza el paradigma patriarcal y las relaciones de poder.⁵⁰ De este modo, el patrón obedece a la esencia patriarcal del capitalismo y del derecho burgués. Por ello, la situación de las mujeres no puede transformarse si no se transforma el modo en que se produce y se regula el proceso productivo.

Los derechos derivados del trabajo y el derecho a la seguridad social constituyen derechos fundamentales y garantías de protección de la dignidad humana de la persona del trabajador y su familia, así como derechos protegidos por el marco de convencionalidad. Habida cuenta de esto, su violación presupone una obligación de reparación, que debe hacerse de forma acorde a la naturaleza de los derechos violados. Estos aspectos han sido ampliamente desarrollado por la autora de este trabajo en el libro *El derecho humano de estabilidad laboral* y en artículo inédito “El desafío de la reparación en el derecho laboral guatemalteco”. El caso de las madres cuidadoras del Estado de Guatemala amerita, como mínimo, la toma de las siguientes medidas por parte del Estado de Guatemala:

- 1) El reconocimiento formal de la naturaleza laboral del vínculo, por el cual se realicen todas las acciones administrativas y presupuestarias para garantizar que las trabajadoras gocen, de hecho y derecho, de todos los derechos y protecciones laborales y de seguridad social en lo sucesivo.
- 2) El ajuste y pago de todas las prestaciones laborales que no fueron pagadas a las trabajadoras a partir de la fecha de inicio de la relación de cada una.
- 3) La garantía de un trabajo estable, respeto de la jornada de trabajo y pago, en su caso, de las jornadas extraordinarias, así como de un trato digno por parte de quienes las supervisan.
- 4) A los efectos de compensar por la falta de cobertura de las protecciones de enfermedad, maternidad y accidentes, el pago a las trabajadoras del equivalente a las cuotas laborales, patronales y estatales que debieron ser cotizadas por el Estado de Guatemala en su oportunidad.

⁵⁰ Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada, textos de la teoría crítica del derecho*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 481-500.

- 5) El pago de todas las prestaciones a los beneficiarios de las trabajadoras fallecidas hasta ahora y el reconocimiento a quienes tengan derecho a esta de la pensión por sobrevivencia.
- 6) El pago de todas las cuotas laborales, patronales y estatales correspondientes a los programas de invalidez, vejez y sobrevivencia del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; y las que corresponden a cada trabajadora desde la fecha de inicio de su relación hasta la fecha en que la cuota laboral pueda serle descontada del salario por haberse regularizado su situación laboral.
- 7) El ofrecimiento de una disculpa pública a las trabajadoras, y a los familiares de las que han fallecido, por la situación discriminatoria y violatoria de sus derechos humanos a la que fueron sometidas por el mismo Estado.

En lo sucesivo harán falta estudios de estas formas invisibles de patriarcado mediante las que se somete a unas mujeres, a las que se ha puesto en situación de vulnerabilidad, para el cuidado de hijos de otras mujeres (futura fuerza de trabajo del capital) que trabajan para el capital en los distintos sectores productivos. Estos procesos producen materias primas y productos que, finalmente, serán consumidos por otras mujeres, seguramente del primer mundo.

VI. Bibliografía

- Amézquita Garnica, Lesbia Guadalupe, *El derecho humano de estabilidad laboral*, Guatemala, E. Sandoval, 2023.
- Amézquita Garnica, Lesbia Guadalupe, “El desafío de la reparación en el derecho laboral guatemalteco”, Guatemala (en prensa).
- Añón Roig, María José, “Grupos sociales vulnerables y los derechos humanos”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Liesa, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV; Siglo XX: Cultura de paz y grupos vulnerables*, Madrid, Dykinson, 2015.
- Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, 1981.

- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución A/RES/63/117, 2008.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, resolución 34/180, 1979.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI), 1966.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución 2200 A (XXI), 1966.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI), 1966.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, resolución 1763 A (XVII), 1962.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Convenio internacional para la represión de la trata de personas y de explotación de prostitución ajena, resolución 317 (IV), 1949.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 (III), 1948.
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, (Convención de Belém Do Pará), 1994.
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969.
- Asamblea Nacional Constituyente, República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala, 1985.
- Azteca noticias Gt., 23 de enero de 2020. <https://twitter.com/AztecaNoticiaGT/status/1220394581541474304>
- Barranco Avilés, María Del Carmen. *El feminismo político*, Máster Online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Tirant formación, 2023.

- Barranco Avilés, María Del Carmen, “Feminismo del siglo XX”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Fernández, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV; Siglo XX: Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*, Madrid, Dykinson, 2013.
- Bengoechea Gil, María Ángeles, “La mujer en el siglo XX, El reto de la igualdad en el ámbito normativo y jurisprudencial”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Liesa, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV; Siglo XX: Cultura de paz y grupos vulnerables*, Madrid, Dykinson, 2015.
- Camps, Victoria, *El siglo de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 2013.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Recomendación núm. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 19), aprobada el 23 de noviembre de 2007.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Número 23, Vida Política y Pública, 16o. Período de sesiones, 1997.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Número 28, relativa al Artículo 2o. de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 2015.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 59-2001, 22 de noviembre de 2001, aprueba para el Estado de Guatemala el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Guatemala, 2001.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 37-2001, Guatemala, 2001.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 11-96, 14 de marzo de 1996, aprueba para el Estado de Guatemala el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI) de 1966, Guatemala, 1996.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 127-96 27 de noviembre de 1996, aprueba para el Estado de Guatemala el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia

- de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” Guatemala, 1996.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 22-93, 17 de junio de 1993, aprueba para el Estado de Guatemala el Convenio 156 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981, Guatemala, 1993.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 9-92, 19 de febrero de 1992, aprueba para el Estado de Guatemala Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolución 2200 A (XXI) de 1966, Guatemala, 1992.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 69-87, 30 de septiembre de 1987, aprueba para el Estado de Guatemala el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Guatemala, 1987.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 6-78, 30 de marzo de 1978, aprueba para el Estado de Guatemala la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Guatemala, 1978.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1454, 8 de junio de 1961, aprueba para el Estado de Guatemala el Convenio 100 Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951, Guatemala, 1961.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1382, 31 de agosto de 1960, aprueba para el Estado de Guatemala el Convenio sobre la discriminación en empleo y ocupación de 1958, Guatemala, 1960.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 69-94, 15 de diciembre de 1994, aprueba para el Estado de Guatemala la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, (Convención de Belém Do Pará), Guatemala, 1994.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 63-88, Ley de clases pasivas civiles del Estado, 18 de octubre de 1988, Guatemala, 1988.
- Congreso de la República de Guatemala, Código de Trabajo, Decreto 330, 8 de febrero de 1947, Guatemala, 1947.
- Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 22 de febrero de 2024 dictada dentro del Expediente 4578-2023.
- Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 27 de marzo de 2023 dictada dentro del Expediente 6813-2021.

- Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2020 dictada dentro del Expediente 4201-2019, disponible en <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>
- Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Sentencia de fecha 12 de febrero de 2018 dictada dentro del Expediente 4820-2017. <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>
- Corte IDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú*, Sentencia de 06 de marzo de 2019, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf
- Cook, Rebeca, “Enforcing women’s rights through law”, *Gender and Development*, vol. 3, núm. 2, 1995, pp. 8-15.
- Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada, textos de la teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.
- De Caritat, Marie-Jean-Antonie-Nicolas, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano y otros textos*, trad. de Francisco González Aramburo, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- Emisoras Unidas, 22 de enero de 2023. Madres cuidadoras piden a la Onsec contratos y prestaciones [Comunicado de Prensa]. <https://emisorasunidas.com/2020/01/22/madres-cuidadoras-piden-onsec-contratos-prestaciones>
- Engels, Friedrich, *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, España, Akal, 2020.
- Gimeno Presa, María Concepción, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, España, Aranzadi; S.A.U., 2020.
- Gómez Sánchez, Yolanda, *Feminismo*, en Pendás, Benigno (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Derecho y Sociedad*, España, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; Boletín Oficial del Estado, 2020.
- Instituto Nacional De Estadística, República de Guatemala. <https://www.ine.gob.gt>
- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 1521 de fecha 4 de agosto de 2022, Guatemala, 2022.
- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 1235 de fecha 7 de julio de 2009, Guatemala, 2009.
- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 1124 de fecha 15 de marzo de 2003, Guatemala, 2003.

- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo número 1002 de fecha 21 de noviembre de 1994, Guatemala, 1994.
- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 466 de fecha 16 de octubre de 1967, Guatemala, 1967.
- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo 468 de fecha 4 de diciembre de 1967, Guatemala, 1967.
- Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Acuerdo número 410 de fecha 16 de abril de 1964, Guatemala, 1964.
- Juzgado de primera instancia de trabajo y previsión social y de familia del departamento de Jalapa, Sentencia de fecha 9 de agosto de 2022 dictada dentro del Expediente 21005-2021-001378, Guatemala, 2022.
- Juzgado de primera instancia de familia, trabajo y previsión social del departamento de San Marcos, Sentencia de fecha 28 de julio de 2022, Guatemala, 2022.
- Juzgado pluripersonal de trabajo y previsión social del departamento de Escuintla, Sentencia de fecha 29 de abril de 2023 dictada dentro del Expediente 05007-2022-00010, Guatemala, 2023.
- Juzgado pluripersonal de primera instancia de trabajo y previsión social y económico coactivo de Quetzaltenango, Sentencia de fecha 23 de marzo de 2023 dictada dentro del Expediente 09017-2021-00490, Guatemala, 2023.
- Juzgado séptimo pluripersonal de trabajo y previsión social, Auto de fecha 8 de marzo de 2021 dictado dentro del Expediente 01173-2015-08436, Guatemala, 2021.
- Juzgado tercero pluripersonal de trabajo y previsión social, Sentencia de fecha 2 de febrero de 2024 dictada por el dentro del Expediente 01173-2023-07467, Guatemala, 2024.
- Mandatos del Grupo de Trabajo, Sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas; del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación; de la Relatora especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos; del Relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos; y del Relator especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, AL GTM 4/2020, Suiza, ONU, 2020.

- Mies, María, *Patriarcado y acumulación a escala global*, trad. de Paula Martín Ponz y Carlos Fernández Guervós, Madrid, Traficantes de sueños, 2019.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 156 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 41 Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres). 1934. (Derogado, CIT 106ª Reunión 2017).
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 3 Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 4 Convenio sobre el trabajo nocturno de mujeres, 1919. (Derogado, CIT 106ª Reunión 2017).
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 111 Convenio sobre la discriminación en empleo y ocupación, 1958.
- Prensa Libre, 23 de enero de 2020. Niñeras se han manifestado durante tres días, pero la ONSEC no puede contratarlas, [Comunicado de prensa]. <https://www.prensalibre.com/ciudades/guatemala-ciudades/nineras-se-han-manifestado-durante-tres-dias-pero-la-onsec-no-puede-contratarlas>
- Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo número 824-97, Guatemala, 1997.
- Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo número 171-95, Guatemala, 1995.
- Presidencia de la República de Guatemala, Decreto-ley número 49-82, 29 de junio de 1982, aprueba para el Estado de Guatemala la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Guatemala, 1982.
- Procurador de los Derechos Humanos, República de Guatemala. Resolución REF.EXP.ORD.GUA.11172-2018/DESC, Guatemala, 2018.
- Rodríguez Palop, María Eugenia, Rey Pérez, José Luis, y Velásquez Trimiño, Celine, “La lucha por los derechos de las mujeres en el siglo XIX, Escenarios, teorías, movimientos y acciones relevantes en el ámbito angloamericano”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R., Ansuátegui, F. y Liesa, C. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo III, Siglo XIX: El contexto social,

- cultural y político de los derechos, los rasgos generales de la evolución, Madrid, Dykinson, 2007.
- Sala mixta de la Corte de apelaciones de Jalapa, Sentencia de fecha 2 de mayo de 2023 dictada dentro del Expediente 21005-2021-001378, Guatemala, 2023.
- Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU273/19, de fecha 19 de junio de 2019, dictada dentro de los Expedientes, T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, AC, Colombia, 2019. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU273-19.htm>
- Sala tercera de la Corte de apelaciones de trabajo y previsión social, Auto de fecha 22 de abril de 2021, Guatemala, 2021.
- SOSEP, Acuerdo Interno 76-2008, Guatemala, 2008.
- SOSEP, Acuerdo Interno 208-2008, Guatemala, 2008.
- SOSEP, Acuerdo interno 207-2008, Guatemala, 2008.
- SOSEP, Acuerdo Interno 059-2003, Guatemala, 2003.
- SOSEP, Acuerdo Interno 024-2002, Guatemala, 2002.
- SOSEP, Acuerdo Interno 80-2002, Guatemala, 2002.
- SOSEP, Acuerdo Interno 001-2000. Guatemala, 2000.
- SOSEP, Oficio núm. 116.18.DGHC.JG, Guatemala, 2018.
- SOSEP, Oficio núm. 192-2019 Ref. DP-LAMQ/ey. Guatemala, 2019
- Vicepresidente de la República en funciones de Presidente, Acuerdo Gubernativo número 109-2019, Guatemala, 2019.
- Wollstonecraft, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, trad. de Marta Lois González, España, Akal, 2014.
- Zetkin, Clara, *Discurso pronunciado ante el Congreso Obrero Internacional de París, ¡Für die Befreiung der Frau! 19 de julio de 1889*, trad. de Juan Miguel Salinas Granados, Francia, EHK, 1889.
- Zetkin, Clara, *La cuestión femenina y la lucha contra el reformismo*, trad. de Ángels Martínez Castells, Barcelona, Anagrama, 1976.

Cómo citar

IJ-UNAM

Amézquita Garnica, Lesbia Guadalupe, “El modelo patriarcal del cuidado infantil del Estado de Guatemala y su impacto en los derechos laborales y la seguridad social de las cuidadoras”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 107-141. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19421>

APA

Amézquita Garnica, L. G. (2025). El modelo patriarcal del cuidado infantil del Estado de Guatemala y su impacto en los derechos laborales y la seguridad social de las cuidadoras. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 107-141. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19421>

Derechos humanos laborales: una mirada desde Costa Rica

Labor human rights: A look from Costa Rica

Droit humains de travail: un regard depuis Costa Rica

Fernando Bolaños Céspedes

 <https://orcid.org/0009-0003-0189-6435>

Universidad Escuela Libre de Derecho. Costa Rica

Correo electrónico: ferbola1153@gmail.com

Recepción: 9 de agosto de 2024

Aceptación: 21 de enero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19441>

RESUMEN: El presente trabajo contiene, en primer lugar, una aproximación conceptual a los términos de “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. Con ello se busca, por un lado, determinar las diferencias en cuanto al origen y el contenido de cada definición; al mismo tiempo, por otra parte, se intenta encontrar un consenso entre ambas categorías para elaborar un significado que pueda ser útil para desarrollar el estudio de un listado de derechos con características comunes. En segundo lugar, una vez buscado ese significado útil en términos prácticos, se entra a definir la categoría de derechos humanos laborales, para, posteriormente, realizar un inventario de las principales características de este tipo de derechos, las fuentes desde las cuales se originan, las personas que resultan ser sus titulares y la relación de los derechos humanos laborales con otras ubicaciones conceptuales donde podemos encontrarlos —tales como la Declaración de Derechos Fundamentales de la OIT o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el llamado *jus cogens*—. Se trata, por lo tanto, de encontrar puntos de convergencia entre todas estas fuentes. Finalmente, se hace una particularización de algunos de los principales derechos humanos laborales recogidos por la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, de los principales tribunales judiciales de Costa Rica, fundamentalmente de la Sala Constitucional.

Palabras clave: derechos humanos laborales; derechos constitucionales; derechos individuales laborales; derechos colectivos laborales; derechos atípicos o indeterminados.

ABSTRACT: The present work contains, first, a conceptual approach to the terms “human rights” and “fundamental rights,” seeking to determine the differences in the origin and content of each definition, while at the same time trying to find a consensus between both categories that allows for the development of a meaning useful for studying a list of rights with common characteristics. Once this practically useful meaning is found, the category of labor human rights will be defined, followed by an inventory of the main characteristics of these rights, the sources from which they originate, the people who are their holders, and the relationship between labor human rights and other conceptual locations where we can find them, such as the ILO’s Declaration of Fundamental Rights or the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on the so-called *jus cogens*. The aim is to find points of convergence among all these sources. Finally, there is a particularization of some of the main labor human rights recognized by both constitutional and ordinary jurisprudence of the main judicial courts of Costa Rica, mainly the Constitutional Chamber.

Keywords: labor human rights; constitutional rights; individual labor rights; collective labor rights; atypical or indeterminate rights.

RÉSUMÉ: Le présent travail contient, en premier lieu, une approche conceptuelle des termes “droits de l’homme” et “droits fondamentaux”, cherchant d’une part à déterminer les différences concernant l’origine et le contenu de chaque définition, tout en tentant en même temps de trouver un consensus entre les deux catégories, permettant ainsi d’élaborer une signification qui pourrait être utile pour développer l’étude d’une liste de droits aux caractéristiques communes. Une fois cette signification pratique recherchée, on entre dans la définition de la catégorie des droits humains du travail, pour ensuite dresser un inventaire des principales caractéristiques de ce type de droits, des sources dont ils proviennent, des personnes qui en sont les titulaires, et de la relation des droits humains du travail avec d’autres emplacements conceptuels où on peut les trouver, tels que la Déclaration des droits fondamentaux de l’OIT, ou la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme concernant le Jus Cogens. Il s’agit donc de trouver des points de convergence entre toutes ces sources. Enfin, une spécification de certains des principaux droits humains du travail recueillis par la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire des principaux tribunaux judiciaires du Costa Rica est faite, principalement celle de la Chambre constitutionnelle.

Mots-clés: droits de l’homme du travail; droits constitutionnels; droits individuels du travail; droits collectifs du travail; droits atypiques ou indéterminés.

SUMARIO: I. *Terminología y alcances*. II. *Derechos laborales fundamentales particulares*. III. *Fuentes de los derechos humanos laborales*. IV. *Titulares de los derechos humanos laborales*. V. *Los derechos humanos laborales y la declaración de la OIT de derechos fundamentales*. VI. *Jus cogens y derechos humanos laborales*. VII. *La recepción de los derechos humanos laborales en la jurisprudencia de Costa Rica*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. Terminología y alcances

Uno de los problemas metodológicos al que nos enfrentamos cuando se trata de abordar materias relacionadas con los “derechos humanos laborales” es determinar, en realidad, a qué nos referimos con esa denominación. Estamos conscientes de que no existe una visión unitaria al respecto, y que diversos autores en nuestro continente manejan conceptos propios sobre ese particular. Algunos identifican sin más los términos de “derechos humanos laborales” con el de derechos fundamentales, y otros autores tratan de encontrar diferencias entre uno y otro sintagma, como se ha hecho en Europa.

En el derecho comparado, y ciertamente en la doctrina jurídica en general, tienden a confundirse los conceptos de “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. De hecho, ambos conceptos se utilizan en buena parte de la literatura jurídica en forma indistinta, como si fueran lo mismo. A ello contribuye que en algunos países los textos legislativos realicen ese uso indiscriminado de los términos, lo mismo que un paralelismo histórico en su origen.

Dado que en este trabajo resulta necesario decantarse por alguna posición clara al respecto, que a su vez nos permita asumir con rigor técnico los temas que nos proponemos tratar, nos parece prudente dejar claro, como punto de partida, que compartimos la posición de los autores que sostienen que mientras el concepto de “derechos humanos” resulta más cercano a la terminología filosófica —sobre todo de origen iusnaturalista—, los “derechos fundamentales” vienen a ser la concreción de los derechos humanos en normas supraordenadas, básicamente de rango constitucional o insertas en tratados internacionales. Pero, además, los derechos humanos tendrían un mayor nivel de abstracción frente a los llamados “derechos fundamentales”, aunque ambos ordenamientos comparten la universalidad de su aplicación, su irrenunciabilidad, su inderogabilidad y su particularización, en última instancia, en la persona de cada ser humano.

Una parte de la doctrina vincula los derechos humanos con principios y normas de derecho internacional, como es el caso de Sarlet —citado a su vez por los también brasileños Diego Ferraz y Rodrigo Goldschmidt—, para quien los derechos humanos son aquellos que guardan

relación con los documentos de derecho internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que se reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con determinado orden constitucional, y que, por tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y tiempos, de tal suerte que revelan un inequívoco carácter supranacional (internacional).¹

Sin embargo, este enfoque, que demuestra ese carácter abstracto y genérico de los derechos humanos, no permite establecer una diferenciación con el concepto de “derechos fundamentales”, puesto que estos últimos también se predicán a nivel internacional.

La distinción que se ha hecho antes entre derechos humanos y derechos fundamentales podría entenderse de mejor forma si consideramos la posición mantenida por el Tribunal Constitucional de Alemania. Este órgano sostiene que los “derechos humanos”, más allá de constituirse como derechos de defensa frente al Estado, lo que en su jurisprudencia denomina “derechos fundamentales”, expresan en realidad un sistema de valores objetivo. De esta manera, ese sistema de valores —para el Tribunal Alemán— puede generar derechos no sólo frente al Estado, sino también entre sujetos privados en el área de lo que denomina “civil law”.²

¹ Ferraz, Diego y Goldschmidt, Rodrigo, “Acoso moral como restricción ilegítima para un trabajo digno”, en Xavier Báez, Narciso Leandro, Branco Gerson, Luis Carlos y Porciúncula, Marcelo (coords.), *Problemática de los derechos humanos fundamentales en América Latina y Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 415. Siguiendo al mismo autor —Sarlet Ingo Wolfgang— citado por los mismos autores, los derechos fundamentales, por su parte, poseen “sentido más preciso y estricto, en la medida que constituyen el conjunto de derechos y libertades institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo de determinado Estado, tratándose por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación se debe a su carácter básico y fundamentalista del sistema jurídico del Estado de Derecho”.

² Corte Federal Constitucional, 15 de junio de 1958; Wass, Bernd, “Judge-made law in Germany”, en García Murcia, Joaquín, Rodríguez, Iván A. y Álvarez, Alonso Diego (coords.), *The impact of the Supreme Courts on the development of labor law in Europe*, Oviedo, KRK Ediciones, 2023.

A partir de la jurisprudencia anterior, el autor alemán Bernd Waas realiza una importante reflexión sobre lo que de manera más amplia él denomina “derechos básicos (“basic rights”), al señalar que este sistema de valores centrados en la libertad del ser humano funciona como axiomas constitucionales a través de todo el sistema legal, lo que da forma a la legislación, la administración y las decisiones judiciales.³ Es este otro ángulo de visión que se acercaría a lo que podría considerarse como derechos humanos *lato sensu*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el concepto de *derechos humanos* bien se puede enmarcar en lo que la doctrina citada denomina “derechos básicos objetivos” de todo ser humano, los cuales informan todo el sistema jurídico, tanto en su faceta de derecho público como de derecho privado. De tal manera que el concepto más restringido de *derechos fundamentales* pueda reconducirse a aquellos derechos humanos que han sido positivizados en el derecho interno o en el derecho internacional, en este último caso por medio de convenios, tratados y sentencias de cortes internacionales.

Así las cosas, lo que caracterizaría a los derechos humanos, frente al concepto de derechos fundamentales, sería su abstracción y generalidad; lo cual hace innecesario que estén incluidos en una legislación particular. A ese carácter abstracto se han referido distintos autores, como Hanna Arendt, quien en este sentido hace eco de los comentarios de Burke sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano producida durante la Revolución francesa.⁴

³ La cita completa que aquí se reseña y se traduce de manera libre bajo mi responsabilidad, del autor Wass Bernd, indica lo siguiente: “El sistema de valores, centrado en la libertad del ser humano para desenvolverse en sociedad, necesariamente debe aplicarse como un axioma constitucional a lo largo de todo el sistema legal: debe dirigir e informar la legislación, la administración, y la decisión judicial. Influencia de manera natural el derecho privado también: ninguna norma de derecho privado puede entrar en conflicto con él, y tales normas deben ser construidas en concordancia con su espíritu. El contenido legal de los derechos básicos como normas objetivas informa el derecho privado por medio de las reglas que directamente controlan esta área del derecho. Justamente de la manera en que en que las nuevas reglas deben conformarse con el sistema de valores de los derechos básicos, también las normas existentes y las anteriores reciben de él un contenido constitucional definitivo el cual determina a partir de allí su construcción. Desde el punto de vista del derecho sustantivo y procedimental una disputa entre ciudadanos privados sobre los derechos y obligaciones que emergen de reglas de conducta influenciadas por los derechos básicos, continúa siendo por tanto una disputa de derecho privado. Es derecho privado, el cual es interpretado y aplicado aun si sus intérpretes deben seguir el derecho público de la Constitución”. *Ibidem*, p. 56.

⁴ Para Arendt, los derechos humanos conceptualizados en el Siglo XIX son fruto de una

Llegado a este punto podríamos decir que la definición de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, citada constantemente por la doctrina, según la cual se trata de “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”,⁵ resulta igualmente aplicable a una definición teórica de derechos humanos o de derechos fundamentales. Según Valdés Dal-Ré, la definición anterior incluye tres rasgos definitorios de los derechos que se predicán, a saber, la forma universal de su imputación; su indisponibilidad, tanto activa —pues son inalienables por su titular— como pasiva, ya que no son expropiables por otros sujetos, empezando por el Estado; a la vez que tienen su estatuto en reglas generales y abstractas, de rango habitualmente constitucional, que disponen en forma inmediata las situaciones jurídicas expresadas en ellas.⁶

Conforme con los presupuestos anteriores, si bien derechos humanos y derechos fundamentales podrían diferenciarse a partir del mayor nivel de abstracción y generalidad de los primeros, es cierto que ambos tienen en común el constituirse como derechos de libertad frente al Estado, en primer lugar, y frente a las arbitrariedades sociales a partir de la configuración de la Constitución de las naciones-estado modernas y su evolución hacia un estado social de derecho. Se trata además de derechos subjetivos, los cuales se objetivan de tal modo que, si bien su titularidad es individual, pueden ser ejercidos colectivamente.⁷

nueva sociedad emancipada y secularizada, los cuales deberían ser invocados allí donde los individuos necesitaban protección contra la nueva soberanía del Estado y la nueva arbitrariedad de la sociedad. Agrega a lo anterior que “como los Derechos del Hombre eran proclamados «inalienables», irreducibles e irreductibles de otros derechos y leyes, no se invocaba autoridad alguna para su establecimiento; el Hombre en sí mismo era su fuente tanto como su objetivo último. Además, no se estimaba necesaria ninguna ley especial para protegerlos, porque se suponía que todas las leyes se basaban en ellos”. Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, México, Taurus, 2004, p. 369.

⁵ Valdés Dal-Ré, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en *Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 42.

⁶ *Idem*.

⁷ A estas características hace alusión el Tribunal Constitucional Español, cuando señala en su jurisprudencia lo siguiente: “En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de convivencia justa y pacífica,

Ahora bien, dado que resulta necesario asumir una posición definida en el campo conceptual, para los efectos del desarrollo de las siguientes páginas de este trabajo —si bien somos de la idea, en tesis de principio, de que resulta preferible utilizar, para efecto metodológico, el concepto de “derechos fundamentales”, considerando que son derechos que se han concretado mejor no sólo en la doctrina sino también en la jurisprudencia, aparte de que ha habido un mayor desarrollo de los mismos en la literatura jurídica que los examina, incluyendo la literatura jurídica especializada en materia laboral— para los efectos de este documento vamos a utilizar indistintamente ambos conceptos, asimilándolos en la teoría y en la práctica, salvo cuando expresamente nos estemos refiriendo a distintos niveles de abstracción. En este último caso, veríamos a los derechos humanos en general, incluidos los laborales, como valores que impregnan todo el sistema, mientras que los derechos fundamentales serían vistos como derechos positivizados.

De acuerdo con lo que se lleva señalado, si bien es posible deslindar, para efectos teóricos, los conceptos de derechos humanos y de derechos fundamentales, no vamos a insistir en esa diferenciación a la hora de tratar el caso particular de los derechos humanos laborales. Con ello asumimos que al seguir la doctrina jurídica citada —Ferrajoli y Valdes Dal-Ré— resulta más útil referirse a los derechos fundamentales laborales, partiendo de que son, a su vez, en la mayoría de los casos, derechos humanos. No sobra decir que la decisión de equiparar —para efectos del desarrollo de este trabajo— los derechos humanos con derechos fundamentales tiene también un origen filosófico, en tanto que consideramos que los derechos fundamentales son un momento posterior —en sentido hegeliano— a la aparición como categoría de los derechos humanos, de modo que estos últimos se encuentran en el devenir dialéctico de los primeros.⁸ Pero, además, esa concreción de los derechos humanos en derechos fundamentales permitiría superar el ataque de Edmund Burke a la figura tradicional de los de-

plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”. Sentencia 25/1981 del 14 de julio de 1981, del Tribunal Constitucional Español, Madrid.

⁸ Somos del criterio, además, que el desarrollo que han tenido los derechos fundamentales en el siglo XX, luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, y durante el siglo XXI, permiten superar la crítica de Burke y de otros autores a la utilidad práctica del concepto de derechos humanos derivado de la Revolución francesa, a los que acusaba de abstractos y por ello de poco prácticos.

rechos humanos, derivados de la Revolución francesa, a los que critica por su presunta escasa utilidad.⁹

Características de los derechos humanos laborales

No vemos reparos en poder asumir que así como existen derechos humanos o fundamentales, como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”, según la fórmula de Ferrajoli, bien se pueda hablar también de “derechos humanos laborales”, para referirse a aquellos que se aplican a la persona del trabajador, con ocasión de los servicios prestados, por cuenta ajena en favor de un empleador, extensibles, en algunos casos, a trabajadores que laboran por cuenta propia.

Conforme con lo que se lleva dicho, podríamos afirmar que lo que distingue a los derechos humanos laborales es que son derechos reconducibles a cualquier persona, por el hecho de ser tal —más allá del concepto de ciudadanía, por ejemplo—, pero que guardan una conexión con el trabajo, fundamentalmente con el trabajo subordinado y por cuenta ajena. Esta conexión de la que hablamos es muy importante, pues permite crear una subcategoría de derechos con características propias. Son derechos comunes a toda persona, pero que se van a aplicar en un ámbito de desenvolvimiento de la conducta humana determinado por las relaciones laborales.

Podríamos preguntarnos si el concepto que vamos a utilizar de “derechos humanos laborales” se empalma de igual a igual con el de “derechos inespecíficos” de los trabajadores, presente en un sector muy importante de la doctrina española.¹⁰ Aunque reconocemos en buena medida que los conceptos guardan

⁹ Citado por Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 378.

¹⁰ En palabras de los autores Palomeque López y Álvarez de la Rosa, refiriéndose a los derechos inespecíficos de los trabajadores: “se produce así una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica, por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados, a propósito, y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que son ejercidos en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores, y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer; en derechos constitucionales inespecíficos”. Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, 17a. ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, julio de 2009, p. 115.

similitudes importantes, consideramos que el concepto de derechos humanos laborales podría resultar más amplio, en cuanto involucra no sólo normas sino principios y valores —como sucede con el principio de *ius cogens*, al que luego nos referiremos—, así como porque esta última figura permite entonces abarcar bajo ciertas condiciones a trabajadores por cuenta propia, como es el caso de los trabajadores migrantes, indistintamente de su condición contractual, y porque no sólo involucra derechos estrictamente individuales, sino también otros de ejercicio colectivo, aunque de titularidad individual (derechos colectivos laborales fundamentales).

Una característica adicional de los derechos humanos laborales es que son, en principio, derechos individuales y no derechos colectivos, pues su titularidad se desprende de la condición de ser humano. No obstante, obsérvese cómo los derechos colectivos laborales clásicos resultan ser, en última instancia, de titularidad individual e igualmente ejercitables tanto frente al Estado como frente a particulares —como es el caso del derecho de huelga, así como de los derechos individuales que se desprenden de la libertad sindical—. En este sentido, existen derechos colectivos laborales, de titularidad individual, que pueden considerarse como derechos humanos laborales o derechos fundamentales.

Los derechos humanos laborales pueden diferenciarse de los derechos laborales comunes en dos sentidos. En primer lugar, porque lo que denominamos derechos fundamentales laborales se ubican de manera regular en textos constitucionales, en tratados y convenios internacionales, así como en la jurisprudencia de tribunales internacionales; los derechos laborales comunes, por su parte, normalmente están ubicados en el rango de la ley o de otras fuentes menores, como los convenios colectivos, las sentencias arbitrales, los reglamentos de trabajo, etcétera. En segundo lugar, porque los derechos laborales comunes siempre, y en todos los casos, reconducen a la existencia de una relación laboral, mientras que los derechos humanos laborales también podrían aplicarse, bajo circunstancias especiales, fuera de una concreta relación laboral, tal como podría ser el caso de grupos vulnerables —por ejemplo, trabajadores migrantes que no se encuentran insertos en una relación laboral determinada, servicio doméstico de las mujeres dentro de sus familias, etcétera—.

Otra característica de los derechos humanos laborales, derivada de su naturaleza ya mencionada, es que preferiblemente nos referimos a derechos de li-

bertad o de protección frente a terceros, empezando por el Estado. De modo que, como afirma Sanguinetti, no son por lo corriente derechos prestacionales.¹¹

II. Derechos laborales fundamentales particulares

A la pregunta de si es posible construir una lista de derechos humanos laborales, responderíamos afirmativamente. La doctrina suele ubicar, dentro de estos derechos, a la libertad ideológica, la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen y, por supuesto, el derecho a la igualdad y no discriminación.¹² Muchos de estos derechos están ligados además a un concepto de mayor abstracción, y por tanto de mayor espectro de aplicación, como es el de la dignidad humana.

La tipología anterior podría variar dependiendo de cada autor o doctrina, pero es indudable que existe una coincidencia en esos aspectos. Nosotros agregaríamos como derecho humano laboral, no siempre presente en la lista taxonómica de estos derechos, el derecho al trabajo, sobre todo, referido a un trabajo decente, concepto sobre el cual ahondaremos más adelante en este trabajo.

III. Fuentes de los derechos humanos laborales

Los derechos humanos laborales se encuentran recogidos principalmente en textos constitucionales, tratados y convenios internacionales; en la jurispruden-

¹¹ A este respecto, indica el citado autor, que aparte de su universalidad, nos referimos a derechos que pueden ser caracterizados por dos rasgos complementarios: “El primero está representado por su carácter de fundamentales, derivado del hecho de aparecer plasmados o recogidos en cartas y declaraciones de rango constitucional o en declaraciones y pactos internacionales sobre esta materia y actuar, como consecuencia de ello, como fundamento del orden político-jurídico al que sirven de referencia. El segundo de tales rasgos está representado por su naturaleza, en la mayor parte de los casos, de derechos de libertad o de derechos negativos de inmunidad, en el sentido de que se concretan en la expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias sobre su objeto, antes que en la expectativa de prestaciones”. Sanguinetti, Raymond Wilfredo, *Derecho del trabajo. Nuevos escenarios*, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 14 y 15.

¹² Véase Valdés Dal-Ré, Fernando, *op. cit.*, p. 45; Sanguinetti, Raymond Wilfredo, *op. cit.*, p. 15.

cia de tribunales internacionales, tribunales constitucionales o cortes superiores de justicia nacionales; en declaraciones sobre la materia emitidas por organismos internacionales, tales como las que ha realizado la Organización Internacional del Trabajo, precisamente en materia de derechos fundamentales de los trabajadores.

Conforme con lo anterior, no nos parece que exista una fuente exclusiva productora de derechos humanos laborales, y en la práctica vemos cómo esos derechos se empalman formando parte de distintas fuentes que los recogen. En este sentido, puede verse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cómo se “hibridan” algunos derechos. De modo que, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal se aplican para proteger el derecho a la salud; el derecho de propiedad se utiliza para defender los derechos adquiridos de los trabajadores dentro de una relación laboral, y en materia de derecho colectivo de trabajo se empalma la libertad de asociación con la libertad sindical.¹³

Si utilizáramos un concepto restringido de “derechos fundamentales” posiblemente las fuentes se verían un tanto limitadas, en la medida en que se debería tratar de un derecho positivizado en algún texto de derecho interno o de derecho internacional, cuando en este último caso se trate de una norma vinculante al interior de los Estados nacionales. No obstante, dada la metodología que hemos utilizado para equiparar en sentido amplio los conceptos de derechos fundamentales, derechos humanos y derechos básicos, las fuentes jurídicas son de mayor espectro.

Normalmente —y esa es una seña de identidad inconfundible— los derechos humanos laborales van a aparecer de forma reiterada en distintos textos a nivel internacional e interno. Tal es el caso del derecho de igualdad y no discriminación, el cual va a aparecer en convenios de la ONU, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en convenios regionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos; en convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como los Convenios 110 y 111; en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como

¹³ Sobre la técnica a que aludimos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede consultarse en trabajo de este autor, en Bolaños Céspedes, Fernando, “Convenios fundamentales de la Organizacional del Trabajo (OIT)”, en *Curso de derecho laboral*, t. V, México, Editorial Jurídica Continental, 2023, p. 15.

aparecen todas estas fuentes reunidas en la Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”; en las Constituciones políticas de los países de cultura Occidental, como se da con el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica; en la jurisprudencia normalmente vinculante de los tribunales constitucionales de cada país, hasta llegar a la legislación laboral ordinaria, en formas más concretas, por ejemplo, en materia de igualdad en el acceso al empleo o de igualdad salarial.

IV. Titulares de los derechos humanos laborales

Considerando que los derechos humanos laborales —tal como los hemos conceptualizado— se radican en la persona de cada trabajador, diríamos que el sujeto titular de estos derechos es cada trabajador individualmente considerado. Esto no quiere decir que en el listado de derechos humanos laborales ubique-mos solamente derechos de ejercicio individual; excepcionalmente también se podría incluir un derecho de ejercicio colectivo, como sucede con ciertos derechos de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, como es el caso de la huelga o de la libertad de asociación sindical. Ambos derechos, como se sabe, forman parte del Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se encuentran recogidos en su artículo octavo. Pero, además, a nivel interno, muchas legislaciones, incluida la de Costa Rica,¹⁴ consagran el derecho de huelga como un derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo. Además, incluimos el derecho de huelga entre los derechos humanos laborales porque se trata de un derecho de libertad. La huelga es, posiblemente, el derecho que mejor ejemplifica la libertad de trabajo, y el principio según el cual nadie está obligado a laborar si no está de acuerdo con ello.

¹⁴ El artículo 372 del Código de Trabajo de Costa Rica señala lo siguiente: “Los titulares del derecho de huelga son los trabajadores y las trabajadoras, quienes lo ejercerán por medio de sus organizaciones sindicales o de una coalición temporal, en las empresas, las instituciones, los establecimientos o los centros de trabajo donde no hubiera personas sindicalizadas o cuando su número fuera insuficiente para constituir una organización sindical”. Código de Trabajo de Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943.

Dicho lo anterior, es posible afirmar que los sujetos colectivos —sindicatos de trabajadores o de empleadores, coaliciones temporales o asociaciones de trabajadores en general— podrían ser titulares de derechos humanos laborales, en la medida que se entienda que en última instancia esos derechos pertenecen a cada trabajador representado. El tema de la titularidad de los derechos a que aquí se hace referencia plantea otro problema desde el punto de vista conceptual, que es si los derechos pertenecen únicamente a los asalariados o si resultan extensibles a otros trabajadores, como es el caso de los llamados trabajadores independientes.

Desde nuestro punto de vista, extender la categoría que estamos construyendo a los trabajadores independientes o por cuenta propia, de manera general y automática, la convertiría en una categoría tan amplia que resultaría prácticamente imposible distinguir la formulación y aplicación de estos derechos respecto a los derechos y garantías que con carácter general contemplan los tratados y convenios internacionales, así como Constituciones políticas, para todos los habitantes en general. Una categoría de derechos como la que aquí tratamos de perfilar sólo puede determinarse a partir de límites precisos. Esos límites los marcan el trabajo subordinado y por cuenta ajena, por una parte, y la condición de persona como titular de tales derechos, como su complemento necesario, por la otra. Excepcionalmente, tratándose de algunas categorías cubiertas por un convenio internacional, sentencia de tribunales internacionales o legislación interna, podría atribuirse una titularidad de derechos laborales fundamentales a trabajadores que están fuera de una relación laboral, como sucede con los solicitantes de empleo o los trabajadores migrantes, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada líneas atrás.

V. Los derechos humanos laborales y la declaración de la OIT de derechos fundamentales

No encontramos razones que impidan establecer una relación entre los derechos humanos laborales y aquellos derechos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha considerado fundamentales, según la Declaración de 1998 y los acuerdos de 2022. Pudiera parecer que no siempre coinciden ambas categorías de derechos, pero, si se mira bien, todos son reconducibles a derechos de libertad y de protección personal frente a la discriminación o frente a determi-

nados riesgos sociales que amenazan la vida o la salud. Se fundamentan en principios generales de libertad y de dignidad, del que se desprenden los derechos a la vida, intimidad, salud y no discriminación. Veamos.

Los derechos consagrados en los Convenios 29 (1930) y 105 (1957) son una expresión del derecho que tiene todo ser humano a vivir en libertad, y en última instancia a la llamada libertad de trabajo, presente en la mayoría de las constituciones políticas modernas. Se trata de un derecho recogido en el artículo 8o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de la ONU, así como en el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Los derechos establecidos en los Convenios 100 (1951) y 111 (1958) reconducen al derecho de igualdad y no discriminación, igualmente constitucionalizados e incorporados a los principales tratados y convenios internacionales, como es el caso del artículo 26 del PIDCP y artículo 7o. del PIDESC, aparte de su incorporación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los derechos establecidos en los Convenios 87 (1948) y 98 (1949) resultan ser desarrollo de la libertad sindical, que a su vez es una manifestación de la libertad de asociación. Ambas libertades, tanto la libertad sindical como la libertad de asociación, están presentes en los pactos internacionales de la ONU ya citados (artículo 22 del PIDCP y artículo 8o. del PIDESC), igualmente recogidos en el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 8o. del Protocolo de San Salvador.¹⁵ Por cierto que este artículo 8o., plenamente justiciable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluye al derecho de huelga como uno de los derechos económicos y sociales que conforman el Protocolo. Nótese que si bien los convenios 87 y 98 se refieren a otro derecho específico, como es el de negociación colectiva —que ha sido constitucionalizado en algunas legislaciones como la de Costa Rica, que la contempla en el artículo 62 de su carta política—, el bien jurídico que se tutela en última instancia es la libertad de asociación sindical. Allí la facultad de negociar colectivamente, así como la huelga, son manifestaciones de ese derecho fundamental.

Los Convenios 138 (1973) y 182 (1999) guardan una estrecha relación con derechos que forman parte de distintos pactos y convenios internacionales, así

¹⁵ Bolaños Céspedes, Fernando, “Convenios Fundamentales de la Organizacional del Trabajo (OIT)”, *cit.*, pp. 114 y 115.

como de convenios regionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos. En concreto, nos referimos a normas vinculadas con los derechos a la vida, salud y educación, enfocados en este caso hacia niños, niñas y adolescentes expuestos a relaciones de trabajo. De hecho, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 13, menciona a la educación como un derecho de toda persona; lo mismo sucede con la libertad sindical, el artículo 19 convencional lo declara un derecho justiciable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, los Convenios 155 (1981) y 187 (2006), sobre salud y seguridad en el trabajo, refieren ni más ni menos que a los derechos a la salud, integridad personal y, en última instancia, a la vida, que es el primer derecho que consagrado en muchos de los pactos y convenios internacionales (artículo 6 del PIDCP y artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos). Por lo demás, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es frecuente que distintos casos referidos a la salud de las personas se juzguen con aplicación del derecho a la vida, y con lo que el Pacto de San José denomina en su artículo 5o. “derecho a la integridad personal”, que en última instancia es también el derecho a la salud en todos sus órdenes.

Conforme con lo anterior, podemos decir que los derechos fundamentales declarados por la OIT son efectivamente derechos humanos laborales, porque además de contar con uno de los rasgos que los caracterizan, como es su reiteración en diversas fuentes de derecho internacional e interno, en última instancia resultan ser la expresión o desarrollo de los derechos de la persona humana, sin los cuales el trabajo perdería toda libertad y dignidad.

Insistimos en que se trata de derechos consagrados en distintos instrumentos internacionales. La virtud de las declaraciones de la OIT es haber rescatado el valor que todos esos derechos juegan en el marco de las relaciones laborales, además de establecer un desarrollo mínimo en el contenido de tales derechos, lo cual permite a su vez a las cortes internacionales y nacionales aplicar las respectivas normativas de derecho internacional o de derecho interno sobre la base del desarrollo normativo que las normas sobre derechos humanos laborales ya han tenido en los convenios de OIT y en la jurisprudencia de sus órganos de control. En la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente a la Opinión Consultiva OC-27/21, del 5 de mayo de 2021, sobre libertad sindical, vertida a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte afirma precisamente que va a echar mano de otras normas de derecho internacional, fuera de la propia Convención y de la Carta

de la OEA, en virtud del principio *propersona* y del artículo 29 convencional. Pero, además —todavía más importante— señala que el artículo 26 de la Convención, relativo a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, le permite determinar los alcances de estos derechos a la luz del “*corpus iuris* internacional”.¹⁶ Tal como queda de manifiesto en la misma Opinión, en este caso la Corte utilizó como parte de ese “*corpus iuris*”, los Convenios de la OIT, así como las opiniones de sus órganos de control.

VI. *Jus cogens* y derechos humanos laborales

La existencia de un derecho internacional general, inderogable e imperativo para la comunidad internacional (*jus cogens*), aparece comprendida, con absoluta claridad, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, en vigor a partir del 27 de enero de 1980,¹⁷ que en su artículo 53 indica que

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su con-

¹⁶ En el párrafo 48 de la opinión jurídica aquí citada, leemos textualmente la siguiente declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “48. De esta forma, la Corte considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad a los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga para derivar su existencia y reconocimiento en la Carta de la OEA. Conforme a lo anterior, concluye que se trata de derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención, cuyos alcances deberán ser determinados a la luz del *corpus iuris* internacional. Al respecto, el Tribunal recuerda que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención en el marco de un procedimiento contencioso, incluidos aquellos reconocidos en virtud del artículo 26. Sin embargo, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del derecho internacional para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual, como fue mencionado, prevé el principio *propersona*. De esta manera, como ha sido la práctica constante de este Tribunal, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinente”.

¹⁷ Aprobada por Costa Rica, mediante Ley núm. 7615 de 24 de julio de 1996 y publicada en el *Diario Oficial La Gaceta*, del 29 de agosto de 1996.

junto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La norma precitada se complementa, a su vez, con las disposiciones del artículo 38 del mismo tratado. Allí se señala que aun cuando el artículo 34 indica que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento, y que cuando se haya originado una obligación para un tercer Estado tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado, a menos que conste que habían convenido otra cosa al respecto, “lo dispuesto en los artículos 34 y 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.¹⁸

Siguiendo esta línea de pensamiento, el *jus cogens* estaría conformado por aquellas normas que la comunidad internacional acepta y reconoce en su conjunto como normas de carácter imperativo e inderogable, por lo que el Tratado de Viena pasa a ser la principal fuente jurídica de estas normas generales internacionales, junto con la jurisprudencia de las cortes internacionales, cuando han declarado a una norma o principio específico, como ya sucedió en el ámbito regional americano como parte de ese *jus cogens*.

El *jus cogens* y el principio de no discriminación

El principio de no discriminación ante la ley, y de igual protección ante la ley, se encuentra recogido en distintos instrumentos de derecho internacional. Concretamente, ha sido incorporado a la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Opinión Consultiva OC-18/03m del 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, al señalar que

¹⁸ En relación con el presente artículo, para Costa Rica existe la siguiente reserva: la delegación de Costa Rica interpreta que una norma consuetudinaria de derecho internacional general ni privará sobre ninguna otra norma del sistema interamericano del cual considera supletoria la presente convención.

este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico de orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.¹⁹

Sobre la relación entre el principio de no discriminación y la condición de trabajador subordinado se pronunció expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva arriba mencionada, a propósito de la situación de los trabajadores migrantes, incluyendo a los llamados trabajadores indocumentados. Al respecto, indicó la Corte:

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna [...] El migrante al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Esos derechos son consecuencia de la relación laboral.²⁰

De esta manera la Corte Interamericana ha permitido que en su jurisprudencia se decante un derecho integrante del *jus cogens* en la situación concreta

¹⁹ Parágrafo núm. 101 del fallo citado.

²⁰ *Ibidem*, párrafos 133 y 134.

y específica de los trabajadores migrantes, aunque es nuestro criterio que igual podría aplicarse esa deriva del *jus cogens* de la no discriminación a cualquier situación de acceso al empleo o de condiciones laborales durante el empleo y su salida de este.

A la pregunta de si los derechos humanos laborales que hemos definido aquí son equivalentes en su naturaleza a lo que la comunidad internacional ha denominado como *jus cogens*, nos parece que aquellos derechos humanos laborales que puedan reunir las características que las fuentes de derecho internacional han otorgado al *jus cogens*, claramente sí tendrían la misma naturaleza jurídica, aunque no todos los que hemos denominado derechos humanos laborales tienen esa condición. Pareciera, *más bien*, que la entrada de determinados derechos en el selecto grupo de lo que se denomina *jus cogens* requiere un reconocimiento claro y reiterado de ese derecho, como parte del *jus cogens* por parte de la comunidad internacional, lo cual debe quedar patente ya sea en textos de derecho internacional o en sentencias de cortes internacionales.

Conforme con lo anterior, nos inclinamos a pensar que no todos los derechos humanos laborales pertenecen a la esfera del *jus cogens*, pero que sí podrían serlo aquellos recogidos en forma reiterada en convenios y tratados de derecho internacional y en sentencias de cortes internacionales, como podrían ser el derecho a la no discriminación en el empleo y con ocasión del empleo, así como el derecho a la dignidad de todo trabajador, que no pierde por el hecho de su condición de trabajador.

En un trabajo nuestro, escrito hace algunos años, abogamos por elevar el trabajo digno como parte del *jus cogens*. Al respecto, dijimos que ese principio era parte de la Declaración de Filadelfia de 1945, cuando se aprobó en condición de máxima para todos los tiempos que el trabajo no es una mercancía. También señalamos en esa ocasión otras razones para elevar el trabajo digno a la categoría de *jus cogens*.²¹

²¹ Al respecto de este tema también dijimos lo siguiente: “Aunque no contamos con sentencias de cortes internacionales que expresamente hayan elevado el derecho a un trabajo digno, a la categoría de *jus cogens*, la presencia de este derecho y de sus distintas proyecciones en múltiples convenios y declaraciones internacionales, nos permiten pensar que forma parte de la conciencia universal y de lo que podría denominarse un derecho imperativo de carácter general [...] En cuanto a derecho, tiene la virtud de que su praxis permite al ser humano resultar útil socialmente y realizarse como persona. Es en esta última dimensión del hecho trabajo, como momento para el desarrollo humano de la personalidad, en que vemos plasmada la íntima rela-

La posición expresada en nuestro trabajo anterior no sólo la mantenemos en este momento, sino que nos parece que se ve reforzada con el impulso que le ha dado la OIT al concepto y desarrollo del llamado “trabajo decente”. Hoy pensamos, además, que este principio de trabajo digno y el trabajo decente en general se encuentran íntimamente ligados a la libertad de trabajo, que es un derecho repetidamente incorporado en diversas constituciones, convenios internacionales y jurisprudencia tanto nacional como internacional. En efecto, un trabajo prestado en condiciones que no respete la dignidad del trabajador violentaría en última instancia la libertad de trabajo, desde el momento en que no puede considerarse como libre un trabajo prestado en tales condiciones.²²

VII. La recepción de los derechos humanos laborales en la jurisprudencia de Costa Rica

En Costa Rica son básicamente dos las cortes que pueden establecer una jurisprudencia especialmente relevante en la materia. En primer lugar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuyas sentencias son de acatamiento obligatorio para todos los operadores del derecho; en segundo lugar, la Sala Segunda de la misma Corte Suprema, la cual tiene competencia como sala de casación en la jurisdicción laboral.

Los derechos humanos laborales a los que se ha hecho mención en este documento han sido recogidos en distintos momentos por parte de la jurisprudencia

ción entre trabajo y dignidad. Mal podría entonces el hecho trabajo, convertirse en lo contrario de lo que es su finalidad, permitiendo que por su medio el hombre se enajene y pierda identidad. Bien afirma Pacheco Zerga que «El trabajo es, pues un deber y un derecho que expresa, por un lado, la obligación de servir y, por otro, la dignidad personal»²³. De ahí que podamos clasificar el derecho a un trabajo digno, como un derecho fundamental. Bolaños Céspedes, Fernando, “Derechos laborales y de seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Curso de derecho laboral*, t. IV, México, Editorial Jurídica Continental, 2023, pp. 23 y 24. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2014.19.9742>

²² Para la OIT, trabajo decente, “significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen de las decisiones que afecten sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”. Bolaños Céspedes, Fernando, “Derechos laborales y de seguridad social en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 15.

cia, sobre todo de la Sala Constitucional. En muchas de las sentencias dictadas es común que se cite el derecho a la intimidad como fuente de otros derechos fundamentales en materia laboral. Se trata de un derecho expresamente recogido en el artículo 24 de la Constitución política.²³

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha definido la “intimidad” como un fuero de protección de la vida privada de los ciudadanos, encontrándose formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Según la misma Sala, si bien no puede menos que reputarse que lo que sucede en el hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito.²⁴ Ante casos específicos, la protección al derecho de la intimidad se ha hecho extensivo a los centros de trabajo.

²³ El artículo 24 constitucional tiene el siguiente texto: “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la Ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial. La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”.

²⁴ Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2023-6552 de las 15:16 horas del 8 de julio de 2003, Costa Rica.

El derecho a la intimidad, como derecho fundamental, deviene, según lo señala amplia doctrina y lo ha aceptado la jurisprudencia costarricense, en un importante límite a las facultades del patrono, derivadas de la subordinación jurídica, límite que se observa claramente a la hora de hacer frente a las facultades de control que derivan de los poderes empresariales. De esta manera, un derecho fundamental aplicable a todo ciudadano se convierte en un derecho humano laboral, al constituirse en una barrera frente a las facultades del empleador en el marco de las relaciones laborales. Así, en resolución de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia, de febrero de 2011, se expuso lo siguiente:

El empleador [por] un derecho consustancial a su condición, tiene la potestad de vigilar y comprobar el fiel desempeño de las labores que fueron pactadas por medio del contrato de trabajo. No obstante, ese poder debe ejercerse de forma afín con las garantías fundamentales del empleado, de modo que, los sistemas de monitoreo aplicados en la empresa, deben reunir al menos dos condiciones básicas, a saber, que estén originados en una necesidad objetiva amparada en su funcionamiento y, que sean proporcionales con el fin para el que están dispuestos. Ello con el objeto de descartar que estos mecanismos, se conviertan en ambiente de acoso, que amenace con coartar un derecho tan sensible, como lo es el de intimidad. [...] El derecho a la intimidad en la esfera laboral, presupone que la persona trabajadora se encontrará libre de injerencias arbitrarias en su vida privada, lo que quiere decir, que contará con un ámbito autónomo y reservado de la acción y conocimiento de los demás, razón por la cual el empleador encontrará una frontera a sus potestades, con independencia de que ese derecho pudiera ser ejercicio por medio de las herramientas de trabajo por él suministradas.²⁵

Entre los poderes del empleador que la jurisprudencia constitucional ha limitado, a partir del derecho a la intimidad, destaca el derecho a la privacidad del contenido de correos electrónicos de los equipos suministrados a los trabajadores, bajo ciertas circunstancias. Así, ha indicado el Tribunal Constitucional que

La apertura por el empleador de los mensajes electrónicos de la cuenta del funcionario o trabajador solo es justificable en circunstancias muy limitadas ya que el acceso a este tipo de datos no es necesario para satisfacer un interés legítimo del empleador, debiendo prevalecer por el contrario el derecho fundamental al secreto de las comu-

²⁵ Voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 00172-2011 de las 11:05 horas del 18 de febrero del 2011, Costa Rica.

naciones. Por otra parte, la celebración de un contrato entre la Administración y la amparada en relación con la operación de un equipo de cómputo, no implica la privación de los derechos que la Constitución reconoce como ciudadana.²⁶

Un caso especial lo constituye el de seguimientos personales por parte del patrono a sus empleados, con miras a ejercer el derecho a los poderes disciplinario y de fiscalización. En una de varias sentencias que ha dictado la Sala Constitucional, la cual destaca por la cita de otras normas de ámbito internacional, se señala lo siguiente:

Está claramente demostrado que funcionarios del Tribunal de la Inspección Judicial se ubicaron frente a la casa de habitación de la recurrente y tomaron fotografías del lugar; además, intentaron seguirla después de egresar de su lugar de trabajo. A juicio de este Tribunal, tales prácticas probatorias invadieron ilegítimamente la sagrada esfera de intimidad —personal y familiar— de la amparada y constituyen, a todas luces, una actuación desproporcionada y abusiva respecto de los fines de la investigación preliminar y, lo que es más grave, una injerencia arbitraria en su vida privada (artículos 24 de la Constitución Política, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 5 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11, párrafo 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Bajo esta inteligencia, deben anularse todas las prácticas probatorias referidas que lesionaron flagrantemente la esfera de intimidad —personal o familiar— y la vida privada de la recurrente, asimismo, el órgano administrativo y disciplinario recurrido debe, en adelante, abstenerse de emplear tales medios o instrumentos para recabar elementos de prueba en contra de un funcionario contra el que se le siga un procedimiento administrativo.²⁷

Otra situación que la doctrina del derecho comparado ha venido analizando, y que también ha sido objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, así como de la Sala de Casación de Costa Rica, ha sido la referida a la vigilancia mediante video cámaras que el patrono pueda colocar en los centros de trabajo. Al respecto, la jurisprudencia ha admitido la existencia de tales medios de

²⁶ Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica número 15063 de las 15:59 horas del 1o. de noviembre de 2005, Costa Rica.

²⁷ Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 04980 de las 14:44 horas del 25 de marzo de 2009, Costa Rica.

control, bajo ciertas condiciones, y nunca en sitios de uso privado o cuando se incorpora sonido. Una de las tantas sentencias que refiere a este tema indica

Así, entre el ejercicio del poder de dirección y control por parte de quien emplea y los derechos fundamentales que asisten a toda persona trabajadora debe mediar un equilibrio razonable, que no resulte en detrimento de esos derechos de mayor jerarquía. En consecuencia, las medidas de control que se adopten deben responder a una necesidad objetiva y deben ser proporcionales al fin buscado. La prueba que se aporte para acreditar un determinado comportamiento considerado como grave por parte del o de la empleadora resulta entonces válida en el tanto haya mediado ese equilibrio, que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.²⁸

También ha merecido la atención de los tribunales costarricenses el tema de la libertad de expresión de los trabajadores, y hasta dónde los poderes patronales pueden impedir el ejercicio de lo que todas las Constituciones modernas califican como un derecho fundamental. En un caso particular, donde además coincidía con el hecho de que se tratara de empleados del sector público, sujetos a una relación de empleo público, la Sala Constitucional consideró que la existencia de una interdicción para dar declaraciones a la prensa, constituía una censura previa, constitucionalmente inválida. De por medio en este voto se confrontan también otros valores, como es el interés público, así como la libertad de crítica hacia la administración en general. Citamos a continuación parte de esa interesantísima resolución:

Los funcionarios o servidores públicos, por la circunstancia de estar sometidos a una relación estatutaria, no pueden ver diezmada o limitada su libertad de expresión y opinión y, en general, ninguno de los derechos fundamentales de los que son titulares por intrínseca dignidad humana.

Las organizaciones administrativas no son compartimentos estancos o separados del conglomerado social y la existencia de una carrera administrativa o de una relación estatutaria no justifican el despojo transitorio o las limitaciones de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos de los cuales gozan en todas las facetas de su vida. Ciertamente, la libertad de expresión en el ámbito de una relación funcional o estatutaria puede sufrir leves modulaciones por razón de la relación de jerar-

²⁸ Resolución de la Sala Segunda número 2013-000917 de las 11:43 horas del 9 de agosto de 2013.

quía inherente a la organización administrativa, la confianza que debe mediar entre el superior y el inferior, los deberes de lealtad de ambos con los fines institucionales y de reserva respecto de las materias que han sido declaradas secreto de Estado por una ley. Sobre el particular, conviene agregar que tal matización ha de ser proporcionada y razonable, y que ni siquiera un interés público podría limitar o restringir los derechos fundamentales de un funcionario público por la vinculación más fuerte, la eficacia directa e inmediata y la superioridad jerárquica de éstos. Los conceptos de buena fe y lealtad no pueden enervar la libertad de expresión de un funcionario público cuando a través de su ejercicio no se causa una lesión antijurídica al ente u órgano público al cual pertenece y representa o a terceros [...] La crítica de los usuarios, administrados en general y de los funcionarios públicos sobre el desempeño individual de algún servidor e institucional del ente u órgano público constituye una poderosa herramienta para el control y fiscalización de la gestión pública y, desde luego, para obtener mayores niveles de rendimiento resultados-, rendición de cuentas y transparencia administrativa. Ningún funcionario público puede ser inquietado, perseguido, recriminado o sancionado por expresar sus opiniones, ideas, pensamientos o juicios de valor acerca de la gestión del ente público o las actuaciones de otro funcionario público.²⁹

²⁹ Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 14-003925-007-CO de las 9:05 del 18 de julio de 2014, Costa Rica. No podríamos dejar de mencionar aquí también, por su vinculación con el anterior, el tema de la libertad religiosa o ideológica, abordado por la Sala Constitucional de Costa Rica en su Voto número 3018, en el que se señaló que “la negativa de la Universidad de Costa Rica a realizar un examen de reposición a la recurrente pese que su religión limita la realización de actividades educativas los días sábados, afecta el derecho a practicar los actos de culto propios de una creencia de la recurrente y como se dijo en el considerando anterior, ese es uno de los elementos de la libertad religiosa. Estima esta Sala que la negativa de las autoridades universitarias a realizar un examen de reposición resulta irrazonable, dado que la realización de un examen extraordinario o de reposición, para la recurrente no solo no afecta el debido funcionamiento del centro universitario recurrido, sino que además, se trata de una práctica usual y reconocida por toda la población estudiantil y docente”. Y también sobre libertad ideológica, podemos citar el Voto de la Sala Constitucional número 121.242 de 9 de agosto de 2006, en el que se distingue la participación en un evento público de un funcionario público, según se trate de representar a la institución para la que labora o hablar a título personal. Indica la sentencia en uno de sus apartados que: “Indudablemente, el amparado no puede participar en un debate o charla a nombre de la Caja si ésta no lo autoriza previamente. Sin embargo, en cuanto lo haga en su carácter personal y fuera del horario de trabajo, no es aceptable que la institución se lo prohíba si una ley no ha dispuesto la limitación. En este último caso incluso cabría la revisión de la constitucionalidad de la ley ante esta Sala, ya que no en todo supuesto se justifica”. Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 121.242 de 9 de agosto de 2006, Costa Rica.

Un tema de suyo merecedor de la máxima relevancia corresponde a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Este principio, aunque ya presente en el ordenamiento laboral gracias a que el Código de Trabajo costarricense incorpora el principio de igualdad salarial ante igual trabajo desde su promulgación en el año 1943, y se nutre de los Convenios 110 y 111 de la OIT, ambos ratificados por Costa Rica, así como se alimenta actualmente de los artículos reformados en 2016 al Código Laboral, por los cuales se crea un fuero de protección especial frente a situaciones de discriminación laboral, ha tenido en la jurisprudencia constitucional una fuerza expansiva que viene ya de bastantes años atrás.

Destaca en este trayecto de la jurisprudencia constitucional la protección que ha brindado el Tribunal Constitucional costarricense a la discriminación por razones de salud del trabajador o trabajadora, que es —por cierto— un tipo de discriminación no expresamente descrito en los Convenios de la OIT ni en la legislación laboral ordinaria.

Es importante que en algunos de los fallos judiciales que refieren al tema, la Sala Constitucional ha echado mano del mismo Convenio 111, dándole al mismo una interpretación amplia, que en nada se contrapone a las pretensiones de este Convenio. Pero, además, podrá notarse, en la sentencia que se reseña de seguido, la relación que se establece entre el principio de no discriminación en el empleo con el derecho al trabajo. Así, en sentencia dictada en julio de 2008, la Sala Constitucional dijo entre otras cosas lo siguiente:

SOBRE EL FONDO. Debe indicarse, en primer lugar, que esta Sala ha confirmado que un despido basado en discriminación por razones de enfermedad implica una infracción al principio de igualdad y al derecho al trabajo. En cuanto a este tema, en sentencia número 2005-13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005, este Tribunal resolvió —en lo que interesa— que: [...] Como se indicó, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera causas y el respeto a la dignidad humana son elementos esenciales de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya salvaguardia le corresponde no solo al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad. En tal sentido, toda clase de discriminación, sin importar que provenga de la Administración o de un particular, resulta violatoria del orden constitucional. En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de

trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental. Por lo demás, el despido discriminatorio de que fue víctima el amparado, afecta colateralmente los derechos constitucionales al trabajo y a la salud.³⁰

No podemos extendernos aquí sobre otras sentencias, tanto de la Sala de Casación laboral como de la Sala Constitucional costarricenses, en torno a derechos que en este trabajo hemos catalogado como derechos humanos laborales. Pero no podríamos cerrar esta reseña de jurisprudencia sin mencionar también la protección brindada a trabajadores y trabajadoras portadoras del virus VIH SIDA. La jurisprudencia ha sido congruente y continua en el sentido de derivar esta protección no sólo de la legislación nacional sino también del principio de no discriminación aplicado a las relaciones de empleo, estableciendo límites muy claros no sólo para quienes solicitan empleo, sino también a la hora de establecer limitaciones innecesarias o irrazonables al derecho al trabajo.³¹

Para concluir, y congruentes con la tesis de que los derechos colectivos laborales también pueden considerarse —sobre todo cuando se encuentran constitucionalizados— como derechos fundamentales, es preciso recordar que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva han sido considerados derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y así lo ha recogido también la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica de manera expresa.³²

³⁰ Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2008-011863 de las 16:19 horas del 29 de julio de 2008, Costa Rica.

³¹ Así, en el voto de la Sala Constitucional número 12408, se indicó lo siguiente: “IV.- Las medidas discriminatorias contra una persona por motivo de su infección por VIH o de su enfermedad de Sida no están expresamente prohibidas por los instrumentos internacionales citados, sin embargo, pueden derivarse de la cláusula general presente en esas normas, que prohíbe la discriminación basada en «cualquier otra condición social». Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 12408 de las 11:52 horas del 9 de septiembre de 2005, Costa Rica.

³² Así, en el voto de la Sala Constitucional núm. 2011-12457, se expuso lo siguiente: “IV.-Sobre libertad sindical como derecho fundamental: La libertad sindical en el ordenamiento jurídico costarricense está compuesta por tres elementos básicos, a saber, la libre sindicación, el derecho de huelga y paro patronal y, la negociación colectiva. [...] A partir de esta

VIII. Conclusiones

Uno de los retos pendientes del tema abordado en este trabajo es la delimitación del concepto y de los contenidos de los denominados “derechos humanos laborales”. Para ello, sin dejar de aclarar las diferencias históricas y epistemológicas entre el concepto de derechos humanos y el de derechos fundamentales, conviene *bermanar* ambos conceptos a efecto de llegar a lo más importante, como es definir una lista de contenidos de derechos humanos/fundamentales laborales, que nos permitan a su vez ubicar su sitio dentro de los ordenamientos jurídicos y lograr su plena eficacia.

La segunda gran tarea es, a nuestro juicio, demostrar a la filosofía empirista, y a quienes subestiman el valor y trascendencia de los derechos humanos laborales, su importancia en el mundo moderno, ya no sólo como valores que impregnan todo el ordenamiento jurídico, sino además como reglas de derecho de aplicación inmediata, cuya relevancia se acentúa por la universalidad y transversalidad de tales derechos, tanto a nivel internacional como a nivel interno.

IX. Bibliografía

Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, México, Taurus, 2004.

Bolaños Céspedes, Fernando, “Convenios fundamentales de la Organizacional del Trabajo (OIT)”, en *Curso de derecho laboral*, t. V, México, Editorial Jurídica Continental, 2023.

relación de normas, sobresale la figura constitucional del sindicato como aquella asociación permanente encaminada a la representación y defensa de intereses de los trabajadores respecto de su empleador o bien, respecto a cualquier otro sujeto de carácter público o privado. La preeminencia de esta figura la encontramos también en el Convenio 87 de la OIT, denominado “Libertad sindical y derecho de sindicación», ratificado por el gobierno de Costa Rica, mediante la ley 2561 del 11 de mayo de 1960, el cual establece en el artículo segundo: «Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas». Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2011-12457 de las 15:36 horas del 13 de septiembre de 2011, Costa Rica.

- Bolaños Céspedes, Fernando, “Derechos laborales y de seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Curso de derecho laboral*, t. IV, México, Editorial Jurídica Continental, 2023. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2014.19.9742>
- Bolaños Céspedes, Fernando, “*Jus cogens* y derechos laborales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 19, julio-diciembre de 2014. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2014.19.9742>
- Código de Trabajo de Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943.
- Convenio núm. 87 de la OIT, “Libertad sindical y derecho de sindicación”, ratificado por el gobierno de Costa Rica, mediante la ley 2561 del 11 de mayo de 1960, 1948.
- Ferraz, Diego y Goldschmidt, Rodrigo, “Acoso moral como restricción ilegítima para un trabajo digno”, en Xavier Báez, Narciso Leandro, Branco Gerson, Luis Carlos y Porciúncula, Marcelo (coords.), *Problemática de los derechos humanos fundamentales en América Latina y Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, 17a. ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, julio de 2009.
- Resolución de la Sala Segunda número 2013-000917 de las 11:43 horas del 9 de agosto de 2013.
- Sanguinetti, Raymond Wilfredo, *Derecho del trabajo. Nuevos escenarios*, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012.
- Sentencia 25/1981 del 14 de julio de 1981, del Tribunal Constitucional Español, Madrid.
- Valdés Dal-Ré, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en *Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 14-003925-007-CO de las 9:05 del 18 de julio de 2014, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2011-12457 de las 15:36 horas del 13 de septiembre de 2011, Costa Rica.

- Voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 00172-2011 de las 11:05 horas del 18 de febrero del 2011, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 04980 de las 14:44 horas del 25 de marzo de 2009, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2008-011863 de las 16:19 horas del 29 de julio de 2008, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 121.242 de 9 de agosto de 2006, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica número 15063 de las 15:59 horas del 1o. de noviembre de 2005, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 12408 de las 11:52 horas del 9 de septiembre de 2005, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2023-6552 de las 15:16 horas del 8 de julio de 2003, Costa Rica.
- Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 3018 de las 11:12 horas del 22 de marzo de 2002, Costa Rica.
- Wass, Bernd, “Judge-made law in Germany”, en García Murcia, Joaquín, Rodríguez, Iván A. y Álvarez, Alonso Diego (coords.), *The impact of the Supreme Courts on the development of labor law in Europe*, Oviedo, KRK Ediciones, 2023.

Cómo citar

IJ-UNAM

Bolaños Céspedes, Fernando, “Derechos humanos laborales: una mirada desde Costa Rica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 143-172. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19441>

APA

Bolaños Céspedes, F. (2025). Derechos humanos laborales: una mirada desde Costa Rica. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 143-172. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19441>

Desaciertos jurisprudenciales en la definición del *ius variandi locativo* en Colombia

Jurisprudential errors in the definition
of *ius variandi locativo* in Colombia

Erreurs jurisprudentielles dans la définition
du *ius variandi locativo* en Colombie

Sandra Lucía Tovar-Reyes

 <https://orcid.org/0000-0002-5674-9729>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: sandra.tovar@uexternado.edu.co

Recepción: 19 de agosto de 2024

Aceptación: 17 de enero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19453>

RESUMEN: El artículo expone los desaciertos que se han presentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la definición del *ius variandi locativo* en Colombia, al contrariar lo establecido por el legislador. Para ello, se presenta la definición del *ius variandi* y se contrasta con otras figuras para señalar sus límites y fundamentos jurídicos, mediante la explicación del criterio de límite geográfico y la determinación de las consecuencias en cuanto a la extralimitación o abuso del *ius variandi locativo* por parte de los operadores jurídicos, para luego mencionar el análisis que se le han hecho a cláusulas generales y abstractas, así como la determinación de la carga de la prueba.

Palabras clave: *ius variandi locativo*; subordinación; modificación al contrato de trabajo.

ABSTRACT: This article examines errors in the jurisprudence of Colombia's Constitutional Court and the Supreme Court of Justice concerning the concept of *ius variandi* locativo, highlighting discrepancies with legislative intent. It begins by defining *ius variandi* and contrasts it with other legal concepts to delineate its limits and legal foundations. The discussion includes an analysis of geographical limits and the implications of exceeding or misusing *ius variandi* locativo. Additionally, the article reviews the handling of general and abstract clauses and the allocation of the burden of proof in these contexts.

Keywords: *ius variandi* locativo; subordination; modification of the employment contract.

RESUME: Cet article analyse les erreurs survenues dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême de justice de Colombie en ce qui concerne le *ius variandi* locativo, soulignant les contradictions avec les dispositions législatives. Il commence par définir le *ius variandi* et le confronte à d'autres notions pour en préciser les limites et les fondements juridiques. L'article examine également le critère de la limite géographique et les conséquences de l'excès ou de l'abus du *ius variandi* locativo. Enfin, il aborde l'analyse des clauses générales et abstraites ainsi que la détermination de la charge de la preuve dans ce contexte.

Mots-clés: *ius variandi* locativo; subordination; modification du contrat de travail.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contraste entre el ius variandi, la novación y la modificación del contenido contractual.* III. *Límites genéricos al ejercicio del ius variandi.* IV. *El cambio del lugar de trabajo ¿novación, ius variandi o modificación de las condiciones contractuales?* V. *Consecuencias jurídicas de la extralimitación del ejercicio del ius variandi locativo.* VI. *Análisis de cláusulas de traslado por parte de la jurisprudencia.* VII. *La carga de la prueba en el ejercicio del ius variandi.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. Introducción

El contrato de trabajo es consensual, y por ello, cualquier modificación durante su ejecución debe ser aceptada por las partes. Sin embargo, la subordinación le otorga un gran poder al empleador para variar ciertas condiciones, sin que ello implique propiamente modificación del contrato de trabajo y, por ende, sin que se requiera la aceptación del trabajador. Esta facultad se conoce como *ius variandi* y ha sido desarrollada en varios aspectos de la relación laboral: en cuanto al horario, al traslado, a las funciones y responsabilidades relacionadas con el cargo, entre otros.

En el presente escrito, se formulará una nueva interpretación sobre la definición, por lo tanto, el alcance del *ius variandi* locativo en Colombia, pues, a pesar de la tendencia a la descolocación, el lugar donde se debe prestar el servicio continúa siendo de fundamental importancia, ya que define responsabilidades no sólo frente al contrato de trabajo, sino incluso frente a accidentes laborales, lo que involucra a otros sujetos como las aseguradoras de riesgos laborales. Muestra de esto es el literal c del artículo 4o. de la Ley 2121 de 2021 (trabajo remoto), el cual establece que, si bien no se requiere un lugar físico determinado para la prestación de los servicios, el trabajador

podrá prestar sus servicios desde el lugar que considere adecuado, *de común acuerdo con el empleador, previo visto bueno de la Administradora de Riesgos Laborales presente en el contrato.* No obstante, en todo momento deberá contar con una conexión y cobertura a internet e *informar al empleador sobre el lugar desde el cual realizará su labor y este deberá aprobar el lugar escogido* para garantizar el cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad y salud en el trabajo, atendiendo las recomendaciones de la Administradora de Riesgos Laborales, propiciando el autocuidado como medida preventiva. [énfasis añadido]

El *ius variandi* en el contrato de trabajo es, entonces, una respuesta útil por parte del ordenamiento jurídico para permitir que el empleador adapte la prestación personal del servicio de sus trabajadores a las exigencias empresariales, máxime cuando cada vez son más frecuentes los cambios por los avances tecnológicos.

No obstante, en materia de *ius variandi* locativo se considera que la jurisprudencia ha extralimitado su labor interpretativa y de aplicación del derecho al incorporar el cambio de lugar como una facultad del empleador al ejercitar el *ius variandi*, como se explicará a continuación.

II. Contraste entre el *ius variandi*, la novación y la modificación del contenido contractual

El *ius variandi* no está expresamente definido en la normatividad colombiana, sin embargo, la Corte Constitucional lo considera como una facultad que tiene el empleador de “alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar,

cantidad o tiempo de trabajo”.¹ Para comprender mejor esta figura, se propone contrastarla con la modificación y con la novación del contrato, pues son tres niveles distintos de cambios contractuales.

El *ius variandi* consiste en una orden dada por el empleador o sus representantes que consistente en la simple variación y no requiere un acuerdo de voluntades entre las partes para ejecutarse, aunque sí debe respetar los límites que más adelante se señalarán, como la dignidad humana, de lo contrario se calificará como un ejercicio arbitrario del mismo. La novación del contrato es un modo de extinción de las obligaciones (artículo 1625 del Código Civil (CC)), que consiste en la “sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida” (artículo 1687 del CC).

La novación se produce, entonces, cuando se sustituye una obligación por otra, bien sea en cuanto al objeto o a los sujetos de la obligación, hasta el punto de extinguir la anterior. Al respecto, el artículo 1690 establece que la novación del objeto se presenta cuando sustituye una nueva obligación a otra, sin que intervenga un nuevo acreedor o deudor, como ocurre cuando un contrato de trabajo se sustituye genuinamente por un contrato de prestación de servicios entre las mismas partes. Nótese cómo con esta hipótesis hay una mutación no sólo de tipo contractual, pues la prestación del servicio pasa de ejecutarse bajo continuada subordinación al ejercerse de manera autónoma e independiente, sino, incluso, muta de régimen al pasar del laboral al civil o comercial.

La novación es, entonces, distinta a la modificación del contenido contractual, pues, aunque en ambas se exige acuerdo de voluntades, la modificación no extingue la obligación, sino que el contrato inicialmente pactado subsiste, pero con diferencias relevantes. Un ejemplo de esta última figura sería el cambio de la modalidad de contrato de trabajo, al pasar de contrato de obra o labor a contrato a término indefinido, o cambiar la modalidad salarial por unidad de tiempo a pago por destajo, con lo cual en ninguno de los dos ejemplos propuestos se extinguen las obligaciones principales de salario o de prestación del servicio, sino que se modifican, al presentarse un cambio en el modo de ejecutar el contrato. Podrían ser muchos ejemplos más: modificación del salario, del cargo, de

¹ Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela contra acto administrativo de traslado laboral*, Sentencia T-528/17, 15 de agosto de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-528-17.htm#:~:text=T%2D528%2D17%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20acci%C3%B3n%20de%20tutela%20ser%C3%A1,del%20servicio%2C%20o%20i>

las funciones o responsabilidades, etcétera, pero siempre sin desconocer los derechos mínimos de los trabajadores.

De hecho, esta tercera hipótesis (modificación contractual) es conocida como novación impropia o modificativa, por oposición a la novación propia o extintiva,² lo que resume lo ya explicado.

Definidas las tres figuras jurídicas, se debe resaltar que, si lo que se pretende es modificar el contrato, es menester un acuerdo de voluntades libre de vicios, pero si lo que se busca es que el empleador pueda ejercer el *ius variandi*, no se necesita el consentimiento del trabajador, pues es el poder de subordinación y de dirección que tiene el empleador, el que le permite realizar variaciones de las condiciones de trabajo en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, como textualmente lo indica el artículo 23 del CST.

Para determinar entonces qué aspectos se pueden cambiar unilateralmente se ha dicho que “el empleador tiene la potestad de efectuar cambios en algunos aspectos de la relación de trabajo, siempre y cuando *no se afecten sustancialmente las condiciones esenciales del vínculo laboral [...]*”.³ Esta posición se observa claramente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que ni siquiera bajo la figura de sustitución patronal se puede extralimitar el uso del *ius variandi*, pues existe la prohibición de modificación de los contratos de trabajo:

Entonces, la sustitución de empleadores no otorga un privilegio de estabilidad laboral absoluta sino un derecho a que, de ocurrir un cambio de esta naturaleza, no se alteren las condiciones laborales adquiridas con el anterior patrono, y a que entre ambos (transferente y adquirente) exista responsabilidad solidaria en el pago de las deudas laborales. Por tanto, nada impide al antiguo o nuevo empleador terminar los contratos de trabajo sin justa causa, con el pago de la indemnización respectiva, ya que esta figura no anula esta facultad, sino que prohíbe, en caso de que los contratos subsistan, introducir modificaciones a los mismos bajo el pretexto de que el empresario adquirente tiene una organización productiva propia a la cual deben adecuarse los contratos de trabajo más allá del *ius variandi*.

En otras palabras, la Corte hizo un llamado al empleador para que no disfrace verdaderas modificaciones del contrato de trabajo, y pretenda hacerlas pasar

² Real Academia Española, “Novación”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023. <https://dpej.rae.es/lema/novaci%C3%B3n>

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL450, Radicación núm. 94193, 7 de marzo de 2023 (énfasis añadido).

como su facultad de ejercer el *ius variandi* en tanto ni siquiera una sustitución de empleadores tiene la potencialidad de desdibujar dichas figuras jurídicas.

Finalmente, hay que señalar que no es común encontrar casos de novación en materia laboral, pues existen otros caminos jurídicos que derivan en el mismo resultado, es decir, en la extinción de una obligación y el surgimiento de una nueva que la sustituye. En este sentido, y al profundizar en el ejemplo propuesto de novación genuina de un contrato de trabajo a uno de prestación de servicios, en la práctica se observa que se utilizan instrumentos jurídicos que otorgan mayor seguridad jurídica, como lo es optar por la vía de finalizar el contrato de trabajo, sea de mutuo acuerdo o mediante el pago de la indemnización por despido sin justa causa, para luego suscribir un nuevo contrato de prestación de servicios. Lo anterior, con el objetivo de expresar que, si bien lo que se utiliza en la práctica no es la novación, es un mecanismo jurídico alternativo, válido y vigente, con la precisión de que existe una exigencia legal que implica previa y plena certeza de la clara intención de novar (artículo 1693 del CC), esto es, que extinguiría de mutuo acuerdo el contrato de trabajo anterior sin lugar a indemnizaciones, pues hay acuerdo mutuo de voluntades encaminado a la terminación (no obstante, se podría reconocer a favor del trabajador alguna suma para mejorar su posición, siempre y cuando no se vulneren los derechos mínimos e irrenunciables de este), y sugerir así un nuevo contrato entre las partes.

A modo de conclusión, es importante subrayar que el *ius variandi* sólo lo puede ejercer el empleador, en cambio, la novación y la modificación contractual es fruto de un acuerdo de voluntades entre las partes, es decir, se necesita la aquiescencia libre de vicios tanto del trabajador como del empleador.

III. Límites genéricos al ejercicio del *ius variandi*

El uso o ejercicio del *ius variandi* se fundamenta en el derecho que tiene el empleador para definir, según sus necesidades, el perfil idóneo,⁴ así como las conveniencias razonables y justas que surgen de las exigencias de la empresa, pero con la obligación de armonizar dicho uso con los derechos de los trabajadores, en especial, el derecho a desarrollar su labor dentro de condiciones dignas y

⁴ Orijuela, Laura *et al.*, *Protección del derecho al trabajo: jurisprudencia constitucional*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 114.

justas (CN, artículo 25), el derecho a la igualdad (CN, artículo 53), el derecho a la libertad de escoger profesión y oficio (CN, artículo 26), así como la preservación del honor los intereses y seguridad del trabajador, además de las limitaciones que impone “la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo”.⁵

La doctrina y la jurisprudencia han establecido, como límites principales a los que está sujeto el empleador cuando va a invocar dicha facultad, “la razonabilidad, la funcionalidad, la indemnidad y el estatus jurídico del trabajador”.⁶ Por razonabilidad y funcionalidad se ha entendido que la justificación obedezca a razones objetivas —y no caprichosas— del empleador; por indemnidad, que se vulneren los derechos del trabajador, en especial sus derechos fundamentales o los de las personas con quien convive. El estatus jurídico se concibe como aquella modificación que “no puede llegar a cambiar sustancialmente los elementos que caracterizan la labor de tracto sucesivo realizada por el trabajador” porque, de lo contrario, se estaría frente a una novación o a una modificación contractual.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha enlistado unos criterios que deben ser tomados en cuenta por el empleador, y que tienen como fin restarle arbitrariedad al uso de la facultad del *ius variandi*. Al respecto, se observa lo siguiente:

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, se ha considerado que la facultad legal de la que dispone el empleador -privado o público- para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, los siguientes:⁷

- 1) Las circunstancias que afectan al trabajador;
- 2) la situación familiar;
- 3) el estado de salud del empleado y el de sus allegados;
- 4) el lugar y el tiempo de trabajo;
- 5) las condiciones salariales;
- 6) el comportamiento del trabajador durante la relación laboral y,

⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Derecho a la salud y a la vida digna*, Sentencia T-407, 5 de junio de 1992. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-407-24.htm>

⁶ Bermudez, Katerine, “Vicisitudes del contrato de trabajo”, en *Derecho del trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 262 y ss.

⁷ Entre muchas otras, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-483 de 1993, T-503 de 1999, T-1156 de 2004 y T-797 de 2005.

7) el rendimiento demostrado entre otros puntos de cada caso concreto.⁸

La jurisprudencia ha insistido en que el ejercicio del *ius variandi* debe hacerse dentro de los límites de la razonabilidad y las necesidades del servicio.⁹ Además, se le exige al empleador que valore las consecuencias o efectos de la decisión para el trabajador y su familia, y evitar así un ejercicio abusivo del *ius variandi*. Al respecto, la Corte Constitucional afirmó:

Es evidente que, si se tratara apenas de dar libre curso al capricho del empleador -público o privado- para introducir mutaciones sin límite en las características de modo, tiempo y lugar, que vienen aplicándose en la ejecución de las mutuas prestaciones propias del vínculo jurídico de subordinación existente, sin que para nada tuviese que consultar las circunstancias y necesidades del trabajador y de su familia -es decir, si la determinación patronal se admitiera con carácter plenamente unilateral y omnímodo-, resultaría desconocida la regla constitucional que exige dignidad y justicia en toda relación de trabajo, cualquiera sea la modalidad de éste.¹⁰

Se recuerda que nadie puede ejercer de manera arbitraria sus derechos, por lo que, si el empleador no expresa en el ejercicio del *ius variandi* el motivo y la necesidad, ni valora el impacto de su decisión en la esfera específica del trabajador, se activaría la aplicación de la Ley 1010 de 2006, la cual contiene “medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, como se profundizará más adelante.

IV. El cambio del lugar de trabajo ¿novación, *ius variandi* o modificación de las condiciones contractuales?

La regulación del ejercicio del *ius variandi*, sea por vía legal o con la introducción de límites jurisprudenciales, es de gran importancia, pues atenúa o fortalece la

⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-682/2014, 10 de septiembre de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-682-14.htm>

⁹ *Idem*.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Estatuto del personal de agentes de la policía nacional*, Sentencia T-355/2000, 27 de marzo de 2000. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-355-00.htm>

tensión que existe entre el poder directivo y la tutela del trabajador. Por lo tanto, su adecuada concepción genera un gran impacto en las relaciones laborales y debe ser claramente entendida por los operadores para que exista seguridad jurídica.

Sea lo primero desechar la figura de la novación contractual para el cambio de lugar de trabajo, pues, como lo señala el profesor Hinestrosa, la novación objetiva es entendida como “un mecanismo que se apoya en una relación precedente se inserta en ella y la transforma, para realizar un interés jurídico diferente al anterior”, y se exige para ello “innovaciones radicales” y no “simples modificaciones”.¹¹ Adicionalmente, la novación exige la extinción de la obligación novada, por lo que la variación del lugar de trabajo no puede configurarse como una novación.

Para resolver entonces el interrogante planteado, se pretenden abordar las principales normas que sirven de sustento para determinar el contenido y alcance del *ius variandi* normativo, como se explica a continuación.

1. La determinación del lugar en los contratos de trabajo es consensuada

El Código Sustantivo del Trabajo exige en los contratos verbales que las partes deben ponerse de acuerdo “al menos acerca de los siguientes puntos: 1. La índole del trabajo y *el sitio* en donde ha de realizarse [...]” (artículo 38, énfasis añadido). Cuando es por escrito, el contrato “debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: [...] el lugar y la fecha de su celebración [...]” (artículo 39).

En algunas ocasiones, se suelen incluir cláusulas de traslado en los contratos pactados por escrito, por medio de las cuales se faculta al empleador para realizar cambios en el lugar de trabajo. Algunas de estas cláusulas han sido valoradas por la jurisprudencia, como se analizará más adelante. Sin embargo, se precisa desde ya que la jurisprudencia ha sostenido que estas no pueden ser genéricas ni ambiguas.

Aunado a lo anterior, la doctrina ha establecido que, cuando la naturaleza del contrato presupone el ejercicio de facultades unilaterales por parte del emplea-

¹¹ Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 723.

dor, resulta evidente la necesidad de preservar la exigencia de la buena fe para que el empleador considere la preservación de los intereses del trabajador, y se abstenga de hacer un uso arbitrario.¹²

2. La subordinación como fundamento del *ius variandi* y la ausencia de la palabra “lugar” de trabajo en su definición

Como ya se señaló, en Colombia no existe una norma que defina el *ius variandi*, por lo que la jurisprudencia construyó una definición con fundamento en la subordinación a la que se sujetan los trabajadores como elemento del contrato de trabajo.

El literal b del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo define la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo. De esta manera,

[...] b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, *en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo*, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país [énfasis añadido].

Nótese cómo el cumplimiento de órdenes se supedita “al modo, tiempo o cantidad de trabajo”, sin que esté expresamente la palabra “lugar” en el texto. Esto plantea las siguientes interrogantes ¿el cambio de lugar se puede considerar como *ius variandi* cuando el legislador sólo hace mención “al modo, tiempo o cantidad” de trabajo?, o en otras palabras, ¿se encuentra subsumido el “lugar” dentro del “modo” de trabajar o no? La Corte Constitucional define el *ius variandi* como la “potestad de modificar el modo, *el lugar*, la cantidad o el tiempo de trabajo”¹³ (énfasis añadido), con lo cual consideramos que, en este aspecto, lo que está haciendo la jurisprudencia es agregar a la definición legal la palabra

¹² Neme Villareal, Martha Lucía, *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 92.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-797/05, 3 de agosto de 2005. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-797-05.htm>

“lugar” y en esta medida distinguir entre modo y lugar, sin que el legislador haya hecho mención expresa a la palabra “lugar”.

Para responder a las interrogantes planteadas, se debe precisar que el término “modo”, usado por el legislador, podría tener dos interpretaciones: una en sentido estricto donde el lugar no se entiende incluido dentro de la palabra modo, por lo que no podría ser considerado como expresión del *ius variandi* (y en este orden de ideas, si el legislador lo hubiese querido incorporar, lo habría indicado expresamente), y otra en sentido amplio, en la cual puede entenderse subsumido el lugar de trabajo dentro de la palabra “modo”.

Nuestra posición es que debería acogerse la interpretación en sentido estricto, pues es más favorable para el trabajador (artículo 53 de la Constitución Nacional); es decir, que no se debe entender el lugar de trabajo dentro del ejercicio del *ius variandi* del empleador, y con esto, el efecto es que se necesitaría, entonces, la aceptación del trabajador para cambiarlo de lugar, en tanto que sería una modificación del contrato de trabajo (aplicación del principio *pro operario*, e incluso del principio *pro homine*, pues es una interpretación que garantiza una mayor libertad para el trabajador en el marco de los contratos de trabajo).

Sin embargo, esta posición no se ve reflejada en la jurisprudencia ya que como se precisó, se entiende incluida la variación del lugar dentro del concepto del *ius variandi*, lo que consideramos un error por parte de las Cortes.

3. Consecuencias jurídicas del cambio de lugar sin razones válidas o sin fundamentos objetivos

Además de la precisión anterior, sobresalen dos normas con las cuales es posible delimitar si un cambio de lugar de trabajo debe ser considerado como modificación del contrato, o por el contrario, se encuentra dentro del ejercicio legítimo del empleador, al materializar su facultad del *ius variandi*. La primera, es que el trabajador puede invocar como justa causa para terminar el contrato “la exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató” (numeral 7, literal b, artículo 62 del CST). De lo anterior se concluye que, si el empleador cuenta con “razones válidas”,¹⁴ un cambio en el lugar de trabajo no puede

¹⁴ Adicionalmente, nótese que la exigencia de “razones válidas” consiste en una expresión que reitera la ejecución de los contratos de trabajo con base en las exigencias de la buena fe

ser considerado como justa causa para terminar el contrato de trabajo unilateralmente por el trabajador, ni tampoco le da derecho a beneficiarse de la correspondiente indemnización, pues ésta es la consecuencia jurídica del artículo titulado precisamente terminación del contrato por justa causa.

Brilla por su ausencia disposición alguna que establezca que el trabajador está obligado a aceptar un cambio de lugar de trabajo; todo lo contrario, los artículos 38 y 39 del CST determinan que es un elemento consensual entre las partes, por lo que debe existir siempre acuerdo de voluntades. En este sentido, si el empleador exige la prestación del servicio en un lugar distinto al pactado, necesita no sólo poseer razones válidas, es decir, justificaciones objetivas para sustentar el cambio de lugar, sino, adicionalmente, contar con el consentimiento del trabajador, pues *las cosas se hacen como se deshacen*, según el conocido principio de dogmática jurídica;¹⁵ por lo que, si las partes pactaron un lugar o sitio de trabajo, y este quiere ser modificado por cualquiera de ellas, es menester contar con el consentimiento de ambas. En conclusión, el empleador debe contar con el consentimiento del trabajador si pretende cambiar el lugar de trabajo, por lo que nos encontramos frente a una modificación del contrato de trabajo y no frente a una atribución del *ius variandi*.

La segunda consecuencia la encontramos en que el legislador enlistó algunas conductas que constituyen acoso laboral, entre las cuales se encuentra “el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa” (literal i, artículo 7, Ley 1010 de 1996). De nuevo se observa una condicionante: que el cambio de lugar se realice “sin ningún fundamento objetivo” para que pueda ser considerado como una conducta que constituya acoso laboral. Lo anterior, en tanto dicha exigencia debe ser interpretada dentro del alcance textual que fija el artículo, titulado precisamente como conductas que constituyen acoso laboral.

De las normas transcritas no se observa la obligación del trabajador de aceptar una modificación del lugar de trabajo, sino que cada una acoge un supuesto jurídico para darle una consecuencia precisa: o ser justa causa para terminar el contrato por parte del trabajador, o encontrarse dentro de una hipótesis de

(artículo 55 del CST).

¹⁵ “Conforme al principio de dogmática jurídica según el cual en derecho las cosas se deshacen como se hacen”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-439-16.htm>

conducta de acoso laboral, respectivamente. En este sentido, se debe insistir en que una interpretación distinta, por ejemplo, aquella en la cual se concluya que dichos artículos le otorgan al empleador el derecho de cambiar el lugar de trabajo sin el consentimiento previo del trabajador, daría lugar a desconocer que el lugar de trabajo es un asunto consensual entre las partes (artículos 38 y 39 del CST), y que, si alguna de las dos desea cambiarlo, necesita de la aquiescencia de la otra, pues se insiste en que las cosas se hacen como se deshacen, y esta consensualidad está expresamente dispuesta tanto en los contratos verbales como en los que se pactan por escrito (artículos 38 y 39 del CST).

Con lo anterior, se insiste en que la interpretación aquí propuesta, que consiste en no incluir dentro de la definición del *ius variandi* el cambio de lugar de trabajo, encuentra fundamento legal y constitucional si se hace una interpretación sistemática de las normas pertinentes, señaladas previamente, lo que además se ve respaldado por los principios *pro operario* y *pro homine*, pues la propuesta en el presente artículo es una interpretación que garantiza una mayor protección a la libertad de los trabajadores en el marco de los contratos de trabajo, lo cual es, además, la menos restrictiva, de conformidad con lo establecido por los tratados internacionales (artículo 5o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).¹⁶

En conclusión, se considera que el lugar de trabajo no puede entenderse como *ius variandi* por parte del empleador, sino que, precisamente, constituye una modificación del contrato de trabajo, y por ende, requiere el consentimiento del trabajador sobre el cambio para que produzca efectos jurídicos. Lo anterior, en tanto las normas antes referidas deben ser interpretadas dentro del marco conceptual establecido en cada una de ellas, y además, ninguna tiene la potencialidad de traspasar el carácter consensual de las disposiciones que establecen el lugar en donde se debe prestar el servicio.

¹⁶ Neita Rodríguez, Diana Katherine *et al.*, *Principio de norma más favorable, condición más beneficiosa e in dubio pro-operario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 26 y ss.

V. Consecuencias jurídicas de la extralimitación del ejercicio del *ius variandi* locativo

Ahora bien, el trabajador tiene tres opciones para responder a una extralimitación del ejercicio del *ius variandi* locativo por parte de su empleador: la primera, mediante el otorgamiento de su consentimiento, caso en el cual se está ante una modificación del contenido contractual, lo cual no generaría ningún conflicto entre las partes. En segundo lugar, si la conducta es rechazada por el trabajador, se debe determinar si la misma se encuadra dentro de la categoría de acoso laboral o no. En caso de no lograr constituirse como una hipótesis de acoso laboral, queda sólo la opción de terminar el contrato y solicitar la indemnización tarifada o la plena de perjuicios (artículo 62 del CST), y en tercer lugar, si la conducta es susceptible de constituirse en un acoso laboral, el trabajador puede realizar la denuncia y conservar su puesto de trabajo, lo que es más garantista para el trabajador.

A continuación, se mencionarán las normas que permiten determinar ante cuál de los anteriores escenarios jurídicos expuestos se encuentra el trabajador.

1. La modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador como justa causa para dar por terminado el contrato

Ahora bien, la principal consecuencia jurídica de la extralimitación del *ius variandi* es considerar el cambio de lugar como *ius variandi*, pues, como se explicó, esto conlleva una modificación contractual, por lo que se requiere no sólo las razones válidas, sino además el consentimiento en el cambio. Por lo anterior, resulta aplicable el artículo 62 del CST en el caso en que el trabajador no haya otorgado su consentimiento, libre de vicios, y de manera específica e informada.

Cuando esto no sucede, y se presente extralimitación del *ius variandi* locativo, el legislador estableció varias hipótesis que facultan al trabajador para que termine unilateralmente el contrato de trabajo y solicite una indemnización, entre ellas:

- “El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo”, entre las cuales se pueden incluir las relacionadas con el lugar de trabajo (numeral 1, literal b del artículo 62).

- “Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio”, por ejemplo, aquellos perjuicios producidos por la modificación del lugar de trabajo. Se resalta que el Código exige la demostración del dolo en su causación (numeral 5, literal b del artículo 62).
- “El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales”. Piénsese en el caso en que se prometió la ejecución del contrato en determinado lugar, pero el empleador no cumplió y exigió otro distinto (numeral 6, literal b del artículo 62).
- “La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató”. Esta es la norma fundamental para afirmar que un cambio en el lugar de trabajo necesita forzosamente la aceptación del trabajador, so pena de que se materialice la justa causa aquí mencionada (numeral 7, literal b del artículo 62).
- “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”. Frente a esto se deben entender incluidas las demás fuentes de derecho mencionadas, en las que se indique el lugar de trabajo, y este sea incumplido por el empleador (numeral 8, literal b del artículo 62).

En este orden de ideas, el legislador colombiano eligió que, la consecuencia jurídica de una extralimitación en el ejercicio del *ius variandi*, como ocurre al entender dentro de la definición de esta figura el cambio de lugar de trabajo, se concrete en la aplicación de las normas relacionadas con un incumplimiento contractual por parte del empleador,¹⁷ y en esta medida, lo que corresponde es

¹⁷ “El cumplimiento consiste en la conformidad de la conducta del deudor con lo señalado al respecto en el título (artículo 1627 [I] Código Civil), que se integra con el tenor del mismo, más las disposiciones de ley, de costumbre y de equidad, no sólo en lo que respecta de las obligaciones contractuales o más ampliamente, negociales (artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio), sino relativamente a todas (artículos 1604 y ss. del Código Civil Colombiano). Esa conducta es la prestación que no puede ser variada unilateralmente por ninguna de las partes (artículos 1626 y 1627 del Código Civil). Apartado el deudor de ella, ocurrido su incumplimiento (que en las prestaciones positivas tienen su primera manifestación en la mora: artículo 1615 Código Civil), como se ha expresado repetidamente, en

el cálculo de las indemnizaciones establecidas en el artículo 64 del CST, por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

No está de más recordar que dicha indemnización fue tarifada previamente por el legislador de acuerdo con la modalidad del contrato, pero ello no es óbice para que proceda el resarcimiento de perjuicios patrimoniales y no patrimoniales adicionales, si existe prueba de ello.¹⁸

2. La extralimitación del *ius variandi* como modalidad de acoso laboral

Además de las justas causas antes mencionadas, se debe precisar que, si se presentan hechos que configuran una conducta de acoso laboral, el trabajador puede denunciar o, incluso, renunciar motivadamente aduciendo la modalidad de persecución o de entorpecimiento laboral (numeral 2 y 4 del artículo 2 de la Ley 1010 de 2006).

De hecho, el legislador estableció como conductas que constituyen acoso laboral precisamente “el brusco cambio de lugar de trabajo[...] sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa” (literal i del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006) o “el sometimiento a una situación de aislamiento social” (literal n del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006).

Como se anticipó, en caso de que la conducta tenga la potencialidad de constituirse en un acoso laboral, el trabajador puede realizar la denuncia y conservar su puesto de trabajo, lo que es más garantista para el trabajador en tanto que le permite conservar el vínculo.

principio el acreedor puede exigir bien la prestación inicial (debito primario), así sea tardía, de ser aún posible su ejecución y conservar el interés en ella, o bien su equivalente pecuniario (debito secundario), pretensiones alternativas que puede ejercer a discreción suya en ese orden y modificar en el curso del proceso ejecutivo (artículos 495 y 504 del C. de P.C.). Hiniestrosa, Fernando, *op. cit.*, p. 545 y ss.

¹⁸ “El Tribunal restringió el alcance del artículo 64 del C. S. T, modificado por el artículo 6 de la ley 50 de 1990, en la medida que entendió que las únicas indemnizaciones a las que da lugar el despido directo o indirecto son las tarifadas en las normas en comento, cuando desde el Tribunal Supremo del Trabajo, conforme lo recordó la Sala en la sentencia 8533 del 12 de diciembre de 1996, la jurisprudencia laboral ha admitido que “Nada se opone, desde luego, a que, además (el trabajador) tenga derecho a reclamar indemnización por los otros perjuicios materiales y morales que la ruptura de su contrato le ocasione; mas estos deberá probarlos y determinarlos conforme al derecho común por cuanto ellos no se derivan necesariamente del vínculo contractual porque no son de su esencia”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Número de Radicación 19871, 1o. de agosto de 2003.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha reprochado el abuso del *ius variandi* tal y como lo señaló la Corte Suprema de Justicia,¹⁹ cuando analizó el caso de un empleador que contrató a un vendedor, pero:

[...] por algunas diferencias personales entre dicho trabajador y uno de sus socios lo trasladó de manera abrupta e inconsulta a otra de las áreas de la empresa. Dicha transferencia laboral se efectuó sin que se emitiera de parte del empresario una justificación técnica o de otra índole, y [...] Para aquel entonces se determinó que en la nueva sección en la que estaba prestando sus servicios el trabajador, se veía fuertemente expuesto a condiciones ambientales extremas, a horarios de trabajo variables y labores distintas a las inicialmente pactadas en el contrato laboral. Como el empleado se negó a aceptar el traslado de área y se comportó renuente a desempeñar las nuevas actividades demandadas, fue desvinculado de la empresa invocándose como justa causa de despido el incumplimiento del contrato.

Durante el proceso ordinario en instancias, el juez laboral decidió proteger el derecho del trabajador y estableció que en este caso *no existía una justa causa de despido*. Así las cosas, dejó claro que, aunque el empleador contaba con la facultad de realizar modificaciones unilaterales del contrato de trabajo en virtud del “*ius variandi empresarial*”, dicha potestad no podía ser utilizada de manera ilimitada y arbitraria atentando contra la dignidad del trabajador, su seguridad y formación profesional.²⁰

Si bien la Corte no encausa la argumentación en lo relacionado con el acoso laboral, estos hechos se pueden subsumir dentro de las hipótesis constitutivas de acoso mencionadas al iniciar el presente acápite, en tanto constituyen conductas frecuentes que fueron cristalizadas por el legislador. De la parte transcrita, se resalta que se concluyó la afectación a la dignidad del trabajador por el cambio de funciones en cuanto a que el desgaste del trabajador fue mayor en relación con las que venía desempeñando (vendedor), pese a que no existió una desmejora en el salario.

Es oportuno hacer una crítica en relación con la exigencia de concertación entre las partes. “Concertar” significa acordar o pactar según el Diccionario de la Real Academia Española. Es por ello que, si se está dentro del ejercicio legítimo del *ius variandi*, no se necesita que el trabajador exprese su consentimiento

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 8323 de 1982, reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia T-682 de 2014.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-682/2014, 10 de septiembre de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-682-14.htm>

to con el nuevo cambio o que acepte el mismo, tal y como no se requiere “en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo”, pues estos sí están contenidos dentro de la definición de “subordinación”, y por ende, dentro del *ius variandi*. En otras palabras, esta exigencia de aceptación de un cambio en las condiciones contractuales sólo es necesaria para la eficacia del acuerdo cuando se quiere modificar las condiciones del contrato, fuera de la facultad que otorga el *ius variandi*. De no ser así, la naturaleza jurídica de la facultad del *ius variandi* en cabeza del empleador no podría materializarse, pues en últimas estaría bajo la decisión del trabajador.

Es diferente, y en eso si se concuerda con las Cortes, que se exija que el empleador tome en consideración las manifestaciones que haga el trabajador sobre los efectos que una variación en el contrato puede producir en la vida del trabajador, para analizar si, en el caso concreto, estos tienen una relevancia tal que puede comprometer, por ejemplo, los derechos fundamentales del trabajador; argumentos que servirán, además, para establecer la existencia de arbitrariedad o no en la decisión del empleador, pues ningún ejercicio de un derecho puede ser arbitrario, ni mucho menos violar derechos fundamentales.

VI. Análisis de cláusulas de traslado por parte de la jurisprudencia

Como se explicó, nuestra posición es que en Colombia la definición legal de *ius variandi* no contiene el *ius variandi locativo*. Como esta interpretación difiere de la establecida por las altas Cortes (pues para estas, sí se entiende incluido el lugar), se deben realizar algunas precisiones para evitar un efecto dominó y poder así concretar otros aspectos que se han abordado en la jurisprudencia y que pueden ser compatibles con la definición aquí propuesta, sobre todo en lo relacionado con las cláusulas de traslado y carga de la prueba. Frente a este tipo de cláusulas, se consideran perfectamente compatibles las consideraciones jurisprudenciales que proceden a explicar para que las mismas cumplan con requisitos mínimos: que no sean generales ni abstractas, que no vulneren los derechos del trabajador, y que al momento de ejecutarlas no operen de manera automática, sino que se atiendan los mandatos de la buena fe verificando necesariamente las consecuencias para el trabajador.

La Corte Suprema de Justicia analizó una disposición contractual, mediante la cual la trabajadora se comprometía a aceptar cualquier otro cargo dentro de

la empresa que estuviera en capacidad de desempeñar, incluso un traslado, en el entendido que no constituía por sí solo desmejora o atentado contra el *ius variandi*.²¹ Si bien la Corte pudo determinar que el salario nunca disminuyó a pesar de que la trabajadora ocupó varios cargos, recordó que

La Corte ha considerado que un cambio de funciones que no implica disminución salarial puede llevar a un drástico desmejoramiento funcional e injustificado de las condiciones laborales del trabajador que es trasladado de cargo, lo cual en tales circunstancias no tendría respaldo en el ejercicio del *ius variandi* que le asiste al empleador por razón de su poder subordinante y, por el contrario, vulnera su dignidad (CSJ SL, 26 jun. 2012, rad, 44155).²²

Adicionalmente, la Corte Constitucional analizó los efectos de una cláusula del siguiente tenor:

e) El trabajador se compromete a aceptar traslado a cualquiera de las dependencias de la ELECTRIFICADORA dentro o fuera de su sede, para la cual ha sido contratado, igualmente se compromete el trabajador a aceptar cualquier otro empleo u oficio diferente al que inicialmente le asigne la electrificadora, siempre que no implique desmejora económica o de categoría.²³

Dicha estipulación se incorporó en el contrato de trabajo que se suscribió entre las partes el 18 de abril de 1983 y se pretendió hacer efectiva mediante escrito notificado al trabajador, el día 26 de septiembre de 2013. La Corte Constitucional concluyó que no era una simple coincidencia, sino un elemento de sospecha que la orden de traslado se efectuara ocho días después de la notifica-

²¹ La cláusula contractual suscrita por las partes, es del siguiente tenor: “Pues bien, revisado el contrato de trabajo suscrito de forma inicial por las partes (f.º 32 a 34), en el que la actora fue designada como jefe de oficina de planeación a partir del 27 de enero de 1997, se puede constatar que en la cláusula séptima las partes acordaron la «*aceptación de cualquiera otro empleo u oficio dentro de las dependencias de la empresa cuando las necesidades así lo requieran y el trabajador sea capaz de desempeñar; indicándose en el presente contrato que la ocurrencia de un traslado dentro de las dependencias de la empresa no constituye por sí sola la desmejora o atentado contra el IUS VARIANDI*»”.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL450, Radicación núm. 94193, 7 de marzo de 2023.

²³ Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-682/2014, 10 de septiembre de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-682-14.htm>

ción de la providencia condenatoria al empleador en un proceso donde se reconoció la existencia de un contrato de trabajo, y en el que participó como testigo el trabajador que fue transferido.

Además, la Corte expresó que el empleador decidió ignorar que el trabajador había diseñado y construido un proyecto de vida en la localidad en la que había pasado la mayor parte de la relación laboral, y que por ello estaba amparado bajo el principio de buena fe, dado el adecuado desempeño de las funciones que había realizado, y en la confianza legítima generada por el empleador, y que fue éste quien, abruptamente y por mera liberalidad, decidió ordenar el traslado, sin que existiera prueba que justificara técnicamente las razones por las cuales la empresa realizó el cambio de lugar de trabajo.

La empresa argumentó que era deber del trabajador, que había suscrito la cláusula antes transcrita hace más de 20 años, prever su situación familiar actual y así hubiese podido advertir que no podría ser objeto de traslado, y que, por el contrario, no hizo tal racionamiento.

La Corte rechazó dicha argumentación, al recordar al empleador, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 7887 del 16 de noviembre de 1981), que “*no se puede disponer del trabajador como si fuese una máquina o una mercancía*” y que:

Esta figura denominada por la jurisprudencia como “*ius variandi locativo*” ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral y se ha abordado como una facultad del empleador limitada por criterios de antigüedad, cargas empresariales y derechos adquiridos del trabajador.

3. El *ius variandi locativo*: Basta reseñar la importancia y complejidad del tema para confirmar plenamente las anteriores consideraciones, según las cuales no puede ser válido el poder de dirección de un patrono en esta materia tan delicada, cuando se pretende sustentarlo en la cláusula ambigua de un contrato impreso (T. Sala Franco, la movilidad del personal dentro de la empresa, Editorial Tecnos 1973).

Indica la doctrina que la movilidad del personal no es una facultad del empleador, unilateral y omnímoda, puesto que no se puede disponer del trabajador como si fuese una máquina o una mercancía, ya que él “*echa como las plantas sus propias raíces*”. Es evidente que el trabajador tiene un legítimo derecho a la inamovilidad, que le permite organizar su vida personal, social y familiar *sin trastornos innecesarios*.

El cambio de la sede de trabajo, que implica cambio de localidad, o sea el traslado en sentido propio, debe tener unos límites genéricos (causas justificativas de la actuación empresarial y respecto de los derechos adquiridos del trabajador), además de unos límites específicos, propios o impropios

como pueden ser el criterio de la antigüedad y el de las cargas empresariales, respectivamente. En todo caso, debe obedecer a criterios objetivos y no puede imponerse sobre la base de un pacto impuesto y además ambiguo, en el cual se prevé el cambio de dependencia, pero no el de localidad y menos aún entendida como cambio de ciudad y de región” [énfasis añadido].

Siguiendo este hilo argumentativo, en un caso posterior, la Sección Primera de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia núm. 4756 del 30 de enero de 1992, retomó los anteriores argumentos y explicó de manera más detallada el concepto de “*ius variandi locativo*” resaltando que el mismo debe atender las exigencias técnicas y organizativas, sin desconocer las consecuencias laborales, familiares y económicas del traslado. Para ello determina algunos otros criterios a tener en cuenta al momento de realizar la valoración “*técnica y objetiva*” de los traslados, y efectúa una diferenciación importante entre los altos ejecutivos o trabajadores muy calificados y los que no están dentro de este calificativo” [énfasis añadido].²⁴

Para la Corte Constitucional el empleador debe considerar determinados aspectos, como los siguientes:

[...] no es lo mismo realizar el traslado de un trabajador con el cual se convino desde el principio unas situaciones de movilidad de domicilio, cuando se llevan solo algunos meses o días en un cargo, se tiene menos edad, se cuenta con situaciones familiares distintas (por lo menos cuando no se tienen hijos menores o personas a cargo), que trasladar a un trabajador que ha desempeñado sus labores en un mismo lugar y bajo ciertas condiciones durante más de 20 años, y su familia tiene una situación de vida consolidada.

Al respecto la Corte recuerda que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es el empleador el que tiene la carga de observar el conjunto de elementos que conforman el entorno de la vida del trabajador y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo presente que su potestad no lo reviste de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como un simple “activo” de la empresa, sino como un ser humano libre, responsable y digno, en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva.²⁵

En el caso analizado, la Corte ordenó al empleador que procediera “de inmediato” a realizar el traslado del trabajador al cargo que había desempeñado, para proteger así el derecho fundamental a la unidad familiar y al trabajo en condi-

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

ciones dignas, así como de abstenerse, en el futuro, de incurrir en cualquier otro acto discriminatorio contra el trabajador.

Se resalta además que la decisión no tuvo como objeto declarar la nulidad o ineficacia del traslado inicial, ni mucho menos, la de reconocer indemnización alguna por el perjuicio que tuvo el trabajador y su familia ante el uso arbitrario de la facultad de traslado que materializó en el caso concreto, por lo que esta alternativa permanece abierta mediante el inicio de un proceso ordinario laboral.

VII. La carga de la prueba en el ejercicio del *ius variandi*

La Corte Constitucional exige al empleador que pruebe las razones en las que se basó para hacer uso del *ius variandi*: “en esta ocasión, no existe prueba que justifique técnicamente las razones por las cuales la empresa realizó el cambio de plaza laboral, máxime teniendo en cuenta que, conforme a las certificaciones laborales allegadas por la misma, se verifica el adecuado desempeño y trayectoria que ha tenido como trabajador el peticionario”.²⁶

La Corte Constitucional exige la prueba al trabajador de las afectaciones que debió o debería afrontar con el ejercicio por parte del empleador del *ius variandi*: “se debe advertir que siempre que una persona se sienta afectada con una medida tomada por su empleador en virtud del “*ius variandi*” debe probar de qué manera lo está perturbando, ya que no basta simplemente con manifestar su inconformidad”.²⁷

Frente al cambio de lugar de trabajo, sobre lo cual se insiste en que necesariamente requiere la aceptación del trabajador o la existencia de una cláusula de traslado, pues el legislador no lo acogió dentro de la definición del *ius variandi*, es menester que los empleadores, y posteriormente los jueces, valoren muchos factores como la capacidad que tiene el trabajador de sobreponerse al cambio de lugar o la potencialidad del empleador de disponer de la movilidad de un trabajador especializado en relación con uno que no posee un nivel alto de cualificación, por lo que se diferencia la situación en la que se encuentra un dirigente a quien no lo es. Todo lo anterior con el fin de dotar de objetividad la decisión del empleador “como son las técnicas, de organización y las propia-

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

mente humanas sin que tal medida pueda llegar a implicar el desconocimiento del derecho del trabajador a que su situación laboral, familiar y económica no sea desmejorada”.²⁸

VIII. Conclusiones

Con el presente escrito se quiso facilitar la labor de los operadores jurídicos otorgando elementos para determinar: cuándo se está frente a una modificación del contrato de trabajo; cuándo frente a una novación contractual; y cuándo frente al ejercicio legítimo del poder subordinante del empleador, caso en el cual estaríamos frente a la aplicación de la facultad del *ius variandi*, la cual no requiere consentimiento por parte del trabajador.

Adicionalmente, se espera que lo aquí evidenciado sirva para identificar algunos desaciertos en la jurisprudencia, pues la definición del *ius variandi* no puede consistir en la modificación, sino simplemente en la variación o alteración por parte del empleador de la forma en cómo se está desarrollando el trabajo, ni mucho menos contener el cambio de “lugar”, cuando el legislador no lo estableció así.

Al respecto, se recuerda que la Corte Constitucional definió al *ius variandi* como la “potestad de *modificar* el modo, el *lugar*, la cantidad o el tiempo de trabajo”²⁹ (énfasis añadido). Esto se considera incorrecto pues no se puede equiparar el ejercicio del *ius variandi*, el cual “no requiere el consentimiento previo del trabajador, por lo que puede ser ejercitado de manera unilateral”,³⁰ a la modificación del contrato de trabajo, pues para modificarlo se necesita el consentimiento del trabajador. En otras palabras, no resulta coherente definir el *ius variandi* con la palabra modificación, pues son dos figuras jurídicas distintas, por lo que el *ius variandi* no es una modificación del contrato ya que no requiere el consentimiento del trabajador para su eficacia.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-797/05, 3 de agosto de 2005. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-797-05.htm>

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL450, Radicación núm. 94193, 7 de marzo de 2023.

Finalmente, es importante precisar que otro desacierto en el que ha incurrido la jurisprudencia es la de incluir el cambio del lugar de trabajo dentro de la categoría de ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador, pues el cambio de lugar no fue previsto por el legislador dentro de la definición de subordinación; pero además, al hacer un análisis armónico del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que el legislador exigió que el lugar debe ser pactado de común acuerdo por las partes (artículos 38 y 39 del CST) y que se le dio, con el cambio de lugar, la categoría de justa causa para terminar el contrato de trabajo por parte del trabajador, en especial si se tiene en cuenta lo establecido en el numeral 7, literal b del artículo 62 o en las modalidades de acoso laboral antes señaladas. Es por esto que el cambio del lugar de trabajo no se encuentra dentro del ejercicio del *ius variandi*, y es esta exclusión la que debe primar en virtud del principio *pro operario* que implica la aplicación de la interpretación más favorable al trabajador, tal y como fue explicado en el presente escrito.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la jurisprudencia no ha explorado la argumentación aquí propuesta, sino que entiende la modificación del lugar dentro de la definición del *ius variandi*. Por esto, lo que pretendió el presente escrito fue demostrar no sólo la incorrecta aplicación del *ius variandi* locativo en Colombia, sino intentar lograr una transformación tanto a nivel jurisprudencial como práctico en beneficio del trabajador, tal y como lo configuró el legislador.

IX. Bibliografía

- Bermudez, Katerine, “Vicisitudes del contrato de trabajo”, en *Derecho del trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, *Estatuto del personal de agentes de la policía nacional*, Sentencia T-355/2000, 27 de marzo de 2000. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-355-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Derecho a la salud y a la vida digna*, Sentencia T-407, 5 de junio de 1992. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-407-24.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela contra acto administrativo de traslado laboral*, Sentencia T-528/17, 15 de agosto de 2017.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-528-17.htm#:~:text=T%2D528%2D17%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20acci%C3%B3n%20de%20tutela%20ser%C3%A1,del%20servicio%2C%20o%20i>.

Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-682/2014, 10 de septiembre de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-682-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Ius variandi*, Sentencia T-797/05, 3 de agosto de 2005. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-797-05.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Número de Radicación 19871, 1o. de agosto de 2003.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL450, Radicación núm. 94193, 7 de marzo de 2023.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4530, Radicación núm. 82478, 11 de noviembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 8323 de 1982, reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia T-682 de 2014.

Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-439-16.htm>

Neita Rodríguez, Diana Katherine *et al.*, *Principio de norma más favorable, condición más beneficiosa e in dubio pro-operario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Neme Villareal, Martha Lucía, *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Orijuela, Laura *et al.*, *Protección del derecho al trabajo: jurisprudencia constitucional*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Real Academia Española, “Novación”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023. <https://dpej.rae.es/lema/novaci%C3%B3n>

Cómo citar

IJ-UNAM

Tovar-Reyes, Sandra Lucía, “Desacuerdo jurisprudenciales en la definición del *ius variandi locativo* en Colombia”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 173-197. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19453>

APA

Tovar-Reyes, S. L. (2025). Desacuerdo jurisprudenciales en la definición del *ius variandi locativo* en Colombia. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 173-197. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19453>

La excepcionalidad de la conciliación prejudicial

The exceptionality of prejudicial conciliation

Le caractère exceptionnel de la conciliation préjudiciaire

Verónica Lidia Martínez Martínez

 <https://orcid.org/0000-0002-7927-3006>

Universidad Anáhuac. México

Correo electrónico: veronica.martinezma@anahuac.mx

Recepción: 19 de agosto de 2024

Aceptación: 22 de octubre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19479>

RESUMEN: La reforma en materia de justicia laboral, con su consecuente reforma de la Ley Federal del Trabajo, ha generado una re-evolución del derecho social. La implementación y operación de la conciliación prejudicial obligatoria, a cargo del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y de los centros de conciliación laborales no ha sido una labor sencilla. Al respecto, han surgido diversas interrogantes en su implementación y operación, así como en lo referente a los casos en que no es necesario agotar el procedimiento de conciliación prejudicial. Estos son el objeto de estudio de este trabajo, con base en la teoría del derecho, los casos contenciosos que se han sometido a la resolución de los órganos jurisdiccionales, la normativa aplicable y su posible reforma, con la finalidad de erradicar las inconsistencias y omisiones del procedimiento de conciliación prejudicial instaurado en cumplimiento del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) para acceder a una justicia pronta y completa en los ámbitos administrativo y jurisdiccional.

Palabras clave: conciliación; excepciones; seguridad social; derecho laboral; centros de conciliación.

ABSTRACT: The reform in the area of labor justice with its consequent reform of the Federal Labor Law has generated a re-evolution of social law. The implementation and operation of mandatory prejudicial conciliation by the Federal Center for Conciliation and Labor Registration and the Labor Conciliation Centers has not been an easy task. Various questions have arisen in its implementation and operation, as well as in relation to the cases in which it is not necessary to exhaust the prejudicial conciliation procedure, which are the object of study of this work based on the theory of law, the contentious cases that have been submitted to the resolution of the jurisdictional bodies, the applicable regulations and their possible reform, in order to eradicate the inconsistencies and omissions of the prejudicial conciliation procedure established in compliance with the Treaty between the United Mexican States, the United States of America and Canada (T-MEC) to access prompt and complete justice in the administrative and jurisdictional spheres.

Keywords: conciliation; exceptions; social security; labor law; conciliation centers.

RÉSUMÉ: La réforme de la justice du travail et la réforme conséquent du Code fédéral du travail ont généré une ré-évolution du droit social. La mise en œuvre et le fonctionnement de la conciliation préjudiciable obligatoire par le Centre fédéral de conciliation et d'enregistrement du travail et les Centres de conciliation du travail n'ont pas été une tâche simple. Diverses questions ont été soulevées lors de sa mise en œuvre et de son fonctionnement, ainsi qu'en relation avec les cas dans lesquels elle a lieu; Il n'est pas nécessaire d'épuiser la procédure préliminaire de conciliation, qui fait l'objet d'étude de cet ouvrage basé sur la théorie du droit, les cas contentieux qui ont été soumis à la résolution des organes juridictionnels, la réglementation applicable et son éventuelle réforme, avec dans le but d'éradiquer les incohérences et les omissions de la procédure préliminaire de conciliation établie conformément au Traité entre les États-Unis du Mexique, les États-Unis d'Amérique et le Canada (T-MEC) pour accéder à une justice rapide et complète dans les domaines administratif et juridictionnel.

Mots-clés: conciliation; exceptions; sécurité sociale; droit du travail; centres de conciliation.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La conciliación prejudicial y sus excepciones.* III. *Discriminación en el empleo.* IV. *La designación de beneficiarios.* V. *Los conflictos individuales de seguridad social.* VI. *Tutela de derechos fundamentales y libertades pública.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias tiene como finalidad dilucidar las controversias que surgen entre las partes involucradas. A la conciliación, en el ámbito laboral, se le dota de un carácter obligatorio prejudicial, porque se lleva a cabo en la sede del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL) y en los centros de conciliación locales, por lo que se atribuye a la constancia de no conciliación el carácter de requisito procedibilidad de la demanda que se interponga ante los tribunales laborales.

El objeto de estudio de este trabajo se centra en analizar a las controversias que, por su naturaleza, se les excluyó de la obligatoriedad de agotar el procedimiento de conciliación. Para lograr tal cometido, primero, conceptualizaremos a la conciliación e identificaremos los casos que se exceptuaron de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial. Posteriormente, en los subsecuentes apartados, nos ocuparemos de analizar cada uno de los supuestos de excepción previamente identificados mediante la teoría del derecho, los casos contenciosos que se han sometido a la resolución de los órganos jurisdiccionales, la normativa aplicable y su posible reforma, con la finalidad de erradicar las inconsistencias y omisiones del procedimiento de conciliación prejudicial como una de las piezas claves que contribuye a lograr la justicia social.

II. La conciliación prejudicial y sus excepciones

La conciliación realizada por las partes, o a través del nombramiento de un tercero denominado *conciliador*, es un medio alternativo de solución de controversias de carácter voluntario. En el ámbito laboral, con la finalidad de lograr la autocomposición de los conflictos laborales, la conciliación puede llevarse a cabo en las sedes de los centros de conciliación federal o locales (conciliación extrajudicial), o en los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas (conciliación judicial). Se tiene como ejemplos a la Ley núm. 24.624 y el Decreto Ley núm. 1169/96 en Argentina, así como la Ley núm. 18.847 de Abreviación de los Procesos Laborales en Uruguay, la conciliación a cargo de los centros de conciliación en México tiene un carácter extrajudicial y obligatorio, que hace procedente la inadmisión de las demandas

laborales cuando se omite presentar la constancia que acredite la conclusión del procedimiento de conciliación prejudicial.

El artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo exime a las personas trabajadoras y empleadoras de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial y de exhibir la constancia de no conciliación en los casos siguientes:

I. Discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual;

II. Designación de beneficiarios por muerte;

III. Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo;

IV. La tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

En este último supuesto se encuentra la libertad de asociación y la libertad sindical, que incluye la impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación, así como el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva y la disputa de la titularidad de contratos colectivos o contratos ley.

La interpretación jurisdiccional ha sido fundamental para delimitar y determinar el contenido de los supuestos en que no es necesario agotar el procedimiento de conciliación prejudicial, de cuyo estudio nos ocupamos en este trabajo como resultado de las controversias suscitadas en el nuevo modelo de justicia laboral motivado por la entrada en vigor del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC).

III. Discriminación en el empleo

La doctrina y la jurisprudencia han distinguido a la discriminación de hecho (*de facto* o invisible) de la discriminación legal (normativa o *de jure*). El primer tipo de discriminación opera ante la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado, como, por ejemplo, las decisiones de un empleador para no otorgar becas para miembros no indígenas.¹

¹ Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 176.

La discriminación legal es aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o ejercicio de un derecho. Este tipo de discriminación puede ser directa o indirecta.² La discriminación normativa directa es aquella en la que se tiene en cuenta una condición o categoría sospechosa, por ejemplo, ser extranjero, mujer, tener un rasgo étnico o profesar una determinada religión para brindar un trato menos favorable que otro en una situación comparable. La acumulación de varios motivos de discriminación, de forma que uno se añade a otro (con independencia) para crear una carga añadida, da lugar a la discriminación múltiple adicional.³ En cambio, el surgimiento de una nueva forma de discriminación múltiple, que es resultado de la combinación e interacción de una diversidad de prácticas discriminatorias, se denomina *interseccional*.

Por otra parte, la discriminación indirecta tiene lugar cuando existen leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que, por sus efectos exclusivos o desmedidos en la práctica, provocan una situación de trato desigual y perjudicial para una determinada persona o grupo⁴ con una religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual determinadas respecto de otras personas. Un ejemplo de discriminación legal indirecta son la aplicación de normas desfavorables a las personas trabajadoras a tiempo parcial, porque puede suponer una discriminación indirecta contra las mujeres que, en su mayoría, prestan sus servicios conforme a esta modalidad de contratación. Por lo tanto, conforme a estas directrices el principio de igualdad de trato consiste en la ausencia de toda discriminación directa o indirecta.⁵

En el ámbito procedimental existen disimilitudes entre los dos tipos de discriminación legal. A diferencia de la discriminación normativa directa, en la que sólo deberá acreditarse lo injustificado del criterio de distinción, en la discrimi-

² *Ibidem*, pp. 175 y 176.

³ Lama Aymá, Alejandra de, “Discriminación múltiple”, *Revista ADC*, tomo LXVI, fasc. 1, 2013, pp. 273-279.

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 20, párrafo 10.b. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_-Base/CES-CR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

⁵ Art. 2.1, Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

nación normativa indirecta también deberá probarse el resultado perjudicial que tiene el criterio sobre una determinada persona o grupo.⁶

Sin olvidar que la igualdad no es la eliminación de la diversidad, e implica el reconocimiento de las diferencias entre las personas o los grupos sociales, el Estado está facultado para tratar a las personas de modo diferente cuando exista un criterio justificado. Los cuatro criterios que el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido para identificar una distinción discriminatoria son los siguientes:⁷

1. Que no sea aplicada en forma objetiva, sino a partir de una característica subjetiva de la persona
2. Que no persiga un propósito legítimo
3. Que carezca de justificación razonable
4. Que no exista proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida

Asimismo, en la Opinión Consultiva núm. 18/03, del 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al examinar las implicaciones de trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, determinó lo siguiente:⁸

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

⁶ *Idem*.

⁷ Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p. 34.

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva núm. 18/03, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

De acuerdo con lo expuesto, no se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada,⁹ o cuando una norma nacional obligue a las personas trabajadoras a jubilarse al alcanzar determinada edad con la finalidad de fomentar la ocupación laboral de los jóvenes.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sostenido que, cuando una distinción impugnada se apoya en una “categoría sospechosa”, debe realizarse un *test* del escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad, a la luz del principio de igualdad, porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales.¹⁰ La primera parte del *test* exige examinar si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional; es decir, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible. En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa se vincula con la finalidad constitucionalmente imperiosa, es decir, debe estar totalmente encaminada a su consecución, sin que pueda considerarse suficiente la potencial conexión con los objetivos. En tercer lugar, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad propuesta.¹¹ De esta manera, el escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que únicamente serán constitucionales las que tengan una justificación robusta.

La discriminación, al tener por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo, transgrede el contenido esencial del derecho humano al trabajo, conduce a situaciones contrarias a la justicia social, a la razón y la naturaleza de las cosas que rehúyen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Por estas agravantes la discriminación es inconciliable y se exime de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial a la parte afectada con las distinciones basadas en una categoría sospechosa apoyada en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. de la Constitución

⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, *cit.*

¹⁰ Tesis 2a. LXXXIV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 440; Tesis P./J. 120/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1255, y Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183.

¹¹ Tesis 1a./J. 87/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 109.

Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM): origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra.

Cuando en la solicitud de conciliación se manifieste la existencia de acoso sexual, discriminación u otros actos de violencia contemplados por la ley en los que exista el riesgo inminente de revictimización, la autoridad conciliadora tomará las medidas conducentes para que en ningún momento se reúna o encare a la persona citada a la que se le atribuyen tales actos. En estos casos, el procedimiento de conciliación se llevará con el representante o apoderado del citado.

IV. La designación de beneficiarios

Los conflictos de seguridad social en los que, por lo general, se solicita el pago de una pensión que se equipara a los alimentos, en los casos de una incapacidad permanente, invalidez, enfermedad, maternidad y muerte, deben resolverse en un período breve de tiempo, por significar una necesidad apremiante para la persona trabajadora y sus beneficiarios que, de no cubrirse, podría poner en peligro la existencia humana. Por tal motivo, se encuentran exceptuados de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial.

La designación de beneficiarios por muerte, como supuesto de excepción del agotamiento del procedimiento de conciliación prejudicial, ha resultado un tema debatible en el ámbito jurisdiccional cuando se encuentra vinculada con el reclamo de los derechos generados por la persona fallecida, por los efectos que produce, por la colisión del principio de continencia de la causa en sentido negativo con el principio de sencillez, y por las disimilitudes existentes entre el procedimiento establecido en la Ley Federal del Trabajo para obtener la declaración de beneficiarios y el procedimiento que debe agotarse para obtener el pago de los derechos de sucesión prestacional generados por la persona trabajadora fallecida en favor de los beneficiarios.

Una determinación adoptada por los tribunales laborales ha sido proceder a admitir la demanda que contenga las acciones de declaración de beneficiarios y la devolución de los recursos existentes en la cuenta individual del derechohabiente fallecido, con el dictado de la suspensión del procedimiento, para que las partes acudan al centro de conciliación a iniciar el procedimiento de conciliación para solicitar la devolución de los recursos existentes en la cuenta indivi-

dual del derechohabiente, mientras que del reconocimiento y la declaración de beneficiarios se ocupará el tribunal laboral.

Esta resolución ha sido objetada por contravenir el principio de la continencia de la causa como máxima directriz que debe ser observada en el dictado de las sentencias. De acuerdo con el principio de la continencia de la causa, algunos tribunales laborales se han ocupado de la declaración de beneficiarios y de la devolución de los recursos existentes en la cuenta individual del derechohabiente fallecido en una sentencia, con el fin de no fragmentar el litigio y que exista claridad, precisión y congruencia con la demanda, contestación, y demás pretensiones deducidas en el juicio, para evitar pronunciar resoluciones contradictorias. Las sentencias como normas individualizadas deben cumplir con los cinco niveles de racionalidad que se exponen en la tabla 1.

Tabla 1. Niveles de racionalidad de las normas individualizadas

Nivel	Editores	Destinatario	Sistemas jurídicos	Fines	Valores
R1	Emisor	Receptores del mensaje (legal)	El emisor sea capaz de transmitir con fluidez un mensaje (sentencia) al receptor (destinatario)	Claridad Precisión	Comunicación
R2	<i>Órgano al que se atribuye capacidad de producir D. Legislativo</i>	Individuos y órganos a los que se dirige la sentencia	Que la sentencia se inserte de manera armónica dentro del sistema jurídico	Sistematicidad Plenitud Coherencia	Seguridad Previsibilidad

R3	<i>Órgano al que se presta obediencia (soberano)</i>	Burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos)	Se dirige a los destinatarios para que adecuen su conducta a lo prescrito por la sentencia	Cumplimiento	Mantenimiento del orden Eficacia
R4	Portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etcétera)	Afectados por la regulación del interés o necesidad social	Cumplimiento de fines sociales en las sentencias	Fines sociales Redistribución de la riqueza Aumento o disminución de la protección social Reducción del desempleo, por citar algunos ejemplos	Eficiencia social
R5	Autoridad legítima	Obligados moralmente a obedecer las leyes	Conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente	Libertad Igualdad Justicia	Dignidad humana Consenso Etcétera

Fuente: elaboración propia, con base en Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas, 1997, pp. 53 y 54.

Por lo tanto, a todas y cuantas controversias se deriven de la declaración de beneficiarios por muerte de la persona trabajadora se les considera como conflictos inherentes,¹² por lo que es procedente atender conjuntamente en la sentencia a la solicitud de declaración de beneficiarios y a la pretensión que la parte soli-

¹² Tesis (IV Región) 1o.53 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, julio de 2023, p. 2431.

citante persigue con esa declaración que, en la mayoría de los casos, es obtener un beneficio económico.

Para ejemplificar lo anterior, nos remitimos al caso de una persona que solicitó su reconocimiento y designación como beneficiaria del trabajador fallecido, así como la devolución de los recursos de su cuenta individual de aquella. La Segunda Sala de la SCJN consideró que ambas acciones se encuentran estrechamente relacionadas por derivar de una misma causa eficiente —pues la primera, consistente en la designación de beneficiarios, constituye el medio para obtener la entrega de saldo de la cuenta individual, y a su vez, esta última está sujeta a que la parte interesada sea designada como beneficiaria—,¹³ hace procedente estudiar a la demanda en su integridad, porque los actos están fuertemente ligados entre sí, y forman una unidad que no es posible fragmentar (principio de indivisibilidad).

Conforme a esa directriz hermenéutica, la Segunda Sala de la SCJN ha determinado que, cuando las prestaciones demandadas deriven de una misma causa eficiente, el operador jurídico deberá privilegiar y procurar mantener unida la pretensión, por lo que no deberá fragmentar a esta, como tampoco dividir la continencia de la causa, pues actuar de modo contrario implicaría obligar a los quejosos a litigar dos veces un mismo asunto. En efecto, una vez reconocida la calidad de beneficiarios, en contravención al derecho fundamental de acceso a una justicia pronta y completa, así como los principios de economía procesal y no división de la continencia de la causa —reconocidos en los artículos 17 de la CPEUM; 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 685 de la Ley Federal del Trabajo—, tendrían que promover un nuevo juicio para obtener el pago de las prestaciones inherentes a su calidad de beneficiarios que fue reconocida en un juicio diverso.¹⁴

Adicionalmente a lo expuesto, cuando se solicita la declaración de beneficiarios y la cobertura de los derechos prestacionales que pueden derivarse del procedimiento declarativo, no pueden ser objeto de una conciliación. Su otorgamiento y pago debe decretarse en favor de la persona legitimada, por tratarse de derechos adquiridos, ciertos, indiscutibles e indisponibles generados por su titular fallecido, cuya finalidad es la protección del núcleo familiar y el interés

¹³ *Idem*.

¹⁴ Tesis 2a./J. 45/2023 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, agosto de 2023, p. 1885.

superior de los menores cuando se les reconoce como beneficiarios, sin que pueda operar la voluntad de las partes, la transacción o el arreglo conciliatorio.

Incluso, las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore), al ser depositarias de los recursos de las cuentas individuales, carecen de facultades para conciliar, porque su función queda limitada a realizar la entrega de los recursos de la cuenta individual en favor de las personas reconocidas como beneficiarios sin que medie cuestionamiento alguno. En la mayoría de los casos prácticos, la previa intervención del centro de conciliación, sin que exista la designación de beneficiarios por parte de un órgano jurisdiccional resulta infructífera por no existir certeza y seguridad jurídica en lo referente a la persona o personas legitimadas para recibir los recursos de la cuenta individual.

Y, por parte del solicitante, ¿sería fructífero que una persona, sin contar con el reconocimiento y declaración de beneficiario, agote un procedimiento de conciliación prejudicial? ¿Con qué facultades podría acudir y obligarse la parte solicitante en la conciliación? ¿Con qué facultades podrían asumir los organismos aseguradores sociales y privados una solución ante la falta de reconocimiento y designación de la persona beneficiaria?

Frente a las anteriores interrogantes, es necesario señalar que el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo no instituye a la declaración de beneficiarios como acto de legitimación para reclamar los derechos de la persona trabajadora fallecida. Sin embargo, las Afore y el Infonavit, para evitar incurrir en una probable responsabilidad administrativa por realizar un pago indebido, solicitan la presentación de la sentencia de declaración de beneficiarios.

V. Los conflictos individuales de seguridad social

Un conflicto individual de seguridad social es toda controversia que tiene por objeto reclamar el otorgamiento de prestaciones en dinero o especie establecidas en la diversidad de sistemas de seguros sociales existentes en el sistema jurídico mexicano, o que se suscitan en lo referente a la cobertura de las aportaciones de seguridad social en su calidad de contribuciones. De acuerdo con esta conceptualización, la controversia que da lugar a los conflictos individuales de seguridad social puede tener una naturaleza social o fiscal, que repercute en la manera de resolverlos y en la autoridad competente encargada de ello. El juicio contencioso administrativo es el procedimiento aplicable cuando la controversia

de seguridad social tiene un origen e impacto fiscal; principalmente, porque las aportaciones de seguridad social son contribuciones conforme al artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación. Sin embargo, por estar fuera del objeto de estudio de este trabajo, omitiremos realizar su estudio.

En cambio, los dos procedimientos especiales que deben seguirse en los conflictos individuales de seguridad, normados en los artículos 899-A a 899-G de la Ley Federal del Trabajo, son los aplicables a los derechohabientes del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), para demandar la devolución de los recursos de la cuenta individual y las prestaciones establecidas en la Ley de Seguro Social de 1973 y 1997, la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y sus correspondientes disposiciones reglamentarias.

De acuerdo con la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo, las prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo se encuentran exceptuadas de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial. La inadecuada redacción de la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo ha provocado interpretaciones divergentes por parte de los órganos jurisdiccionales. En primer lugar, al emplear la expresión “prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo” hace innecesaria que la disposición normativa realice la referencia a las prestaciones de seguridad social por accidentes de trabajo, por estar estos últimos incluidos en la conceptualización normativa de los riesgos de trabajo contenida en el artículo 41 la Ley del Seguro Social, que textualmente dispone que los “Riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo”.

Asimismo, resulta innecesaria la expresión “prestaciones en especie” porque, ante la previa referencia genérica a las prestaciones de seguridad social —por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida y guarderías—, se encuentran contempladas las prestaciones en dinero y *en especie* establecidas en la Ley del Seguro Social para cada uno de estos seguros que tienden a cubrir contingencias diversas.

Peró, sobre todo, la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo no contempla la cobertura de los seguros que el artículo 11 de la Ley del Seguro Social reconoce en favor de sus destinatarios, pues únicamente se

encuentra la referencia a los seguros de riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida y guarderías, pero se excluye la mención de los seguros aplicables para el retiro laboral, esto es, retiro anticipado, la cesantía en edad avanzada y a la vejez, además de las prestaciones sociales.¹⁵

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, al resolver el amparo directo 701/2021, en la sesión de 11 de noviembre de 2021, referente al reclamo de las prestaciones del seguro de vejez, consideró que en la aprobación del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo existió una omisión legislativa relativa, en competencia de ejercicio obligatorio de parte del órgano legislativo al haberse emitido de manera incompleta o deficiente,¹⁶ por omitir incluir de manera expresa a todos los seguros que el artículo 11 de la Ley del Seguro Social reconoce, tal y como estaban considerados de conformidad con el capítulo 23-A del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).¹⁷

En cambio, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en el amparo directo 75/2021, resuelto en la sesión del 1o. de julio de 2021, con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, en el amparo directo número 329/2021 (cuaderno auxiliar 338/2021), sesionado el 27 de agosto de 2021 y el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, en el amparo directo 348/2021 (cuaderno auxiliar 642/2021), sesionado el 29 de noviembre de 2021, concluyeron que el artículo 685-ter de la Ley Federal del Trabajo debe interpretarse de forma restrictiva, con la finalidad de respetar el propósito del legislador federal consistente en desahogar la carga de los tribunales de trabajo y agilizar la justicia laboral a través de un medio alternativo¹⁸ de solución de controversias.

Para los referidos órganos jurisdiccionales, el hecho de que en la fracción III, del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo utilice la expresión “presta-

¹⁵ Martínez Martínez, Verónica Lidia, “La quimérica conciliación en los conflictos individuales de seguridad social”, *Revista Internacional de Protección Social*, vol. 8, núm. 1, 2023, p. 175.

¹⁶ Amparo directo D.T. 701/2021, Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Segundo Circuito, 11 de noviembre de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp>

¹⁷ Martínez Martínez, Verónica Lidia, *op. cit.*, p. 175.

¹⁸ *Ibidem*, p. 176.

ciones de seguridad social”, genera que, en los casos de riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo no sea obligatorio agotar el procedimiento de conciliación prejudicial. Sin embargo, la devolución y el pago de las aportaciones de seguridad social, al no estar enlistadas como un caso de excepción en el dispositivo legal en comento, hace necesaria la obtención de la constancia que acredite la conclusión del procedimiento conciliatorio como un requisito de procedibilidad para que los derechohabientes del IMSS y del Infonavit, así como los titulares de las cuentas individuales administradas por las Afore puedan accederse a la vía jurisdiccional ante los tribunales laborales.¹⁹

Y a pesar de que el artículo 899-C de la Ley Federal del Trabajo no exige como requisito, en el caso de los procedimientos aplicables a los conflictos individuales de seguridad social, que la parte actora añada a su demanda la constancia de no conciliación, esto no significa que todas las prestaciones de seguridad social se encuentren exceptuadas de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial.²⁰

Ante la contradicción de criterios, resultó necesaria la intervención de la Segunda Sala de la SCJN para que decidiera que criterio debía prevalecer. Conforme a una interpretación literal y restrictiva de la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo, por tratarse de casos de excepción en los que no es obligatorio agotar el procedimiento de conciliación prejudicial, la SCJN determinó que en los conflictos individuales de seguridad social interpuestos para demandar el pago de las prestaciones de los seguros de cesantía en edad avanzada o vejez, así como la devolución y el pago de las aportaciones de seguridad social, no pueden considerarse como supuestos en los que no exista la obligación de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial “porque el legislador

¹⁹ Amparo directo 75/2021, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, 1o. de julio de 2021; Amparo directo número 329/2021 (cuaderno auxiliar 338/2021), Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, 27 de agosto de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes//ExpedienteTipo.asp>; Amparo directo 348/2021 (cuaderno auxiliar 642/2021), Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, 29 de noviembre de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes//ExpedienteTipo.asp>

²⁰ Amparo directo D.T. 701/2021, *op. cit.*

las visualizó como un aspecto conciliable”.²¹ “Considerar lo contrario implicaría el riesgo de desnaturalizar la vía conciliatoria que el Poder Reformador plasmó a nivel constitucional, como una de las piezas torales para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral de manera expedita y gratuita”.²²

No obstante que la SCJN consideró a las controversias de seguridad social derivadas de los seguros de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como a la devolución y el pago de las aportaciones de seguridad social como conciliables, la realidad ha demostrado su poca eficacia. Del 18 de noviembre de 2020 al 15 de octubre de 2023 se han conciliado el 1.8% de las controversias de seguridad social. El 1.2% corresponde a convenios celebrados en materia de pensiones de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, mientras que el 0.6% representan los asuntos conciliados referentes a la devolución de recursos de la cuenta individual.²³

El fracaso de la conciliación en el ámbito de la seguridad social obedece a que las controversias de seguridad social no son conciliables porque los derechohabientes, al reunir todos los requisitos para acceder a los beneficios prestacionales de los seguros de cesantía en edad avanzada o de vejez, así como para recuperar los recursos de la cuenta individual, son titulares de derechos que son intransigibles al tener el carácter de ciertos, irrenunciables e indiscutibles por estar cumplimentados los supuestos de hecho²⁴ y los requisitos que la Ley del Seguro Social impone para su otorgamiento.

La transacción únicamente puede tener lugar en cuanto a la cobertura de las prestaciones de retiro (cesantía en edad avanzada o vejez) a sus titulares de manera oportuna y pronta, por tratarse de derechos de corte alimentario, cuya finalidad es proveer de los medios económicos a la persona pensionista para que pueda subsistir al haber concluido su vida laboral activa como resultado de su retiro voluntario, de la desocupación o de su imposibilidad para seguir laboran-

²¹ Tesis 2a./J. 19/2022, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, abril de 2022, p. 1672.

²² *Idem*.

²³ Estadísticas proporcionadas por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

²⁴ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sentencia de 8 de junio de 2011. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl.351; Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sentencia de 14 de diciembre de 2007. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_laboral_e_núm._29332_de_2007.aspx#/

do como consecuencia del normal desgaste del organismo y de las limitaciones que presenta.²⁵

Por su parte, cuando el IMSS, en su carácter de órgano asegurador, ha dictado una resolución administrativa que determina la procedencia de las pensiones de retiro y con posterioridad las revoca, no es posible conciliación alguna, porque se trata de derechos adquiridos al haberse incorporado en el patrimonio del pensionado, por lo que se configura una transgresión al derecho de propiedad²⁶ que puede ser reparada a través de los medios de impugnación administrativos o jurisdiccionales establecidos en el sistema jurídico en favor de los justiciables.²⁷

Incluso, desde un ángulo opuesto, cuando el IMSS, en su calidad de órgano asegurador, ha expedido una resolución de negativa de pensión de cesantía en edad avanzada o vejez, porque el derechohabiente no cumple con los requisitos establecidos en la Ley del Seguro Social aplicable, para que pueda decretarse la procedencia de las prestaciones correspondientes a los seguros de cesantía o de vejez, así como la devolución de las aportaciones de seguridad social por tratar-

²⁵ Martínez Martínez, Verónica Lidia, *op. cit.*, p. 179.

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos han considerado al derecho a la propiedad como todo derecho que forma parte del patrimonio de una persona, lo que ha posibilitado que a través de ese derecho se reclamen las prestaciones de Seguridad Social. Véase Corte EDH, *Caso Müller vs Austria*, comunicación Núm. 12555/03, sentencia de 5 de enero de 2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Müller%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-77265%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Müller%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-77265%22]}); Corte EDH, *Caso Gaygusuz vs. Austria*, comunicación núm. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22full%20text%22:\[%22Gaygusuz%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%2200158060%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22full%20text%22:[%22Gaygusuz%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%2200158060%22]}); Corte EDH, *Caso Azinas vs Chipre*, comunicación Núm. 56679/00, sentencia de 20 de junio de 2002. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Azinas%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61748%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Azinas%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61748%22]}); Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf; Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs Perú*, sentencia de 10 de julio de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf; Corte IDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú*, sentencia de 6 de marzo de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf; Corte IDH, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*, sentencia de 21 de noviembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf

²⁷ Martínez Martínez, Verónica Lidia, *op. cit.*, p. 179.

se de actos administrativos que gozan del carácter de definitividad²⁸ y tienen por objeto evitar un desequilibrio o quebranto financiero al órgano asegurador,²⁹ será complicado obtener su modificación a través del procedimiento de conciliación prejudicial.

Adicionalmente, el procedimiento de conciliación prejudicial contenido en la Ley Federal del Trabajo fue diseñado para la resolución de los conflictos laborales de corte individual. Pero no es adecuada su aplicación a las controversias de seguridad social, porque no es acorde con su naturaleza, y omite considerar a sus elementos subjetivos contendientes (derechohabientes, órganos aseguradores como el IMSS e Infonavit y las afore).

Conforme a este panorama, el diputado Manuel de Jesús Baldenebro Arredondo presentó, para su discusión en la Cámara de Diputados, una iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, por considerarse que, a través de la conciliación prejudicial, no se conduce a una solución efectiva de los asuntos de seguridad social y, en cambio, prolonga su atención y resolución. Las instituciones de seguridad social rara vez logran alcanzar acuerdos en el CFCRL, lo que “conduce a la emisión de una constancia de no conciliación y, como resultado, a que las personas trabajadoras deban presentar sus demandas ante los tribunales laborales, como lo hubieran hecho desde el inicio, pero con una innecesaria prolongación del proceso”.³⁰

El 28 de febrero de 2024 fue aprobada en la Cámara de Diputados una iniciativa que propuso la reforma de la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo, para que se excluya de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial a todas las controversias derivadas de los seguros que componen el régimen obligatorio del seguro social, así como las concernientes a la devolución de fondos para el retiro y de vivienda para permitir que “el acceso a la justicia se facilite de la manera más rápida y expedita posible”.³¹

²⁸ A través del recurso de inconformidad, como medios de impugnación administrativo, es posible combatir los actos definitivos del IMSS.

²⁹ Martínez Martínez, Verónica Lidia, *op. cit.*, p. 180.

³⁰ Cámara de Diputados, Dictamen en sentido positivo a la iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, *Gaceta Parlamentaria*, 28 de febrero de 2024, pp. 5-7. La minuta del proyecto de decreto, aprobada el 28 de febrero de 2024 con 425 votos en su favor. Fue turnada Cámara de Senadores.

³¹ *Idem.*

Adicionalmente, al controversial caso de los seguros de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como la devolución y el pago de las aportaciones de seguridad social, la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo ha sido motivo de interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales para determinar la procedibilidad del procedimiento de conciliación prejudicial en el ámbito de la seguridad social. Para ejemplificar este tema, expondremos algunos de los conflictos de seguridad social que han provocado la interpretación jurisdiccional.

Un primer caso es el reclamo de una revaloración del grado de disminución orgánico funcional. El Tercer Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de Veracruz determinó que, cuando un trabajador demanda la revaloración del grado de disminución orgánico funcional derivado de un accidente previamente calificado como profesional por IMSS, no se actualiza ningún caso de excepción a la instancia de conciliación prejudicial obligatoria. En consecuencia, el tribunal ordenó el archivo del juicio como asunto concluido y la remisión de los autos al CFCRL, para que instara a las partes involucradas a iniciar el procedimiento de conciliación prejudicial. En contra de dicha determinación, la parte actora promovió un juicio de amparo directo, radicado en el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Séptimo Circuito, bajo el número de expediente DT 22/2022.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Séptimo Circuito en su sentencia de amparo, dictada en la sesión ordinaria virtual de 4 de agosto de 2022, consideró que el legislador federal estableció como supuesto de excepción la obligación de agotar la etapa conciliatoria, el reclamo de las prestaciones derivadas de un riesgo de trabajo, como género; es decir, en su amplia extensión, sin hacer distinción de que únicamente será cuando se demande el reconocimiento de un accidente de trabajo o la existencia de enfermedades profesionales y el consecuente otorgamiento de las prestaciones inherentes, pero no cuando se demande la revaloración del grado de incapacidad.³²

De acuerdo con la sentencia de amparo dictada en el expediente DT 22/2022, la revalorización de enfermedades se encuentra prevista de manera general al ubicarse dentro de los conflictos concernientes a prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, pues la naturaleza de las prestaciones re-

³² Tesis VII.2o.T.13 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. VI, enero de 2023, p. 6355.

clamadas no varía su origen. Es decir, no por reclamarse una revalorización o rectificación del grado de incapacidad deja de ser un CISS, cuya génesis es un accidente de trabajo³³ ubicado como supuesto de excepción de agotar la instancia conciliación.

En consecuencia, conforme al principio general de derecho que reza “donde la ley no distingue, el juzgador tampoco puede distinguir”, administrado con los principios hermenéuticos pro persona y pro operario que dictan que cuando existe duda o ambigüedad en la norma, ante varias alternativas interpretativas, el órgano jurisdiccional debe optar por aquella que reconozca con mayor amplitud el derecho específico de acceso a la jurisdicción, acorde con la interpretación que más favorezca a la persona y a ésta misma en su calidad de trabajadora (*in dubio pro operario*). En términos de los artículos 1o. de la CPEUM y 18 de la Ley Federal del Trabajo, resulta viable acudir directamente a la sede contenciosa a demandar la revaloración del grado de disminución orgánico funcional derivado, sin necesidad de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial.³⁴

En un segundo caso, la viuda de un pensionado por riesgos de trabajo demandó al IMSS, entre otras prestaciones, el reconocimiento, otorgamiento y pago correcto de la pensión por viudez. Al proveer respecto de la demanda el Tribunal Laboral Federal ordenó el archivo del expediente y la remisión de los autos al CFCRL para que instara a las partes involucradas a iniciar el procedimiento de conciliación prejudicial. En contra de dicha determinación, la parte actora promovió juicio de amparo directo, radicado bajo el número de expediente DT 578/2022 (cuaderno auxiliar 536/2022).

El Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con residencia en Xalapa, en su sentencia de amparo dictada el 12 de septiembre de 2022, consideró que la pensión por viudez, al ubicarse dentro del seguro de vida, se trata de un supuesto de excepción previsto en la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo; por lo tanto, no es necesario agotar el procedimiento de conciliación prejudicial.³⁵

³³ Amparo directo, Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Séptimo Circuito, 4 de agosto de 2022. http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1415/1415000029416502007.pdf_1&sec=IsmaelMart%C3%ADnez_Reyes&svp=1

³⁴ *Idem*.

³⁵ Tesis (IV Región) 2o.13 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época. t. III, abril de 2023, p. 2604.

Un tercer caso es el reclamo del pago de gastos funerarios establecidos en la cláusula 136 del Contrato Colectivo de Trabajo de Petróleos Mexicanos (Pemex), bienio 2019-2021. Al proveer respecto de la demanda, el Juez de Distrito del Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de Tabasco ordenó el archivo del expediente y la remisión de los autos al CFCRL para que instara a las partes involucradas a iniciar el procedimiento de conciliación prejudicial. En contra de dicha determinación, la parte actora promovió juicio de amparo directo, radicado en el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Décimo Circuito, bajo el número de expediente DT 613/2021.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Décimo Circuito, en su sentencia de amparo, dictada el 3 de febrero de 2022, determinó que el pago de los gastos funerarios pactados en la cláusula 136 del Contrato Colectivo de Trabajo de Pemex se origina con la muerte del jubilado; por lo tanto, se encuentra imbita dentro del ramo del seguro de vida³⁶ y, por ende, es innecesario agotar el procedimiento de conciliación prejudicial, sin que sea obstáculo que se encuentre prevista en una cláusula contractual, ya que si bien es cierto que las excepciones son de aplicación estricta, también lo es que el legislador en la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo se refiere de manera genérica a las prestaciones de seguridad social como objeto de la acción, sin distinguir su origen (legal o extralegal), por lo que, so pena de incurrir en una transgresión al principio de igualdad³⁷ contenido en la CPEUM y los tratados internacionales suscritos por México, tampoco lo tiene que hacer el juzgador.

Por la diversidad de supuestos que suelen presentarse en el reconocimiento y otorgamiento de las prestaciones de seguridad social referidas en la fracción III del artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo, los órganos jurisdiccionales, como parte de su labor, se han ocupado de delimitar los supuestos en los que opera la excepcionalidad de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial.

Aunque las excepciones son de estricta aplicación conforme al principio general de derecho relativo a que las leyes que establecen excepciones a las reglas son de estricta interpretación y no pueden hacerse extensivas por analogía, o por mayoría de razón, a situaciones diversas de las expresamente previstas, la expresión

³⁶ Tesis 1o.T.13 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. VII, junio de 2022, p. 6267.

³⁷ Tesis X.1o.T.12 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. VII, junio de 2022, p. 6354.

genérica de “prestaciones de seguridad” hace necesario recurrir a la hermenéutica para establecer que, salvo el discutible caso de las prestaciones de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, todo reclamo que tenga por objeto la obtención de un derecho prestacional de seguridad social deberá ser interpuesto directamente ante los tribunales laborales, por tratarse de derechos humanos irrenunciables y no conciliables, porque tienen por objeto la protección del ser humano, de su núcleo familiar y el interés superior del menor; además de posibilitar el acceso al derecho humano a la salud y asegurar una vida digna y con calidad, situaciones todas ellas que por su naturaleza resultan intransigibles.

De igual manera, las prestaciones de sucesión pensional no pueden ser objeto de una conciliación, por tratarse de derechos adquiridos que son resultado de las aportaciones realizadas por el titular del derecho. Sin embargo, al suscitarse su deceso, tienen como principal finalidad el garantizar la subsistencia de sus beneficiarios, quedando los entes aseguradores sociales o privados obligados a otorgarlos y entregarlos a las personas designadas como beneficiarias que reúnan los requisitos establecidos en la normativa aplicable, sin que exista lugar para la transacción.

Un punto clave para determinar la procedencia de la fase prejudicial es que los centros de conciliación, al ser organismos de buena fe, no pueden valorar ningún tipo de probanza. Si se parte de esta limitación competencial, las controversias que versen sobre los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades e invalidez, no deben ser materia de la conciliación prejudicial, porque requieren de la intervención de un perito médico que examine a la parte reclamante para estar en la posibilidad de determinar la profesionalidad de un padecimiento y el grado de disminución orgánico funcional o concluir que no presenta ninguna secuela o limitación funcional.

Asimismo, la intervención de un perito médico resulta imprescindible para determinar si un padecimiento general impide al asegurado procurarse, mediante un trabajo igual, una remuneración superior al cincuenta por ciento de su remuneración habitual, percibida durante el último año de trabajo, o si se encuentra apto para laborar.

Y ante el desahogo de las pruebas periciales, la actividad de valorar los dictámenes que no puede llevarse a cabo por el personal de los centros de conciliación hace necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales, para llegar al esclarecimiento de los hechos controvertidos sin que medie el agotamiento del procedimiento de conciliación prejudicial.

En cuanto a la devolución de los recursos de la cuenta individual, es necesario identificar cuándo esta es procedente. En ocasiones, la conciliación no es exitosa porque los cuentahabientes o los beneficiarios solicitan la entrega de recursos que no es posible devolver. La devolución total de los recursos de la cuenta individual es procedente en los casos de emisión por parte del IMSS de una resolución de negativa de pensión por retiro, cesantía en edad avanzada o vejez, conforme a la Ley del Seguro Social de 1997 o en términos de la Ley del Seguro Social de 1973, que no sea impugnada de manera administrativa o en la vía jurisdiccional y cuando el cuentahabiente tenga un plan privado de pensiones.

La solicitud de la devolución de aportaciones voluntarias es procedente cuando el cuentahabiente ha decidido que no sean utilizadas para financiar las pensiones de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. Cuando se trata de personas extranjeras que regresan a su país de forma definitiva, es procedente la devolución total de los recursos de la cuenta individual.

Cuando el derechohabiente reúne los requisitos para obtener una pensión de retiro, cesantía en edad avanzada o vejez, no es posible la devolución de los recursos existentes en las subcuentas de cuota social y cesantía y vejez, porque son empleados para fundear la pensión conferida en términos de una resolución de otorgamiento de pensión emitida por el IMSS. En este supuesto, es procedente el retiro del SAR 92, vivienda 92 y de las aportaciones voluntarias.

La entrega de los recursos de la cuenta individual a los beneficiarios en caso de fallecimiento de la persona pensionada dependerá de la modalidad bajo la cual obtuvo la pensión de cesantía o de vejez conforme a la Ley del Seguro Social de 1997. En el caso de una renta vitalicia, no es posible retirar el dinero que no se utilizó para la cobertura de la pensión decretada; por el contrario, cuando el *de cujus* optó por la modalidad de retiro programada para el pago de su pensión es procedente que sus beneficiarios puedan retirar los recursos existentes en la cuenta individual que no se emplearon para fundear la pensión.

En el caso de la subcuenta de vivienda 92, es procedente la conciliación cuando el IMSS ha emitido una resolución de pensión por cesantía en edad avanzada, vejez, invalidez que imposibilite a la persona asegurada laborar, incapacidad permanente total e incapacidad permanente parcial con un grado de valuación a partir del 50% de disminución orgánico funcional y cuando se trata de personas que dejaron de laborar para el Infonavit.³⁸

³⁸ Información proporcionada por el Infonavit.

En cambio, los recursos de la subcuenta de vivienda en el régimen instaurado por la Ley del Seguro Social de 1997, que no fueron utilizados para la construcción o adquisición de una vivienda, no se devuelven, porque son entregados a la Afore para engrosar el retiro laboral y ofrecer una mejor pensión, además de evitar la monetización de la subcuenta de vivienda; por lo tanto, impide llevar a cabo la conciliación.

De igual manera, no son conciliables los asuntos en los que existe un crédito de vivienda vigente, cuando el cuentahabiente dispuso de los recursos de la subcuenta de vivienda, que la persona solicitante no se encuentre haciendo uso de los derechos de portabilidad de fondos vivienda, o existan procedimientos de unificación o de separación de saldos de la subcuenta de vivienda, y cuando no se haya efectuado un pago previo por concepto de devolución de la subcuenta de vivienda obtenido en la vía jurisdiccional. En este último supuesto, los remanentes de los recursos existentes en la subcuenta de vivienda se pueden solicitar en la vía administrativa.³⁹

Tampoco es posible conciliar la entrega de los recursos de la cuenta individual a los beneficiarios cuando el titular del derecho ha fallecido, porque las afore y el Infonavit consideran que en la instancia conciliatoria no cuentan con los elementos necesarios que ofrezcan la certeza y seguridad jurídicas de que la devolución se realiza a la persona legitimada para recibirlos.

El temor de incurrir en un caso de responsabilidad administrativa es la principal barrera que imposibilita la conciliación cuando los beneficiarios solicitan la devolución de los recursos de la cuenta individual. A pesar de que el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo no instituye a la declaración de beneficiarios como acto de legitimación para reclamar los derechos de la persona trabajadora fallecida, las Afore y el Infonavit la exigen para devolver los recursos de la cuenta individual en la vía administrativa o en el procedimiento de conciliación ante el CFCRL.

Al disponer el último párrafo del artículo 193 de la Ley del Seguro Social que cualquier conflicto que verse sobre la designación de beneficiarios deberá ser resuelto ante los tribunales competentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ha dado lugar a negar la validez de la declaración de beneficiarios decretada por un tribunal laboral de

³⁹ *Idem.*

orden local y, en consecuencia, imposibilita la devolución de los recursos de la cuenta individual.

Lo anterior ha provocado que los tribunales federales laborales reciban demandas en las que se adjunta la declaratoria de beneficiarios realizada por un tribunal local laboral, y nuevamente los derechohabientes soliciten esa declaratoria por parte del órgano jurisdiccional federal laboral. Esto provoca una duplicidad de reclamos que retrasa, de manera injustificada, la entrega de los recursos de la cuenta individual y satura a los tribunales federales laborales con asuntos que ya fueron resueltos por un tribunal laboral de orden local con la declaración de los beneficiarios.

Las Afore, en su calidad de depositarias de los recursos, carecen de facultades para determinar en la instancia conciliatoria a quién deben entregarse los recursos de la cuenta individual. Para que la conciliación sea fructífera es necesario contar con la asistencia del personal del IMSS, pues, en su calidad de órgano asegurador, puede aportar certeza y seguridad jurídica en la determinación de los derechos que proceden en favor de los derechohabientes y en el cumplimiento de los requisitos para su procedencia.

VI. Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas

Finalmente, dentro de los supuestos previstos como casos de excepción para agotar el procedimiento de conciliación se encuentran los derechos fundamentales de asociación, la libertad sindical, que incluye la impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación, el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva y la disputa de la titularidad de contratos colectivos o contratos ley.

Los derechos humanos en materia laboral, por su carácter de derechos subjetivos irrenunciables, intransferibles, intransigibles, imprescriptibles e inalienables, no pueden ser objeto de conciliación. De acuerdo con Robert Alexy, su estructura es la siguiente:

DabG

Donde

a = es el titular o portador del derecho

b = es el obligado (legislador, administración o los particulares) a cumplir con el derecho

G = es el objeto o prestación reconocida en una norma jurídica

D = representa la relación triádica en la que se encuentran estos elementos

Adicionalmente, para blindar la protección, indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales, y soslayar las violaciones cometidas por los empleadores, se reconoce su carácter objetivo. Los principales efectos de la dimensión objetiva son la manifestación de los derechos fundamentales en deberes de protección, el efecto de irradiación que endosa a los poderes públicos la responsabilidad por los daños causados por los particulares⁴⁰ y la eficacia horizontal de los derechos humanos, que encuentra sustento en dos teorías:⁴¹

1. La teoría de la eficacia mediata o indirecta (*mittelbare Drittwirkung o mittelbare horizontale Wirkung*). Como producto de la dimensión objetiva de los derechos humanos, la teoría de la eficacia mediata establece que el Estado tiene la obligación de no transgredir la esfera jurídica de los particulares y garantizar su efectividad en las relaciones privadas porque los derechos fundamentales son asumidos como valores objetivos⁴² dentro de todo sistema jurídico.

2. La teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales o directa (*unmittelbare Drittwirkung o horizontale Anwendbarkeit*) que sostiene que los derechos humanos no son valores, se trata de auténticos derechos subjetivos contenidos en las normas constitucionales y en los tratados internacionales ratificados por los Estados y, como tales, exigibles directamente por el ser humano que los ostenta frente a sus semejantes, sin que sea necesaria la mediación de un órgano estatal.⁴³

⁴⁰ Cidoncha Martín, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, p. 169.

⁴¹ López Sánchez, Rogelio, “El efecto horizontal del derecho a la protección de datos personales en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 1, núm. 27, julio-diciembre de 2012, pp. 199 y 200. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2012.27.6007>

⁴² Quadra-Salcedo, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981, p. 51.

⁴³ Anzures Gurúa, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”,

Doctrinalmente, el efecto horizontal de los derechos humanos (*Horizonta-
lwirkung der Grundrechte*) o irradiación extensiva de los derechos en las relaciones
entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*) se encuentra presente en el campo
de las relaciones laborales, donde es especialmente sensible la subordinación
de la persona trabajadora al poder del empleador y puede tener lugar la trans-
gresión de los derechos laborales por parte de este último.

Principalmente en el ámbito laboral, la autonomía de la voluntad contrac-
tual del empleador y de las personas trabajadoras se encuentra supeditada a los
principios de irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos laborales, así
como a los estándares mínimos prestacionales reconocidos en el artículo 123,
apartado A, de la CPEUM, en los tratados internacionales en materia laboral,
ratificados por el Senado de la República (bloque de constitucionalidad), y en
la Ley Federal del Trabajo (control de legalidad). Estos preceptos hacen inope-
rante la conciliación cuando se transgreden esos límites, instaurados de mane-
ra unilateral e imperativa como mecanismos de protección de corte social, que
operan en favor de la clase trabajadora para soslayar la pérdida o el abandono
de los derechos reconocidos en su favor.

En consecuencia, todo menoscabo o transgresión a los derechos laborales, a
través de las nuevas formas de explotación laboral, entre las que destacan el tra-
bajo forzoso u obligatorio, la trata de personas y el trabajo infantil que nulifican
la dignidad, la libertad y desarrollo personal de las personas trabajadoras, hacen
inoperante la conciliación y necesaria su abolición por tratarse de un trabajo cal-
ificado como inaceptable.⁴⁴

A través del trabajo forzoso u obligatorio se impone la prestación de un ser-
vicio a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho
individuo no se ofrece voluntariamente.⁴⁵ Esta conceptualización se compone
de los siguientes elementos:

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol. 1, núm. 22, enero-junio
de 2010, p. 23. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2010.22.5904>

⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo, Declaración de 1998 de la OIT relativa a los
principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

⁴⁵ Convenio sobre el trabajo forzoso (número 29) y Protocolo de 2014 relativo al trabajo
forzoso.

- 1) La existencia de un trabajo.
- 2) El trabajo es prestado como resultado de la amenaza de ser objeto de una pena.
- 3) El trabajo es prestado involuntariamente.

Por su parte, la trata de personas con fines de explotación laboral es un delito que transgrede los derechos humanos porque posibilita la captación de personas con la finalidad de someterlas, por coacción, engaño, fuerza, abuso de poder o condición de vulnerabilidad, a trabajos o servicios forzados.⁴⁶ Una tercera forma de trabajo inaceptable e indigno es el infantil, porque puede producir efectos negativos, inmediatos o futuros para su desarrollo físico, mental, psicológico o social, e impedir el disfrute pleno de sus derechos humanos; especialmente obstaculiza su asistencia o permanencia en la escuela y reduce su rendimiento en ella.⁴⁷

La determinación de un trabajo como *infantil* no es uniforme, y dependerá de la edad, la peligrosidad del trabajo que debe prestarse —lo que depende en gran medida de la conceptualización proporcionada por la normativa aplicable—, el tipo de trabajo a desempeñar, la cantidad de horas laboradas, las condiciones laborales y los objetivos que se persiguen. Los indicadores de pobreza, salud, educación, movimientos demográficos y trabajo son de gran utilidad para determinar la existencia o inexistencia de trabajo infantil en un determinado Estado o sector.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil, realizada en 2022 por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 3.7 millones de personas de entre cinco y diecisiete años desempeñan un trabajo infantil. Los estados de la República mexicana con la tasa más alta de ocupación no permitida fueron Guerrero (15.2%), Chiapas (13.5%) y Nayarit (12.6%); mientras que los sectores económicos con la mayor parte de la población infantil ocupada en actividades no permitidas fueron el agropecuario (33%), servicios (23.2%) y comercio (21.5%).⁴⁸ En México, para determinar la existencia de trabajo infantil deberán analizarse y evaluarse los elementos contenidos en la tabla 2.

⁴⁶ Organización Internacional para las Migraciones. <https://www.iom.int/es/lucha-contra-la-trata-de-personas>

⁴⁷ Convenio sobre la edad mínima (número 138) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (número 182).

⁴⁸ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Trabajo Infan-

Tabla 2. Factores que contribuyen a la determinación de trabajo infantil

Factores	Parámetros
Delimitación de actividades	El artículo 175 bis de la Ley Federal del Trabajo dispone que actividades no se consideran como trabajo infantil.
Edad y tipo de trabajo	<p>15 años es la edad legal mínima para trabajar.</p> <p>Prohibición de emplear a menores de dieciocho años en horas extraordinarias y en los días domingos y de descanso obligatorio.</p> <p>Está prohibido emplear a menores de 18 años en establecimientos no industriales después de las diez de la noche, en expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato, cantinas o tabernas y centros de vicio, en trabajos susceptibles de afectar su moralidad o buenas costumbres y en labores peligrosas o insalubres.</p> <p>La exigencia de un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y estudios periódicos para trabajadores mayores de 15 años y menores de 18 años.</p> <p>La exigencia de un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, documentación comprobatoria de las condiciones laborales y proporcionar a las autoridades de trabajo, distribución del trabajo para que puedan cumplir con sus deberes escolares y proporcionar capacitación y adiestramiento para trabajadores menores de 18 años.</p>
Jornada	<p>No podrá exceder de seis horas diarias en el caso de los menores de 16 años.</p> <p>Está prohibido emplear a menores de dieciocho años en horas extraordinarias y en los días domingos y de descanso obligatorio.</p>
Peligrosidad del trabajo	El artículo 175, fracción IV de la Ley Federal del Trabajo define como labores peligrosas o insalubres a las que son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores. Y el artículo 176 de la Ley Federal del Trabajo contiene un catálogo de actividades y lugares peligrosos o insalubres que configura el trabajo prohibido para los menores en edad permitida para trabajar.

Fuente: elaboración propia.

til realizada en 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/ENTI/ENTI_23.pdf

A partir de los anteriores elementos —establecidos en el artículo 123, apartado A, de la CPEUM, la Convención de los Derechos del Niño, que determina como población infantil a niños y niñas menores de 18 años; el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; las normas especiales del trabajo de los menores que reconoce Ley Federal del Trabajo, y la normatividad aplicable en los centros de trabajo, es posible determinar en México la existencia de trabajo infantil cuando, sin importar el servicio o sus características, la población ocupada tenga de cinco a catorce años. O bien, cuando, de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, adolescentes de quince a diecisiete años desempeñan una actividad de peligrosa o insalubre, prestan sus servicios en centros de trabajo no apropiados, realizan actividades que afectan la salud o se labora en horarios prolongados, además de la realización de quehaceres domésticos en condiciones inadecuadas, se trata de supuestos que hacen inoperante la conciliación por contravenir los derechos humanos de los menores y su dignidad.

VII. Conclusiones

Al procedimiento de conciliación prejudicial se le dotó de obligatoriedad con la finalidad de que los conflictos laborales se resolvieran en cuarenta y cinco días naturales, ya sea en el CFCRL o en los centros de conciliación laboral, y se evitará acudir a los tribunales laborales. Los casos que se encuentran exceptuados de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial han generado una diversidad de acuerdos y desacuerdos, a pesar de que deben interpretarse de manera restringida por tratarse de excepciones a la regla general que impone a la conciliación el carácter de obligatoriedad.

A diferencia de los casos de discriminación y aquellos que constituyen actos delictivos que transgreden derechos laborales, y que es irrefutable la inaplicabilidad del procedimiento de conciliación prejudicial, las controversias de seguridad social para la obtención de una pensión por retiro laboral, y la devolución de los recursos de la cuenta individual como resultado de la declaración de beneficiarios, deben ser motivo de un análisis para que opere la excepcionalidad del procedimiento de conciliación prejudicial, por la naturaleza inconciliable de los actos involucrados y de la conciliación como medio alternativo de solución de

las controversias, de acuerdo con la Recomendación número 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios de la OIT.

Con independencia de las normas establecidas para la conciliación laboral de corte individual en la Ley Federal del Trabajo, es necesaria la instauración de las normas sustantivas y procedimentales en el caso de la conciliación en conflictos individuales de seguridad social en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. De esta manera, las controversias serán resueltas conforme a su naturaleza jurídica y se podrán garantizar los derechos de debido proceso y tutela efectiva en favor sus justiciables y de la sociedad mexicana. Esto es importante porque la seguridad social y los sistemas de seguridad social contribuyen a reducir la pobreza, limitar la desigualdad, promover la igualdad y sustentar un crecimiento económico equitativo;⁴⁹ además de potencializar la capacidad de los seres humanos para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo.

VIII. Bibliografía

- Amparo directo, Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Séptimo Circuito, 4 de agosto de 2022. http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1415/1415000029416502007.pdf_1&sec=IsmaelMart%C3%ADnez_Reyes&svp=1
- Amparo directo D.T. 701/2021, Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Segundo Circuito, 11 de noviembre de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp>
- Amparo directo 75/2021, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, 1o. de julio de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes//ExpedienteyTipo.asp>
- Amparo directo número 329/2021 (cuaderno auxiliar 338/2021), Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava

⁴⁹ Oficina Internacional del Trabajo, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 24.

Región, 27 de agosto de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes//ExpedienteyTipo.asp>

Amparo directo 348/2021 (cuaderno auxiliar 642/2021), Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, 29 de noviembre de 2021. <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes//ExpedienteyTipo.asp>

Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 22, enero-junio de 2010, pp. 1-51. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2010.22.5904>

Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas, 1997.

Cámara de Diputados, Dictamen en sentido positivo a la iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, *Gaceta Parlamentaria*, 28 de febrero de 2024.

Cidoncha Martín, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 20. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_-Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Corte IDH, Opinión Consultiva Núm. 18/03, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003. <https://www.acnur.org/fi-leadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Trabajo Infantil realizada en 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/ENII/ENII_23.pdf

Lama Aymá, Alejandra de, “Discriminación múltiple”, *Revista ADC*, t. LXVI, fasc. 1, 2013.

- López Sánchez, Rogelio, “El efecto horizontal del derecho a la protección de datos personales en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 1, núm. 27, julio-diciembre de 2012, pp. 193-212. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2012.27.6007>
- Martínez Martínez, Verónica Lidia, “La quimérica conciliación en los conflictos individuales de seguridad social”, *Revista Internacional de Protección Social*, vol. 8, núm. 1, 2023.
- Oficina Internacional del Trabajo, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2011.
- Organización Internacional del Trabajo, Declaración de 1998 de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.
- Organización Internacional para las Migraciones. <https://www.iom.int/es/lucha-contra-la-trata-de-personas>
- Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Santiago, Universidad de Chile, 2006.
- Quadra-Salcedo, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981.
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sentencia de 8 de junio de 2011. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl.351
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sentencia de 14 de diciembre de 2007. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_laboral_e_núm._29332_de_2007.aspx#/
- Tesis (IV Región) 1o.53 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, julio de 2023.
- Tesis 2a./J. 45/2023 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, agosto de 2023.
- Tesis (IV Región) 2o.13 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época. t. III, abril de 2023
- Tesis VII.2o.T.13 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. VI, enero de 2023.

- Tesis 1o.T.13 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. VII, junio de 2022.
- Tesis X.1o.T.12 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. VII, junio de 2022
- Tesis 2a./J. 19/2022, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, abril de 2022.
- Tesis 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015.
- Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183.
- Tesis P./J. 120/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1255.
- Tesis 2a. LXXXIV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 440.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Martínez Martínez, Verónica Lidia, “La excepcionalidad de la conciliación prejudicial”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 199-232. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19479>

APA

Martínez Martínez, V. L. (2025). La excepcionalidad de la conciliación prejudicial. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 199-232. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19479>

Derechos sociales: estudio del derecho a la salud en México 2019-2023

Social rights: Study of the right to health in Mexico 2019-2023

Droits sociaux: étude sur le droit à la santé au Mexique 2019-2023

Analaura Medina Conde

 <https://orcid.org/0000-0003-4203-4383>

Universidad Autónoma de Tlaxcala. México

Correo electrónico: analaura.medinaconde@uatx.mx

Uziel Flores Ilhuicatzí

 <https://orcid.org/0000-0001-9740-4973>

Universidad de las Américas Puebla. México

Correo electrónico: uziel.flores@udlap.mx

Arely Velasco Miranda

 <https://orcid.org/0000-0002-0097-998X>

Universidad Autónoma de Tlaxcala. México

Correo electrónico: velascoarely@gmail.com

Recepción: 9 de septiembre de 2024

Aceptación: 13 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19521>

RESUMEN: El derecho a la salud es un derecho humano protegido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales. Sin embar-

go, parece no cumplir con el principio de progresividad y existen problemáticas con los derechos interdependientes. En este contexto, el objetivo general de la investigación es analizar la situación de la realidad del derecho a la salud en México del periodo de 2019-2023 a través del método de dogmática jurídica, desde la Constitución de 1917 y a partir de las obligaciones establecidas en la reforma constitucional de 2011, de la protección de los tratados internacionales, así como la posibilidad real de justiciabilidad. Los resultados de la investigación indican que existe un retroceso en la protección de este derecho. El cambio del Seguro Popular a INSABI disminuyó considerablemente la protección a un importante porcentaje de la población, a pesar de que se afirma que el Estado debe demostrar que realizó todas las acciones pertinentes y posibles para lograr el cumplimiento de estos derechos. Respecto de la justiciabilidad ya se observan ejemplos específicos para la exigibilidad de este derecho a través de los órganos jurisdiccionales lo cual es importante, aunque aún insuficiente.

Palabras clave: derechos sociales; salud; INSABI; justiciabilidad; seguro popular.

ABSTRACT: The health's right is a human right protected in the Political Constitution of the United Mexican States and in international treaties. However, it does not seem to comply with the principle of progressivity and there are problems with interdependent rights. In this context, the general objective of this research is to analyze the situation of the reality of the health's right in Mexico from the period of 2019-2023 through the method of legal dogmatics since the constitution of 1917. And from the obligations established in the constitutional reform of 2011, of the protection of international treaties, as well as the real possibility of justiciability. The results of the investigation indicates that there is a setback in the protection of this right, the change from Seguro Popular to INSABI reduced considerably the protection of a significant percentage of the population despite of the fact that the State must demonstrate that it carried out all the necessary measures and relevant actions to achieve compliance with these rights. Regarding justiciability, specific examples are already observed for the enforceability of this right through the jurisdictional bodies, in which is important, although it is still insufficient.

Keywords: social rights; health; INSABI; justiciability; popular insurance.

RÉSUMÉ: Le droit à la santé est un droit humain protégé par la Constitution politique des États-Unis du Mexique et par les traités internationaux. Cependant, il ne semble pas respecter le principe de progressivité et il existe des problèmes d'interdépendance des droits, dans ce contexte l'objectif général de la recherche consiste à analyser la situation de la réalité du droit à la santé au Mexique de la période 2019-2023 à travers la méthode de la dogmatique juridique depuis la constitution de 1917 et à partir des obligations établies dans la réforme constitutionnelle de 2011, de la protection des traités

internacionales, así que la posibilidad real de justiciabilidad. Los resultados de la encuesta indican que si y a un recule en la protección de ce derecho, le pasaje du Seguro Popular à l'INSABI a considerablemente reducido la protección d'un porcentaje importante de la población malgré le fait qu'il est indiqué que l'État doit démontrer qu'il pris toutes les mesures nécessaires et possibles pour assurer le respect de ces droits. Concernant la justiciabilité, des exemples spécifiques sont déjà observés pour l'applicabilité de ce droit à travers les organes juridictionnels, ce qui est important, bien qu'encore insuffisant.

Mots-clés: droits sociaux; santé; INSABI; justiciabilité; assurance populaire.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos sociales en México*. III. *Derecho humano a la salud*. IV. *Justiciabilidad del derecho a la salud en México*. V. *Efectos que tuvo la pandemia de SARS-CoV-2 de 2020 respecto del derecho a la salud*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

A decir de Ferrajoli,¹ el fundamento del Estado —su razón de ser— es el cumplimiento de los derechos humanos. Las características que distinguen al Estado de derecho incluyen una división clara de poderes y contrapesos, el predominio de la ley y la democracia. México fue el primer país del mundo en establecer los derechos sociales en su Constitución Política, lo que fue ejemplo para otros países. Pese a ello, y a la alternancia de poderes, la imposibilidad práctica de hacerlos efectivos se repite una y otra vez; en algunos casos, incluso, parece que se retrocede en el avance de su cumplimiento. Esto constituye un claro ejemplo de que establecer algo en la Constitución no significa su observancia.

Esta realidad se torna aún más paradójica con la importante reforma constitucional de 2011, que incorporó mayores elementos de protección a los derechos humanos. Entre estos elementos destaca la integración del *bloque de constitucionalidad*, que permite la protección constitucional a partir de los tratados internacionales y de instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia. Otras disposiciones incorporadas con la reforma son el deber de interpretación conforme y el principio pro persona, el cual prescribe que, en caso de conflicto, se debe elegir la norma o interpretación más favorable a la persona. Además, se establecen de forma específica las obligaciones

¹ Ferrajoli, Luigi, *En defensa del garantismo penal*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

de los Estados, ya que “todas las autoridades en el ámbito de sus competencias deberán prevenir, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”.

De allí que en los últimos años se hayan realizado variados estudios en materia de derechos humanos; algunos de ellos se concentran en su fundamentación filosófica, mientras que otros se dedican a la realidad de su aplicación. En el caso de estos últimos, hay autores que —citando a Bobbio—² estiman que no es necesaria la fundamentación, sino el análisis de su eficacia y protección real. En este contexto, el objetivo general de la presente investigación es realizar un análisis del derecho humano a la salud en México en un periodo determinado, en el marco de los derechos humanos y la reforma constitucional de 2011, con base en el método de dogmática jurídica. Aunque, por otra parte, también es importante precisar si existen mecanismos para lograr su justiciabilidad.

II. Los derechos sociales en México

Los derechos sociales en México nacen de las exigencias de la Revolución mexicana, es decir, surgen de la realidad social, de la necesidad que tiene el pueblo de educación, derechos laborales y propiedad de la tierra. Desde el punto de vista teleológico del nivel de interpretación que refiere MacCormick,³ los derechos sociales representan aquello que se quiso proteger, o el mal que se pretendió evitar al crear un precepto constitucional. Esto permite cuestionarnos si los constituyentes consideraron los derechos sociales como algo posible de alcanzar en un futuro cercano, o como un listado de buenas intenciones, considerando que “las primeras ideas del socialismo en México, colocando en su centro la cuestión social, surgen del socialismo utópico francés”.⁴

¿Pero es realmente una utopía el cumplimiento de los derechos sociales? Esa idea —la de que es imposible otorgar a todos esos derechos— es lo que ha constituido el pretexto idóneo de algunos gobiernos para no establecer todos los medios necesarios para hacerlos posibles. Por lo anterior, la elaboración de

² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.

³ MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.

⁴ Yturbe, Corina, “La utopía en los orígenes de los derechos sociales en México”, en *Los derechos sociales en México. Reflexiones sobre la Constitución de 1917*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

la Ley de Egresos de la Federación debería tener un parámetro mínimo para lograrlos. Al aprobar esa ley, habría que preguntarnos si con ese presupuesto se previene, respeta, protege y garantizan los derechos humanos de forma transversal; o bien, solamente se les garantiza de una manera parcial, por elegir alguna otra política pública u obra que, aunque trae beneficios específicos a la población, no prioriza a los derechos humanos.

Siguiendo el camino de los derechos sociales, después se sumaron algunos otros derechos, los denominados *derechos económicos, sociales, ambientales y culturales*, mediante la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Entre estos derechos se pueden mencionar el derecho a la salud, a la seguridad social, vivienda, a un medio ambiente sano, que son elementos mínimos para una vida digna.

Desde las teorías del iusnaturalismo, los derechos humanos son concebidos como aquello a lo que tiene derecho cualquier individuo por el hecho de ser persona; por poseer un genoma humano con su dignidad humana intrínseca. Desde el iuspositivismo, los derechos humanos existen porque se encuentran consagrados y protegidos por una norma, en este caso constitucional. Además, los derechos humanos se pueden explicar a partir de la relación jurídica-tributaria en la que el ciudadano aporta al gasto público. Esa aportación, en efecto, debe ser regresada en la forma de bienes y servicios de calidad. En contraste, el Estado desarrolla mecanismos, estrategias y tecnología para que todos y cada uno de los mexicanos paguen contribuciones. Si los ciudadanos, por alguna razón, no pagan impuestos por sus ingresos (salarios, arrendamiento, plataformas digitales, utilidad empresarial, etcétera), entonces los pagan por su consumo (por derechos, por tenencia, por la compra de productos de alto contenido calórico). Sin embargo, todos y cada uno de esos pagos tienen la finalidad de ser regresados a la población en bienes y en servicios. Por lo tanto, la pregunta central es ¿por qué le resulta tan difícil a los titulares del Estado entender que su prioridad es el cumplimiento de los derechos humanos antes que cualquier obra o proyecto?

En este contexto ¿puede un Estado afirmar que cumple su función si no garantiza derechos mínimos —esto es, educación, salud, seguridad social, calidad y espacios de vivienda, y alimentación nutritiva— para el bienestar de las personas? Al respecto, para 2022 el Consejo Nacional de Evaluación de la Política

de Desarrollo Social (CONEVAL)⁵ afirma que 64.7 millones de personas carecen de seguridad social —es decir, el 50.2% de la población—, mientras que 50.4 millones de personas carecen de acceso a los servicios de salud —esto es, el 39.1% de la población—. De igual modo, 25.1 millones —19.4% de la población— tienen rezago educativo, 22.9 millones carecen de acceso a servicios básicos en la vivienda, 15.5 millones cuentan con un ingreso inferior a la línea de pobreza extrema y 23.4 millones de personas tienen insuficiencia por acceso a la alimentación nutritiva.

Una explicación argumentativamente razonable es culpar al sistema económico neoliberal. Ciertamente la globalización generó una profunda desigualdad y tuvo consecuencias graves en el medio ambiente de los países —principalmente en aquellos con mayor permisividad a las empresas transnacionales, que, con el fin de motivarlas a invertir, les ofrecen condiciones favorables como una menor regulación ambiental, menor presión fiscal, reducción de requisitos, y permisos estatales y municipales—. Sin embargo, el gobierno del presente sexenio afirma ser contrario a dicho modelo económico. De manera que la explicación de una culpa absoluta del modelo económico es sumamente importante, pero definitivamente no es la única causa. La falta de una política pública adecuada, aunque existan buenas intenciones, puede alterar la vida, la economía y el futuro de las personas. Principalmente de aquellas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, por pobreza, género o edad, entre otras muchas causas. Hoy las grandes empresas que contaminan, y la misma sociedad consumista⁶ que también contamina, resienten los efectos visibles del cambio climático, lo que ha generado una mayor vulnerabilidad entre las personas frente a, por ejemplo, la necesidad de agua ante las intensas olas de calor del presente 2024.

El artículo 2o. del PIDESC establece que

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que

⁵ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), “*El CONEVAL presenta las estimaciones de pobreza multidimensional 2022*”, México, *Comunicado núm. 7*, 2023.

⁶ Bauman, Zygmunt, *Globalización: consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.⁷

Mientras que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Desarrollo Progresivo dispone que

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.⁸

La expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga” no significa que el Estado puede priorizar otros conceptos —como son las obras— y dejar los derechos sociales para lo que alcance. La progresividad puede verse desde dos aristas: primero, el desarrollo progresivo como el camino recorrido y avanzado —que, en el caso de México, inició con el Constituyente de 1917, es decir, hace más de 100 años—; y segundo, la progresividad como principio, que radica en que una vez alcanzados los derechos no se retroceda en su cumplimiento.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)⁹ afirma, en este sentido, que el Estado tiene la obligación de asegurar de inmediato por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Además, cuando el Estado atribuyera su incumplimiento a la falta de recursos, debía demostrar no sólo esa falta, sino que había realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos disponibles para garantizar, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas, y que atendió prioritariamente a grupos vulnerables o a situaciones graves o de riesgo.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. Su concepto y exigencias positivas y negativas. [...] señaló que el principio de progresividad está previs-

⁷ Art. 2o., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966.

⁸ Art. 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

⁹ Amparo en revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 15 de octubre de 2014. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginaPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=166107>

to en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas; en congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).¹⁰

En el caso de las dimensiones para impulsar la progresividad, a decir de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)¹¹ con respecto a la elaboración de los presupuestos públicos, estas son: accesibilidad, cobertura, calidad, oportunidad, no regresividad, test de proporcionalidad e interseccionalidad. La cobertura y la interseccionalidad se analizan en el derecho específico de la salud en el siguiente apartado. Esto conlleva un sentido de implementación de medidas que garanticen los derechos —al mismo tiempo que se identifiquen las que resulten desfavorables—, y se diseñen soluciones que promuevan un mejor servicio en la salud.

III. Derecho humano a la salud

La Observación General 14 del CDESC establece¹²

11. El Comité interpreta el derecho a la salud[...] como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio

¹⁰ Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, octubre de 2017. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015305>

¹¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Presupuesto con enfoque de derechos humanos y perspectiva de género*, México, CNDH, 2022.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, ONU, 2020.

ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Es preciso señalar que el derecho a la salud no sólo se centra en una infraestructura o un servicio hospitalario, sino que se debe fomentar una cultura de prevención que minimice las enfermedades. Si el Estado garantizara servicios óptimos de vivienda, alimentación, así como condiciones de bienestar laboral, educación y acceso a información sobre cuestiones de salud sexual y reproductiva, se llegaría a una sociedad más saludable y a la erradicación de la desnutrición, embarazos en adolescentes, condiciones laborales desfavorables, entre otros. Es oportuno que se logre una cultura de cuidado de la salud, desde cada una de sus esferas, para lograr un mayor bienestar social.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 4o. establece este listado:

- Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.
- Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.
- Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano.
- Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.¹³

Tabla 1. Derecho a la salud como derecho inclusivo en México

<i>Derecho</i>	<i>Cumplimiento</i>
A la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.	23.4 millones de personas con carencia por acceso a la alimentación nutritiva.
Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.	50.4 millones de personas tienen carencia por acceso a los servicios de salud. ¹⁴

¹³ Art. 4o., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *op. cit.*

<p>Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano.</p>	<p>La contaminación del aire exterior provocó más de 36,000 muertes por PM2.5 y más de 2400 por ozono.¹⁵</p>
<p>Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.</p>	<p>En la Encuesta Nacional de Hogares de 2016¹⁶ se afirma que 1,033,320 hogares la recibían de vez en cuando; 2,085,208 no la recibían, y 4,341,053 la recibían cada tercer día. Guerrero tenía una disposición de agua de sólo 26%; Puebla y Chiapas, de 39.9%. La situación empeoró para 2023, pues “12 millones de personas no tienen acceso a agua potable”.¹⁷</p>

Fuente: elaboración propia, con datos de INEGI, IMCO.

Respecto del derecho humano a la salud sin seguridad social,

La descentralización se fortaleció en 2004, con la aparición del Sistema Nacional de Protección Social en Salud (SNPSS) y su brazo operativo, el Seguro Popular (SP), que funcionó como un modelo de financiamiento en el que participaban tres actores: la Federación, las entidades federativas y las personas beneficiarias, quienes aportaban una cuota impuesta de acuerdo con su nivel socioeconómico.¹⁸

De esta forma, “El SPSS comenzó con programas específicos que buscaban la cobertura de la población más vulnerable del país: recién nacidos, mujeres embarazadas, población indígena y los estratos bajos”.¹⁹ En 2019 se reformó la

¹⁵ Norma Oficial Mexicana NOM-172-SEMARNAT-2023, Lineamientos para la obtención y comunicación del índice de calidad del aire y riesgos a la salud. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715154&fecha=25/01/2024#gsc.tab=0

¹⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, México, 2016.

¹⁷ Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), *Agua en México: ¿Escasez o mala gestión?*, México, 2023.

¹⁸ Rodríguez Rivera, María Estefanía, “La recentralización del sector salud: Una aproximación a sus implicaciones en el funcionamiento organizacional de un centro de salud”, *Gestión y Estrategia*, núm. 62, 2022.

¹⁹ García-Junco Machado, David, “La transformación del sistema de salud y el Seguro Popular”, *Gaceta Médica de México*, México, 2012, p. 148.

Ley General de Salud, cuyo artículo 7o. estableció que la Secretaría de Salud se auxiliaría del Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI) para atender a personas sin seguridad social. También se dispuso que esta atención sería gratuita, en cuanto a la prestación de servicios médicos, medicamentos e insumos, lo que significó la desaparición del Seguro Popular.

Los resultados de este cambio se traducen en lo indicado por CONEVAL.²⁰ Las personas que presentaron carencia por acceso a los servicios de salud pasaron de 16.2% a 39.1% entre 2018 y 2022 —es decir, de 20.1 a 50.4 millones de personas en esta situación—. Por lo tanto, en ese periodo se duplicaron las personas con carencia a servicios de salud, lo que constituye una clara contravención al principio de progresividad. Una política pública equivocada afecta los derechos humanos, la vida y patrimonio de las personas —aunado a lo que indica la tabla 1, donde se observa que tampoco se cumplen de forma adecuada los derechos interdependientes del derecho a la salud—. Esto nos lleva a cuestionar la responsabilidad del Estado por haber retrocedido en el cumplimiento de un derecho. Además, no basta con decir que la situación mejorará con la política pública que se menciona en el siguiente párrafo.

El 29 de mayo de 2023 se publicó un decreto en el *Diario Oficial de la Federación*²¹ por el que la Secretaría de Salud y Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social para el Bienestar (IMSS-Bienestar) asumen las funciones del Instituto de Salud para el Bienestar. El IMSS-Bienestar colaborará con la Secretaría de Salud en lo que respecta a la prestación gratuita de los servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados que requieran las personas sin seguridad social en el marco del Sistema de Salud para el Bienestar. Este organismo tendrá un presupuesto para 2024 de 543, 933 millones de pesos,²² por lo que será posible analizar sus primeros avances el próximo año.

En términos generales, la situación de la salud en México en el periodo analizado se resume en los siguientes datos: en 2022 el PIB del sector salud en México reportó un monto equivalente a 5.1% del PIB nacional, medido a valores

²⁰ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *op. cit.*

²¹ Acuerdo por el que se emiten las bases para la transferencia de recursos y desincorporación por extinción del organismo público descentralizado denominado Instituto de Salud para el Bienestar. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5690905&fecha=01/06/2023#gsc.tab=0

²² Secretaría de Hacienda y Crédito Público, PPEF 2024 y Presupuesto aprobado, 2023.

corrientes.²³ En 2020 INEFAM²⁴ afirmó que el promedio era de 6.2% del PIB, cuando el promedio en América Latina era de 8.9% y 9.8% en países de la OCDE excluyendo a México. En Colombia ese porcentaje es de 7.7%; en Argentina, 9.5%; en Brasil, 9.6%; en Alemania, 12.5%. El porcentaje de gasto en salud pública en México fue de 52.9%; el promedio en América Latina excluyendo a México fue de 72.8%. El gasto del bolsillo de los mexicanos en salud fue del 38.77%, cuando en Cuba es de 8.92% y en Canadá 12.43%. La expectativa de vida saludable en México es del 65.76%, mientras que en Suecia es de 71.91% y en España de 72.09%.

“El índice de salud de los mexicanos es de 62 puntos sobre 100, acorde al indicador llamado «Global Health Index»²⁵ para 2023. Los 62/100 puntos coloca a México en el lugar 51 en el *ranking* de países, por debajo incluso de Cuba, Chile, Costa Rica y Panamá”. La cobertura en México es del 75%. “El comparativo con otros países, tanto en situación similar como Colombia, más desfavorecida en recursos como Cuba y más favorecida como Canadá, reflejan todos mejores coberturas comparados con México”.²⁶ Esto sin olvidar que la cobertura es una dimensión para lograr la progresividad en los presupuestos públicos. La calificación de avance de los ODS es de 7.7 de una escala de 10; lo califican como un avance *moderado*. En innovación, la proporción que asigna el gobierno mexicano es de \$0.04 en millones de dólares; cuando en Colombia es de \$3.34 y en Costa Rica de \$2.85. En infraestructura, en camas por cada 1000 habitantes en 2020 es de 0.99; el promedio de la OCDE es de 4.4. En intervenciones quirúrgicas, por cada 1000 habitantes disminuyó de 31.37 en 2011 a 25.35 en 2019, y en equipos de resonancia magnética, en 2021, fue de 2.6 por cada millón de habitantes; el promedio en Latinoamérica excluyendo a México fue de 7.4, y el promedio de la OCDE de 19.4.

La problemática del cumplimiento al derecho a la salud no termina con las personas sin seguridad social. Aquellas afiliadas al IMSS e ISSSTE obtuvieron los primeros lugares de quejas ante la CNDH. La mayor cantidad de quejas en total son contra el IMSS, y en cuarto lugar el ISSSTE, que son las principales

²³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Economía y sectores productivos: salud, México, 2023*.

²⁴ INEFAM, *Tablero de indicadores de salud de México*, México, 2023.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Idem*.

instituciones de seguridad social en el país. Dicha información se obtiene desde la metodología cuantitativa que se basa en los datos estadísticos, los cuales son obtenidos a partir de indicadores con una perspectiva de derechos humanos y se resaltan los siguientes: medicamentos, infraestructura, servicio, entre otros.

Tabla 2. Expedientes por falta de medicamentos

	2019	2020	2021	2022	2023	2024	Total
IMSS	255	680	306	421	373	42	2077
ISSSTE	251	298	189	131	125	10	1004
INSABI							

Fuente: elaboración propia, con base en los resultados de Sistema Nacional de Alerta de Violación de Derechos Humanos.

Tabla 3. Expedientes por falta de infraestructura

	2019	2020	2021	2022	2023	2024	
IMSS	87	131	83	191	493	36	1021
ISSSTE	101	48	58	89	142	7	445
INSABI							

Fuente: elaboración propia desde los resultados de Sistema Nacional de Alerta de Violación de Derechos Humanos.

Tabla 4. Expedientes por no prestar el servicio

	2019	2020	2021	2022	2023	2024	
IMSS	569	680	441	671	1330	138	3829
ISSSTE	384	200	175	232	424	31	1446
INSABI							

Fuente: elaboración propia desde los resultados de Sistema Nacional de Alerta de Violación de Derechos Humanos.

Cantidad de hechos violatorios:

Tabla 5. Por falta de medicamentos

	2019	2020	2021	2022	2023	2024
IMSS					4	
ISSSTE						
INSABI						

Fuente: elaboración propia, con resultados de Sistema Nacional de Alerta de Violación de Derechos Humanos.

Tabla 6. Por falta de infraestructura

	2019	2020	2021	2022	2023	2024
IMSS				1	15	
ISSSTE				1	1	
INSABI						

Fuente: elaboración propia, con resultados de Sistema Nacional de Alerta de Violación de Derechos Humanos.

Tabla 7. Por no prestar el servicio

	TOTAL	2020	2021	2022	2023	2024
IMSS	100	8	10	14	67	1
ISSSTE	32	4	7	2	18	1
INSABI						

Fuente: elaboración propia, con resultados de Sistema Nacional de Alerta de Violación de Derechos Humanos.

IV. Justiciabilidad del derecho a la salud en México

Desde su constitucionalización y hasta fecha muy reciente, el derecho a la salud (junto con los demás derechos sociales) fue considerado por la doctrina y por la juris-

prudencia como un derecho programático que sólo podría ser garantizado cuando el Estado contara con los recursos presupuestales para ello y sin posibilidad de ser reclamado ante tribunales.²⁷

De acuerdo con Andrés Nasif, “las normas programáticas son normas vigentes y obligatorias, pero lo que en sustancia otorgan o conceden se encuentra condicionado por una futura expresión volitiva estatal para su puesta en práctica”.²⁸ Al respecto, Soberanes Diez afirma que “Los jueces rechazaban el análisis de fondo por afirmar que eran abstractos e indeterminados”.²⁹

Resulta complicado pensar que derechos tan importantes para una vida digna de las personas —como la salud, el acceso al agua y a un medio ambiente sano, entre otros derechos que son elementos mínimos para— eran considerados “programáticos”. Hoy ya no es posible hablar de una jerarquía de derechos humanos, tanto en los DESCAs como de los derechos civiles y políticos. No es posible una jerarquía de principios; estos se encuentran contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Todos son importantes en diferentes contextos y circunstancias. Lo que tenemos es un listado de principios, una especie de círculo donde giran cada uno de los principios, y en cada caso prevalece alguno sobre otro a partir de la ponderación. Es por ello que Atienza afirma que la ponderación sólo se utiliza cuando existen casos difíciles. Así, citando a Alexi,³⁰ no es que los principios se utilicen de forma indiscriminada, sino que deben existir principios en contradicción y deben ser del mismo valor. Esto significa que cuando exista contradicción de un derecho sobre otro se debe ponderar y elegir aquel que proteja en mayor medida a la persona, lo que será realizado por los jueces. En este contexto aparece el papel del juez como garante de estos

²⁷ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Derecho y salud*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, p. 14. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6186/5.pdf>

²⁸ Nasif, Santiago Andrés, “Los derechos sociales como derechos de segunda: razones frecuentes y visiones críticas”, *Revista Derechos en Acción*, núm. 14, 2020.

²⁹ Soberanes Diez, José María, “El Amparo como Garantía del Derecho a la Educación”, en Soberanes Fernández, José Luis y Rivera Moya, Marla Daniela (coords.), *Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 339-353. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6028/22.pdf>

³⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 154.

principios que se encuentran dentro de los derechos humanos, y que permiten a las personas alcanzarlos cuando no son garantizados por el Estado a través de la política pública, o cuando existe discriminación en su aplicación.

En los procesos de justiciabilidad uno de los antecedentes es el caso *Mininuma*,³¹ en el que se exige al gobierno la construcción de un hospital para una de las poblaciones más pobres del país por la gran distancia para llegar al hospital más cercano. Se trata de “una sentencia fundada en el derecho internacional de los derechos humanos (PIDESC y Observación General número 14, entre otros instrumentos)”. Gutiérrez afirma que “la Ley General de Salud es más bien una ley de carácter orgánico que identifica autoridades y responsabilidades, pero que no configura con claridad prerrogativas que puedan ser exigibles por los ciudadanos hacia los poderes públicos”.³²

En este sentido, la SCJN se pronunció en mayor medida en la justiciabilidad del derecho a la salud en los siguientes amparos:

Amparo en Revisión 226/2020. La Primera Sala de la SCJN resolvió que un hospital, al no haber proporcionado el tratamiento antirretroviral sin interrupciones, transgredió el derecho humano a la salud, en relación con la vida e integridad personal de éstos, pues fue omiso en el cumplimiento de diversas garantías propias del estándar de protección del derecho humano a la salud (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad). Adicionalmente, representa un peligro para la vida e integridad de las personas y conlleva el incumplimiento de la obligación estatal de avanzar lo más expedita y eficaz posible hacia la realización del derecho a la salud, tomando en consideración el máximo de los recursos de que dispone. Por lo anterior, se ordenó al hospital proveer al hombre de forma oportuna, permanente y constante.³³
(Contradicción de Tesis 517/2019).

Así, la Segunda Sala de la SCJN afirma que el Estado está obligado a proteger y garantizar el derecho a la salud, lo que incluye atención médica y medicamentos. Estos últimos no se encuentran restringidos al catálogo institucional,

³¹ Amparo indirecto 1157/2007-II, Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero, 11 de julio de 2008. <https://justicia.idh.ed.cr/images/desca/ficha/Salud/Caso-Derechos-de-Acceso-a-la-salud-de-la-Comunidad-de-Mini-Numa.pdf>

³² Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *op. cit.*, p. 14.

³³ Amparo en Revisión 226/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 11 de noviembre de 2020. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/270897>

por lo que se pueden suministrar medicamentos novedosos cumpliendo con los requisitos necesarios.

Otro ejemplo es la Acción de Inconstitucionalidad 109/2018, respecto de la figura del “copago”, que imponía a los trabajadores la obligación de pagar una parte del servicio médico. Allí se estableció que

el Pleno de la SCJN invalidó diversas disposiciones de la Ley en comento, toda vez que la figura del «copago» no se basaba en los principios de justicia y solidaridad social, accesibilidad económica, equidad y seguridad jurídica, previstos en los artículos 4º y 123 de la Constitución Federal. Aunado a lo anterior, el “copago” originaba una carga desproporcionada para el trabajador, quien además de soportar los descuentos por las cuotas de seguridad social, debía cubrir al menos parcialmente los gastos de servicios de salud de los que fuera usuario.³⁴

Aunque existen ejemplos específicos de justiciabilidad, estos son insuficientes. Plantean el camino a seguir para que, a través de los órganos jurisdiccionales, sea posible su exigibilidad, lo que constituye un avance importante. Sin embargo, aún existen obstáculos importantes como el hecho de que el amparo surte efectos sólo para aquel que lo promueve.

V. Efectos que tuvo la pandemia de SARS-CoV-2 de 2020 respecto del derecho a la salud

La enfermedad de COVID-19, causada por el SARS-CoV-2 de 2020, surgió en un centro de fabricación y transporte densamente poblado en el centro de China. Desde entonces se extendió a otros países y regiones, y fue transmitida por el año nuevo chino y los viajes internacionales. El COVID-19 trastocó toda la vida humana en el planeta. El mundo se paralizó para enfrentar la difusión de esta nueva infección respiratoria, lo que provocó crisis en la economía, las finanzas, los mercados y la vida social y política de las comunidades.

En México, el 27 marzo de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas.

³⁴ Acción de Inconstitucionalidad 109/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 25 de mayo de 2020. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/247985>

tadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

El Consejo de Salubridad General, en una sesión extraordinaria celebrada el 19 de marzo de 2020, acordó que se reconoce a la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México como una enfermedad grave de atención prioritaria. En esa misma sesión también se mencionó que la Secretaría de Salud establecería las medidas necesarias para la prevención y control de la epidemia del virus SARS-CoV2 (COVID-19), las cuales definirían las modalidades específicas, las fechas de inicio y su término, así como su extensión territorial.³⁵

El 31 de marzo de 2020 se ordenó la suspensión inmediata de actividades no esenciales (del 30 de marzo al 30 de abril de 2020) para mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad. Con esta medida también se buscó disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por COVID-19 en la población residente en el territorio nacional. Asimismo, se determinó que solamente podrían continuar en funcionamiento las actividades consideradas *esenciales*.³⁶

En este contexto, el objetivo de la seguridad social consiste en la posibilidad de hacer frente a eventos adversos que el ciudadano no puede enfrentar por sí solo, como una enfermedad, la vejez, una discapacidad o la maternidad. En el caso específico de 2020 fue una pandemia con las características descritas. Sin embargo, la enfermedad encontró a México con el 60% de informalidad en infraestructura. En ese año el porcentaje de camas por cada 1000 habitantes fue de 0.99, cuando el promedio de la OCDE fue de 4.4%.³⁷ De igual modo, la mitad de la población padecía hipertensión arterial, más del 10% diabetes, y el 75% de las personas tenía sobrepeso u obesidad.³⁸ Así, “Los pacientes

³⁵ Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590673&fecha=27/03/2020

³⁶ Decreto por el que se ordena la suspensión inmediata del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020

³⁷ INEFAM, *op. cit.*

³⁸ Secretaría de Salud e Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Salud y Nutrición, México, 2018.

fallecidos tenían una o múltiples comorbilidades, principalmente hipertensión (45,53%), diabetes (39,39%) y obesidad (30,4%)”.³⁹

Para noviembre de 2021 había 288,464 defunciones acumuladas. En la exigencia del derecho a la salud en el periodo de pandemia del COVID-19 las personas quejosas presentaron ante los juzgados y tribunales 1231 amparos relacionados con la emergencia sanitaria. Los amparos se tramitaron por tres causas principales: incumplimiento en algunas empresas de las medidas sanitarias publicadas por el gobierno, falta de insumos para proteger del COVID-19 al personal de salud de instituciones públicas, y desabasto en medicamentos para enfermedades que van desde las comunes hasta las de tercer nivel o de alto costo.⁴⁰

VI. Conclusiones

El derecho a la salud es un derecho humano cuya protección se extiende a la posibilidad de acudir a organismos internacionales para hacerlo efectivo. Para este derecho existe, por lo tanto, protección constitucional y de los tratados internacionales, la cual se fortalece con la reforma constitucional de 2011 al establecer de forma clara la obligación del Estado de prevenir, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esto se suma a lo preceptuado por la SCJN, al declarar que el Estado debe demostrar que utilizó todos los medios posibles y presupuestales para hacer efectivos los derechos humanos, aunque estos se encuentren dentro de los denominados derechos programáticos, en el que desde su creación parecían ser derechos utópicos imposibles de lograr, tan generales que se enfrentaban a la imposibilidad práctica de hacerlos efectivos para todos, sin embargo desde el punto de vista teleológico sería interesante descubrir si el constituyente pensó lo mismo o si al consagrar estos derechos tenía la firme intención de que pudieran hacerse exigibles con el transcurso del tiempo, considerando que las personas que presentaron carencia por acceso a los servicios de salud pasaron de 16.2% a 39.1% entre 2018 y 2022, es decir, de 20.1 a 50.4

³⁹ Suárez Víctor, Suárez Quezada Monserrat, Oros Ruiz, Socorro y Ronquillo de Jesús, Elba, “Epidemiología de COVID-19 en México”, *National Library of Medicine*, 2020.

⁴⁰ IBERO, Mapeo enero de 2019 y febrero de 2021, realizado conjuntamente por la Clínica de Derecho y Salud Pública de la IBERO y el Programa de Derecho y Salud Pública del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, 2021.

millones de personas, se duplicaron las personas con carencia a servicios de salud lo que constituye una clara contravención al principio de progresividad.

Es por ello por lo que desde la elaboración de los presupuestos y la puesta en marcha de la política pública debería de realizarse una revisión específica para analizar el cumplimiento de los derechos humanos antes de proyectos y obras públicas y si existe una equivocación de política pública con consecuencias en la vida y economía de la población el Estado debería responder por ello.

Finalmente, el trabajo presenta ejemplos de justiciabilidad del derecho a la salud cuyos avances son considerables, pero aún insuficientes porque no benefician a todos.

VII. Bibliografía

Acción de Inconstitucionalidad 109/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 25 de mayo de 2020. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/247985>

Acuerdo por el que se emiten las bases para la transferencia de recursos y desincorporación por extinción del organismo público descentralizado denominado Instituto de Salud para el Bienestar. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5690905&fecha=01/06/2023#gsc.tab=0

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Amparo en Revisión 226/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 11 de noviembre de 2020. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/270897>

Amparo en revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 15 de octubre de 2014. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=166107>

Amparo indirecto 1157/2007-II, Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero, 11 de julio de 2008. <https://justicia.iidh.ed.cr/images/desca/ficha/Salud/Caso-Derechos-de-Acceso-a-la-salud-de-la-Comunidad-de-Mini-Numa.pdf>

- Bauman, Zygmunt, *Globalización: consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Presupuesto con enfoque de derechos humanos y perspectiva de género*, México, CNDH, 2022.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, ONU, 2020.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), “El CONEVAL presenta las estimaciones de pobreza multidimensional 2022”, *Comunicado No. 7*, México, 2023.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 26.
- Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590673&fecha=27/03/2020
- Decreto por el que se ordena la suspensión inmediata del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020
- Ferrajoli, Luigi, *En defensa del garantismo penal*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.
- García-Junco Machado, David, “La transformación del sistema de salud y el Seguro Popular”, *Gaceta Médica de México*, México, 2012.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Derecho y salud*. Colección pensamiento jurídico contemporáneo, México, *Universidad Nacional Autónoma de México*, 2020, pp. 13-27. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6186/5.pdf>
- IBERO, Mapeo enero de 2019 y febrero de 2021, realizado conjuntamente por la Clínica de Derecho y Salud Pública de la IBERO y el Programa de Derecho y Salud Pública del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, 2021.
- INEFAM, *Tablero de indicadores de salud de México*, México, 2023.

- Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), *Aguas en México: ¿Escasez o mala gestión?*, México, 2023.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Economía y sectores productivos: salud*, México, 2023.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, México, 2016.
- MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.
- Nasif, Santiago Andrés, “Los derechos sociales como derechos de segunda: razones frecuentes y visiones críticas”, *Revista Derechos en Acción*, núm. 14, 2020.
- Norma Oficial Mexicana NOM-172-SEMARNAT-2023, Lineamientos para la obtención y comunicación del índice de calidad del aire y riesgos a la salud. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715154&fecha=25/01/2024#gsc.tab=0
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966, artículo 2o.
- Rodríguez Rivera, María Estefanía, “La recentralización del sector salud: una aproximación a sus implicaciones en el funcionamiento organizacional de un centro de salud”, *Gestión y Estrategia*, núm. 62, 2022.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público, PPEF 2024 y Presupuesto aprobado, 2023.
- Secretaría de Salud e Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Salud y Nutrición, México, 2018.
- Soberanes Diez, José María, “El amparo como garantía del derecho a la educación”, en Soberanes Fernández, José Luis y Rivera Moya, Marla Daniela (coords.), *Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 339-353. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6028/22.pdf>
- Suárez Víctor, Suárez Quezada Monserrat, Oros Ruiz, Socorro y Ronquillo de Jesús, Elba, “Epidemiología de COVID-19 en México”, *National Library of Medicine*, 2020.
- Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2017. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015305>

Yturbe, Corina, “La utopía en los orígenes de los derechos sociales en México”, en *Los derechos sociales en México. Reflexiones sobre la Constitución de 1917*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Medina Conde, Analaura, Flores Ilhuicatzí, Uziel, y Velasco Miranda, Arely, “Derechos sociales: estudio del derecho a la salud en México 2019-2023”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 233-255. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19521>

APA

Medina Conde, A., Flores Ilhuicatzí, U., y Velasco Miranda, A. (2025). Derechos sociales: estudio del derecho a la salud en México 2019-2023. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 233-255. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19521>

Interculturalidad y derechos de pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Interculturality and rights of indigenous peoples in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Interculturalité et droits des peuples autochtones dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

Juan Daniel Oliva Martínez

 <https://orcid.org/0000-0003-0921-4606>

Universidad Carlos III de Madrid. España

Correo electrónico: daoliva@der-pu.uc3m.es

Eliás Ángeles-Hernández

 <https://orcid.org/0000-0003-2503-6360>

Universidad Carlos III de Madrid. España

Correo electrónico: eangeles@inst.uc3m.es

Recepción: 6 de noviembre de 2024

Aceptación: 17 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19666>

RESUMEN: El presente trabajo, que toma como referencia la cuestión de pueblos indígenas en América Latina en los últimos años, tiene como propósito principal exponer cómo la interculturalidad, entendida como un modelo de gestión de la diversidad, paradigma emergente, proyecto ético político, e incluso, como forma de vida y proyecto de nación, se ha visto reflejada últimamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la protección de derechos de estos pueblos.

En ese sentido, consideramos que la interculturalidad se ha manifestado de dos maneras. La primera, contenida implícitamente en una serie de estándares que se han venido aplicando y perfeccionando en diversas resoluciones a favor de estos pueblos, tales como el derecho a una vida digna, la protección de la propiedad comunal y el derecho a la consulta previa e informada. Segunda, más explícita y pragmática, ha sido a través de lo que el propio tribunal internacional ha denominado “método intercultural”, por medio de novedosas y sofisticadas formas de impartir justicia, con lo cual se rompe el esquema tradicional.

Palabras clave: interculturalidad; método intercultural; vida digna; derechos indígenas; propiedad comunal; consulta previa e informada.

ABSTRACT: The present work, taking as a reference the issue of indigenous peoples in Latin America in recent years, has as its main purpose to expose how interculturality, understood as a model of diversity management, an emerging paradigm, an ethical-political project, and even as a way of life and a national project, has been reflected lately in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in relation to the protection of the rights of these peoples. In this sense, we consider that interculturality has been manifested in two ways. The first, implicitly contained in a series of standards that have been applied and perfected in various resolutions in favor of these peoples, such as the right to a dignified life, protection of communal property and the right to prior and informed consultation. Second, more explicit and pragmatic, has been through what the international court itself has called the “intercultural method”, by means of new and sophisticated ways of administering justice breaking with the traditional scheme.

Keywords: interculturality; intercultural method; dignified life; indigenous rights; communal property; prior and informed consultation.

RÉSUMÉ: L’objectif principal de ce travail, en prenant comme référence la question des peuples autochtones en Amérique latine ces dernières années, est d’exposer comment l’interculturalité, comprise comme modèle de gestion de la diversité, paradigme émergent, projet éthique politique et même, comme mode de vie et projet national, s’est reflété récemment dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme en matière de protection des droits de ces peuples. En ce sens, nous considérons que l’interculturalité s’est manifestée de deux manières. Le premier, implicitement contenu dans une série de normes appliquées et perfectionnées dans diverses résolutions en faveur de ces peuples, comme le droit à une vie digne, protection des biens communaux et le droit à une consultation préalable et éclairée. Deuxièmement, de manière plus explicite et pragmatique, elle a eu recours à ce que la Cour internationale elle-même a appelé la “méthode interculturelle”, à travers des manières nouvelles et sophistiquées d’administrer la justice, en rupture avec le schéma traditionnel.

Mots-clés: interculturalité; méthode interculturelle; vie digne; droits autochtones; propriété communale; consultation préalable et éclairée.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nociones del término* interculturalidad. III. *Estándares con enfoque intercultural en la Corte IDH*. IV. *Método intercultural en la jurisprudencia de la Corte IDH*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad mostrar o exponer la manera en que la interculturalidad se ha venido reflejando en los últimos años en la jurisprudencia (entiéndase sentencias o resoluciones) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre todo, en lo tocante a la protección y salvaguarda de derechos de pueblos indígenas. En términos generales, pues no pretendemos un abordaje profundo, la interculturalidad puede ser contemplada como un modelo de gestión de la diversidad, paradigma emergente e, incluso, como forma de vida y proyecto de nación frente a la diversidad cultural característica de las sociedades contemporáneas. En contraposición al asimilacionismo, relativismo cultural y, en épocas recientes, al multiculturalismo, el modelo intercultural tiene como propósito el aprecio hacia lo diferente, hacia el *otro*. Además, busca valorar y respetar a partir de la coexistencia y aprendizaje recíproco, así como disposición de dejarse convencer por otras formas de ver el mundo y entender la realidad desde otras cosmovisiones.

En resumidas cuentas, la interculturalidad posibilita un plano de igualdad, que tiene como base, entre otros aspectos, el aprendizaje mutuo, el diálogo intercultural y la interacción positiva entre personas de diversas culturas, contextos o escenarios. En relación con el derecho, este modelo o enfoque se ha visto reflejado en parámetros o estándares que ha venido desarrollando, aplicando y constantemente perfeccionando la Corte IDH, en cuanto a la protección de derechos de pueblos indígenas en América Latina, recientemente como consecuencia de demandas llevadas a cabo por estos pueblos. Esta situación ha sido estudiada y analizada por diversos autores en los últimos años, lo que demuestra la relevancia del tema.¹

¹ Véase Quintana, Karla y Góngora, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en*

En este trabajo nos enfocaremos en la jurisprudencia de la Corte IDH, relacionada con la situación de pueblos indígenas, lo cual cobra importancia toda vez que significa un precedente en la implementación de la interculturalidad, como hemos dicho, a través de la creación de estándares y de aquello que la Corte IDH denomina “método intercultural” respecto a la protección de derechos de este sector vulnerable de la sociedad.

Previo al análisis de las formas en como se ha manifestado el enfoque intercultural en las resoluciones de la Corte IDH, haremos una breve pero necesaria aproximación al concepto de *interculturalidad*. Acto seguido, expondremos cómo el modelo intercultural se ha desarrollado y aplicado en las sentencias de la Corte IDH. Por medio del citado procedimiento se analizarán primeramente los estándares o parámetros que la Corte IDH ha venido desarrollando en los últimos años respecto a la cuestión planteada. Estos indicadores son el derecho a una vida digna (derecho a la vida en un sentido amplio), la protección de la propiedad comunal (versus propiedad individual) y el derecho a la consulta previa e informada (respecto a la protección de sus territorios ancestrales por la proliferación de megaproyectos de infraestructura en la región).

Para desarrollar lo anterior es necesario partir del siguiente planteamiento general: la situación de la mayoría de los pueblos indígenas en América Latina es de vulnerabilidad, caracterizada por una marcada discriminación racial, social e incluso económica, aun y cuando algunos Estados latinoamericanos² han reconocido a nivel constitucional la pluralidad y diversidad cultural. Andrea Schettini sostiene que aunque “se reconoce un cambio en la postura de los Es-

los sistemas de derechos humanos, México, Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017; Schettini, Andrea, “Toward a new paradigm of human rights protection for indigenous peoples: a critical analysis of the parameters established by the Inter-American Court of Human Rights”, *Sur: International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, 2012. <http://sur.conectas.org/en/toward-new-paradigm-human-rights-protection-indigenous-peoples/>; López, Melisa, “La démarche interculturelle d’élaboration de la jurisprudence: outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l’Homme”, Institut de Recherche et débat sur la gouvernance, L’IRG, 2011. <http://www.institut-gouvernance.org/es/etude/fiche-etude-1.html>; Toro, Mauricio Iván del, “Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas”, *Papers*, núm. 58, SELA (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), 2008. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/58

² Perú (2021), Colombia (2020), Bolivia (2009), Ecuador (2008), Argentina (1994), México (1992, 2001) y Venezuela (1999).

tados, especialmente en los últimos veinte años, con la adopción de legislaciones nacionales y con la ratificación de instrumentos internacionales, tales cambios no fueron suficientes para garantizar que se efectivicen los derechos de las comunidades indígenas”.³ Tal afirmación cobra sentido, pues buena parte de las demandas que hacen los pueblos indígenas ante la Corte IDH tiene que ver precisamente con el no reconocimiento de sus formas de vida y expresión, pese a su reconocimiento en legislaciones nacionales e instrumentos internacionales.

Ante tal situación, y como segunda forma de aplicar la interculturalidad, veremos cómo la Corte IDH ha ido desarrollando y aplicando un “método intercultural”, el cual consiste básicamente en tomar en cuenta cosmovisiones, opiniones, formas de contemplar la realidad y la justicia, así como puntos de vista de pueblos indígenas al momento de llevar un caso ante este órgano jurisdiccional internacional. Un elemento adicional para elaborar y desarrollar con éxito este método es colocar en el centro del proceso, en particular en la audiencia pública, a la persona o personas involucradas y escuchar sus argumentos, alegatos, visiones, concepciones y formas de percibir determinadas instituciones jurídicas, para generarnun genuino diálogo intercultural basado en la aceptación, respeto e interés por crear un nivel mayor de entendimiento. Estos criterios han ido conformando un nuevo paradigma que podemos denominar *inclusivo* e intercultural en América Latina.

II. Nociones del término *interculturalidad*

Si partimos desde su sentido gramatical, la *interculturalidad* como teoría y práctica literalmente significa “entre culturas”, así como “relación” e “interacción” entre ellas. No obstante, y a diferencia de otros modelos de gestión de la diversidad (como el multiculturalismo), este paradigma emergente va más allá y no hace alusión al simple contacto entre diversas expresiones culturales en un mismo escenario, sino que hace referencia a un intercambio que se debe llevar a cabo en términos de equidad, esto es, en igualdad de circunstancias. Para Catherine Walsh,

³ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 86.

además de ser una meta por alcanzar, la interculturalidad debería ser entendida como un proceso permanente de relación, comunicación y aprendizaje, entre personas, grupos, conocimientos, valores y tradiciones distintas, orientadas a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, y a un desarrollo pleno de las capacidades de los individuos, por encima de sus diferencias culturales y sociales.⁴

Es importante destacar que este enfoque no se limita a delinear una realidad o hecho dado o logrado, “ni como un atributo casi «natural» de las sociedades y culturas [...], sino como un proceso y actividad continua; debiera, pues, ser pensada menos como sustantivo y más como verbo de acción, tarea de toda la sociedad [...] no solamente de sectores campesinos/indígenas”.⁵ Con el paso del tiempo, la interculturalidad “ha venido adquiriendo el sentido de una construcción de la comunicación que posibilita conjuntamente la cohesión étnica, el fortalecimiento de la identidad cultural y el conocimiento de los valores de las otras culturas”.⁶ Por lo anterior, no es posible contemplarla como algo prescrito en la sociedad, o darlo por sentado, aun cuando esté establecido en una norma positiva, o visualizarlo como un derecho sustantivo. Este modelo es, ante todo, un proceso dinámico que involucra tanto a la sociedad como al Estado. Como antítesis del multiculturalismo, y de otros modelos de gestión de la diversidad, surge a raíz de la necesidad de expresión y de reconocimiento de diversos grupos culturales, étnicos, lingüísticos, derivado de procesos históricos de distintos actores sociales que demandaban mayor participación, reconocimiento y tolerancia a sus expresiones culturales.

Para comprender este enfoque, es necesario tomar en consideración aspectos económicos, políticos y, por supuesto, socioculturales de cada escenario que se pretenda analizar. Por lo tanto, la existencia de innumerables significados y conceptos de interculturalidad tiene que ver directamente del contexto geográfico, cultural, tradiciones, valores y costumbres desde las cuales la estemos abordando. En ese sentido, y teniendo en cuenta el carácter polisémico del término,

⁴ Walsh, Catherine, *La interculturalidad en la educación*, Perú, Ministerio de Educación; UNICEF, 2004, p. 4.

⁵ *Idem.*

⁶ Borboa-Trasviña, Marco Antonio, “La interculturalidad: aspecto indispensable para unas adecuadas relaciones entre distintas culturas. El caso entre «Yoris» y «Yoremes» del centro ceremonial de San Jerónimo de Mochichahui, El Fuerte, Sinaloa, México”, *Ra Ximhai*, vol. 2, núm. 1, 2006, p. 49. <https://www.redalyc.org/pdf/461/46120104.pdf>

hasta ahora no es posible tener un concepto acabado del mismo, lo que ha dado lugar a que el debate teórico respecto a su abordaje teórico-conceptual siga vigente. A manera de ejemplo, podemos decir que en Europa la interculturalidad se ha enfocado principalmente al ámbito educativo de estudiantes de origen extranjero, es decir, la “solución a los problemas que confrontaban los alumnos inmigrantes por su desconocimiento de la lengua oficial de la educación. [...] Posteriormente (1980 en adelante) se evidenció la necesidad de asegurar la convivencia entre diferentes”.⁷

Para Rosa María Mari el inicio de la educación con enfoque intercultural se da a partir de los años sesenta cuando “el Consejo de Europa aprueba la primera recomendación que relaciona a la inmigración con propuestas educativas interculturales. [...] En la década de los ochenta estos programas dejaron de ser exclusivamente para migrantes generando así la educación intercultural para todos”.⁸ En cambio, en el ámbito latinoamericano la interculturalidad —como teoría y práctica ético-política— se gestó en el marco de acciones públicas de educación básica hacia la población indígena en un primer momento. De allí que fue a raíz del análisis de relaciones entre indígenas y no indígenas cuando la noción de interculturalidad y su aplicación en el ámbito educativo emergió. Para Gunther Dietz

es posible que el uso del adjetivo «intercultural» en diferentes publicaciones antropológicas se remonte a la antropología aplicada en América Latina de los años cincuenta del siglo XX. Tanto antropólogos venezolanos como mexicanos comenzaron a referirse a la «educación intercultural» y a la «salud intercultural» como nuevas esferas de interacción.⁹

Cabe señalar que la interculturalidad desde estos momentos estuvo enfocada principalmente a pueblos indígenas. No obstante, de conformidad con Gunther Dietz, “estos usos latinoamericanos de interculturalidad no regresan sino hasta

⁷ López, Luis Enrique, *Interculturalidad, educación y ciudadanía. Perspectivas latinoamericanas*, Bolivia, Plural Editores, 2009, p. 181.

⁸ Mari, Rosa María, *Análisis de la educación intercultural y propuesta de un modelo de pedagogía intercultural*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2002; Mateos, Laura Selene, “Hacia una arqueología del concepto de interculturalidad”, *Revista electrónica EntreVerando*, vol. 1, 2010, p. 26.

⁹ Dietz, Gunther, “Interculturalidad: una aproximación antropológica”, *Perfiles Educativos*, vol. 39, núm. 156, 2017, p. 196. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13250923012>

finales del siglo XX, después de haber interactuado con las nociones de interculturalidad estadounidenses y europeas”.¹⁰ Para Luis Enrique López¹¹ el origen y utilización de este vocablo en nuestra región está íntimamente relacionado con los movimientos indígenas, así como con proyectos sobre educación intercultural bilingüe en países como Perú, Ecuador, Bolivia, Guatemala, México, Colombia, Venezuela, entre otros. Este modelo propone romper esquemas y poner énfasis en el aprecio hacia el “otro”, en la cooperación, disposición de reconocer y aceptar otras formas de percibir la realidad; así como fomentar el intercambio entre pueblos indígenas en aras de una coexistencia enriquecida culturalmente, resultado de la pluralidad de formas de pensamiento y cosmovisiones, las cuales traen consigo la interacción cada vez más recurrente de la multiplicidad de culturas.

En concreto, y a partir de interacción y no sólo del simple reconocimiento, plantea la posibilidad de llegar a otro nivel de armonía y entendimiento en el cual no haya relaciones desiguales. Así mismo, que el *diálogo intercultural* sea el camino para construir nuevas formas de convivencia y respeto a las diferencias culturales, y poder transitar de la simple convivencia a la coexistencia en un marco de respeto, tolerancia y equidad. El objetivo principal es, por lo tanto, “promover el reconocimiento y el respeto recíproco entre los diferentes pueblos y culturas, así como las diversas formas de vida y pensamiento”.¹² Sin embargo, este modelo no es del todo infalible, pues siempre habrá situaciones en donde no sea posible crear puntos de acuerdo. Empero, y aun con limitantes que pudiera presentar, este prototipo se proyecta como una opción viable frente a la diversidad de grupos que conviven en un mismo entorno, resultado de la globalización y de flujos migratorios tanto internos como externos.

Dentro de sus postulados y con relación a la interacción entre culturas, promueve que “mantengan su identidad cultural a partir de una actitud crítica frente a lo propio y a lo ajeno”.¹³ La interculturalidad apela a la relación simétrica y

¹⁰ *Idem.*

¹¹ López, Luis Enrique, *La cuestión de la interculturalidad y la educación latinoamericana, Programa de formación en Educación Intercultural Bilingüe en los Países Andinos (PROEIB Andes)*, Universidad Mayor de San Simón, Cooperación Técnica Alemana (GTZ), s. l, s. a. <http://www.schwartzman.org.br/simon/delphi/pdf/lopes.pdf>

¹² Lozano, Ruth, *Interculturalidad: desafío y proceso en construcción. Manual de capacitación*, Perú, SINCO Editores, 2005, p. 80.

¹³ Vargas, María de Lourdes, Schmelkes, Sylvia y Méndez, Ana María, *Reflexiones sobre*

dialógica entre culturas diversas, en un intento de conocimiento y aceptación que trasciende la simple tolerancia. Admite que grupos culturales diversos puedan construir relaciones basadas en el respeto e igualdad, y que, en la medida de lo posible, se evite mantener un escenario de relaciones asimétricas que sólo “beneficien a un grupo mayoritario el cual está por encima de otro u otros”.¹⁴ En México, por citar un ejemplo, la interculturalidad en su interacción con el derecho no ha sido abordada de manera adecuada en relación con los pueblos indígenas en cuanto a la protección de sus derechos. Sin embargo, a nivel regional (América Latina) se ha venido implementando este modelo de manera exitosa en beneficio de estos pueblos, los cuales han visto en ella una forma de reivindicar sus derechos de manera efectiva.

Lo anterior, como hemos expuesto, se ha llevado a cabo en la Corte IDH, la cual en décadas recientes dentro de su jurisprudencia dictada en relación con el derecho a una vida digna, la protección de la propiedad comunal y el derecho a la consulta previa e informada ha desarrollado un “método intercultural” que retoma y aplica postulados que plantea la interculturalidad. Dentro de este método se encuentra inmerso el “diálogo intercultural”, entendido como un verdadero intercambio de ideas, posturas, formas de entender la realidad y de tomar en cuenta puntos de vista divergentes, así como entender las diferentes formas de interpretar la vida y solucionar controversias. Esta comunicación efectiva ha favorecido el entendimiento y enriquecimiento mutuo, materializado en resoluciones o sentencias que han dado la razón a peticiones de pueblos indígenas.

III. Estándares con enfoque intercultural en la Corte IDH

1. Derecho a una vida digna

Como hemos venido mencionando, ha sido gracias al desarrollo y evolución de esta nueva forma de impartir justicia en la Corte IDH que se han creado y

multiculturalismo e interculturalidad y sus implicaciones en la práctica de la educación intercultural bilingüe en México, México, XI Congreso Nacional de Investigación Educativa, 1996, p. 3. http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_12/1996.pdf

¹⁴ Schmelkes, Sylvia, “*La interculturalidad en la educación básica*”, Encuentro Internacional de Educación Preescolar: Currículum y Competencias, México, 2005, p. 5. <http://catedraunesco-dh.unam.mx/catedra/ocpi/documentos/docs/6/16.pdf>

perfeccionado parámetros o estándares en materia de protección y salvaguarda a derechos mencionados a favor de pueblos indígenas. Es decir, ha habido un cambio trascendental respecto al tratamiento de sus condiciones de vida dentro y fuera de su entorno, las cuales, en la mayoría de los casos, son de vulnerabilidad, desventaja, marginación y discriminación. En cuanto al derecho a una vida digna, este es entendido en el contexto de la jurisprudencia de la Corte IDH “no sólo como el derecho de todo ser humano a no ser privado arbitrariamente de su vida, sino también como derecho fundamental de toda persona a las condiciones necesarias para una vida digna”.¹⁵ Este concepto

es elaborado por primera vez por el tribunal internacional en el caso “*Niños de la calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (1997-1999),¹⁶ que sostuvo: El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido.¹⁷

La trascendencia de esta jurisprudencia radica en que este derecho no se percibe desde un enfoque restrictivo o limitativo, sino que implica que no se impidan los medios para mejorar las condiciones de vida y se garantice una existencia digna. La Corte IDH a partir de este caso ha venido estableciendo razonamientos jurídicos más favorables en cuanto a la protección a la vida, que se reflejan en procesos resueltos bajo su jurisdicción, como es el *Caso del Pueblo Indígena Yanoma-mi de Haximú vs. Venezuela* (1996-2012),¹⁸ que versa sobre la destrucción física sufrida por pueblos indígenas como resultado de la intervención y ocupación de personas ajenas a ese lugar. Otro ejemplo es el del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2010-2012),¹⁹ en el cual la Corte IDH consideró que,

¹⁵ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 69.

¹⁶ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

¹⁷ Garros, María Cristina y Martínez, María Celeste, *Ambiente y pueblos indígenas. Una mirada interdisciplinaria*, Argentina, Ediciones Universidad Católica de Salta (EUCASA), 2007, p. 431.

¹⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Yanoma-mi de Haximú vs. Venezuela*, informe No. 32/12, petición 11.706, solución amistosa pueblo indígena Yanomami de Haximú, Venezuela, 20 de marzo de 2012. <https://provea.org/wp-content/uploads/2020/06/SolucionC3%B3n-amistosa-caso-Haxim%C3%BA.pdf>

¹⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones,

debido a la falta de medidas efectivas por parte del Estado, se vio vulnerado el derecho a la vida de habitantes de dichas comunidades. En el *Caso Yakey Axa vs. Paraguay* (2003-2005),²⁰ la Corte IDH comienza a desarrollar una postura evolucionista y proteccionista de la vida, al considerar que el Estado, al no proporcionar medidas o políticas públicas necesarias para mejorar las condiciones de vida, constituía una violación a la misma.

En el *Caso Samboyamaxa vs. Paraguay* (2005-2006)²¹ la Corte IDH continúa con la misma postura y, a diferencia del caso anterior, aquí argumenta que si el Estado no adopta providencias tendentes a mejorar estas circunstancias, ello implicará un riesgo en cuanto a la protección de esta prerrogativa. Un último caso, el de la *Comunidad Indígena XákmoK Kásek vs. Paraguay* (2009-2010),²² en el cual se desarrolla el derecho a la vida para comprenderlo desde una óptica más amplia y concebirlo como vida digna de manera similar que los ejemplos anteriores. Allí se condenan tanto acciones como omisiones de los Estados respecto a los pueblos indígenas. Estos casos, en síntesis, reflejan cómo la Corte IDH ha venido avanzando en el desarrollo de jurisprudencia en cuanto a la protección efectiva de este sector de la sociedad.

Esta evolución o cambio de perspectiva en la impartición de justicia con enfoque intercultural, llevado a cabo por la Corte IDH en favor de pueblos indígenas a través de su jurisprudencia, es sumamente trascendente, pues

en materia de creación de condiciones dignas de vida, al determinar que el Estado no sólo es responsable internacionalmente, en primer lugar, por no adoptar medidas que prevengan razonablemente estas condiciones, sino que, además, puede ser internacionalmente responsable si, aun habiendo adoptado esas medidas, resultaran eficaces e ineficientes.²³

sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

²⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakey Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

²¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo del 2006, serie C, núm. 146. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

²² Corte IDH, *Caso comunidad indígena XákmoK Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

²³ Quintana, Karla y Góngora, Juan Jesús, *op. cit.* p. 35.

Por lo tanto, el derecho a una vida digna “cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”,²⁴ en el contexto de la jurisprudencia de la Corte IDH, está estrechamente relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo tanto, el Estado tiene “una función de garante, por la cual debe asegurar las condiciones de vida favorables al desarrollo pleno de los sujetos, los que implica una garantía de otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud y a la alimentación”.²⁵ En ese sentido, para poder gozar y disfrutar de manera efectiva de otros derechos, son necesarias condiciones básicas que permitan el desenvolvimiento de personas dentro de sus pueblos y comunidades.

En los casos de Paraguay el denominador común, respecto a la violación a derechos indígenas, fue la expulsión de indígenas de sus tierras debido al proceso de privatización del Chaco paraguayo. Con ello, y aunado a la omisión del Estado de realizar la respectiva demarcación y titulación de territorios, “los miembros de la comunidad estaban imposibilitados de tener acceso a sus tierras, lo que resultó en un estado de extrema vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria amenazando continuamente la supervivencia y la integridad de dichas comunidades”.²⁶ La Corte IDH argumentó que corresponde al Estado, en su posición de garante, adoptar medidas concretas y enfocadas a una protección real y efectiva del derecho a una vida digna, toda vez que el acceso a sus tierras y uso de recursos naturales están estrechamente vinculados a la obtención de medios de subsistencia y, por ende, a la supervivencia de sus habitantes.

Con estos argumentos, Paraguay fue considerado responsable por haber cometido violación a la vida digna al no permitirles permanecer en sus territorios, con respecto a los cuales, al ser dueños ancestrales, se les privó implícita e indirectamente del derecho a la salud, alimentación, educación y demás derechos elementales. Las anteriores consideraciones se vieron reflejadas de manera explícita en la sentencia del *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2003-2005),²⁷ en la cual la Corte IDH dejó en claro en sus razonamientos que una de

²⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 del febrero de 2006, serie C, núm. 142, p. 78. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf

²⁵ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 69.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, *cit.*

las obligaciones del Estado (o de los Estados en general), respecto de pueblos indígenas, “es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana” [para lo cual el propio Estado] “tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del *derecho a una vida digna*, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.²⁸

2. Protección de la propiedad comunal

Uno de los principales conflictos en materia indígena es el relacionado con la propiedad. La Corte IDH, consciente de esta situación, ha reconocido que “uno de los mayores problemas enfrentados actualmente, para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, es el hecho de que esas comunidades, sin título de propiedad sobre sus territorios ancestrales”,²⁹ estén constantemente siendo afectadas por el desarrollo de mega proyectos estatales o privados, los cuales explotan recursos naturales afectando y alterando su ecosistema y forma de vida. La territorialidad, por lo tanto, es uno de los puntos clave de reclamos indígenas actuales. En ese sentido, la propiedad más allá de una dimensión de derecho colectivo, se constituye “como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo”,³⁰ pues los pueblos indígenas, respecto de la propiedad comunal, tienen una visión divergente en relación con la perspectiva del derecho civil. Para Pedro García, en el caso del derecho estatal, la propiedad es un derecho de carácter civilista que corresponde a la persona en su individualidad, el cual “en el caso de las sociedades indígenas la cuestión de la tierra es diferente; el territorio se vincula más bien al pueblo que al individuo y nadie piensa que puede disponer de él a su antojo”.³¹

La propiedad, desde la óptica del derecho civil, resulta incompatible con la concepción que tienen los indígenas respecto de sus territorios ancestrales, los cuales, de acuerdo con su cosmovisión, se basan en una idea de comunidad y se les llega a considerar como un derecho a la propia vida. En cuanto al recla-

²⁸ Escobar, Guillermo y López, José Eduardo, *Pensiones. IX Informe sobre derechos humanos*, España, Trama Editorial, 2012. https://pradpi.es/informes/Informe_Pensiones.pdf

²⁹ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 72.

³⁰ García, Pedro, “Territorios indígenas: tocando las puertas del derecho”, *Revista de Indias*, vol. 61, núm. 223, 2001, p. 619. <https://doi.org/10.3989/revindias.2001.i223.575>

³¹ *Idem*.

mo de la tenencia de sus tierras, pese a que no se asemeja a la institución creada por el derecho civil, “lo que rescatan de la propiedad son las posibilidades defensivas que le otorgan el carácter absoluto de su ejercicio, su exclusividad y su perpetuidad”.³² De cara a esta situación que enfrentan los pueblos indígenas en varias partes de la región, en los últimos años la Corte IDH ha venido ejerciendo un papel significativo en cuanto a la protección de sus recursos naturales. Lo anterior tiene como punto de partida un cambio en la visión del derecho de propiedad, que lo hace más inclusivo en cuanto a las cosmovisiones y formas de ver la realidad por parte de estos pueblos.

Es decir, la Corte IDH “ha ido más allá del concepto de propiedad privada impuesto por el paradigma moderno occidental, que se basa en la divisibilidad de la tierra, en la posesión individual, en la enajenabilidad, en la circulación mercantil y en la productividad”.³³ En ese sentido, al tratar la cuestión del derecho a la propiedad comunal, y tomar en cuenta las cosmovisiones, usos y costumbres de los pueblos, la Corte IDH ha venido desarrollando y adoptando una interpretación evolutiva de ese derecho.

Para Asier Martínez de Bringas³⁴ el origen de la discriminación hacia este sector vulnerable, y la falta de sensibilidad hacia las cuestiones medioambientales, tiene su origen en la “centralidad con la que se ha percibido el concepto de *propiedad occidental*”, es decir, desde la perspectiva del derecho civil estatal. Sobre la concepción de la tenencia de la tierra, desde el punto de vista indígena, cabe señalar —al menos a manera de esbozo— las siguientes precisiones. El conflicto respecto de la propiedad de la tierra ha sido el enfoque desde el cual se percibe. El derecho estatal ha construido el concepto de propiedad teniendo como punto de partida el derecho civil. Referente a este punto, el autor señala que “el derecho de propiedad occidental se fundamenta en dos ideas claves lo sustentan: por un lado, la libertad de acceso a la propiedad; por otro lado, la individualización del trabajo en la tierra en que arraiga esta institución jurídica”.³⁵

En contraposición con la visión occidental, los pueblos indígenas no conciben al territorio sin que esté estrechamente relacionado con la idea de colec-

³² *Ibidem*, p. 624.

³³ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 72.

³⁴ Martínez de Bringas, Asier, “La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas”, *Revista de Filosofía Jurídica y Política*, vol. 42, 2008, p. 160. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/847/971>

³⁵ *Ibidem*, p. 161.

tividad; por lo tanto, el conjunto de habitantes son poseedores ancestrales, en donde los frutos que se generan son a partir del trabajo conjunto. Como se puede apreciar, son visiones antagónicas respecto de una misma cuestión. De acuerdo con el citado autor, no es suficiente el reconocimiento a nivel constitucional de territorios indígenas, sino que es necesario saber qué se entiende por *territorialidad indígena*, es decir, “cómo es construida, imaginada, asumida y proyectada desde la cosmovisión indígena, para, desde ese momento, poder acceder a un pacto cultural”.³⁶

Para Martínez de Bringas lo indispensable es establecer cuál es el alcance, contenido simbólico y atributos que caracterizan jurídicamente a la territorialidad. En cuanto al primero, es necesario ver cómo se entiende en el ámbito constitucional de los Estados, dado que algunos la consideran bajo los preceptos de territorialidad originaria, ocupación tradicional, posesión actual, territorio como condición de vida, hábitat o criterios integradores. El segundo punto toma en cuenta tres dimensiones: la *cuestión física* de la territorialidad, entendida como un ámbito socio-cultural, y a la vez *espacio político* y *espacio geográfico*. La Corte IDH ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual”.³⁷ En cuanto a los atributos de la territorialidad desde el ámbito jurídico, estos deben ser contemplados como “derechos absolutos, exclusivos y perpetuos, para, de manera instrumental, establecer matizaciones y restricciones al carácter positivo occidental que encierran esas expresiones, y poder acceder, así, al campo allanado de los imaginarios desde los que proceden a construir la interculturalidad”.³⁸

En ese orden de ideas, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, como sostiene Andrea Schettini, “existen independientemente del título de propiedad o de los actos estatales que los reconozcan”.³⁹ Esto significa que el ejercicio de derechos sobre dichos territorios no está condicionado categóricamente a su reconocimiento por parte del Estado, manifestado en cualquier título de propiedad. En este punto la Corte IDH, con base en una perspectiva

³⁶ *Ibidem*, p. 164.

³⁷ OEA, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 22. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

³⁸ Martínez de Bringas, Asier, *op. cit.*, p. 168.

³⁹ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 72.

intercultural, ha argumentado que un sistema jurídico que condicione o subordine de cualquier forma derechos de pueblos indígenas, sujetándolos a la existencia de un título de propiedad privada sobre sus territorios de los cuales son dueños ancestrales, no puede considerarse un sistema idóneo que pretenda la protección de esos derechos.

En ese sentido —y teniendo como marco de referencia elementos tanto materiales como espirituales de la propiedad comunal de pueblos indígenas—, la Corte IDH ha establecido su jurisprudencia mediante los siguientes razonamientos: 1) la posesión tradicional tiene efectos equivalentes a cualquier título de pleno dominio otorgado por los Estados; 2) la posesión otorga para mayor seguridad jurídica el derecho de exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y respectivo registro; 3) los pueblos, que por alguna razón hayan salido de sus tierras, mantienen su derecho sobre ellas aún ante la ausencia de título legal, y 4) conservan el derecho de recuperar sus tierras u obtener otras con características similares aún y cuando las suyas han sido transferidas legalmente a terceros.⁴⁰ Con estos argumentos como telón de fondo se puede deducir que la Corte IDH, respecto a la protección del derecho de propiedad de pueblos indígenas en la región, ha sentado su jurisprudencia desde el paradigma de la interculturalidad, al interactuar, escuchar, reconocer y hacer válidas las cosmovisiones de estos pueblos, teniendo como puentes de entendimiento el diálogo intercultural y la interacción positiva.

3. Derecho a la consulta previa e informada

Además de proteger la propiedad comunal de pueblos indígenas, está la cuestión concerniente al *derecho a la consulta previa e informada*, sobre todo cuando tiene que ver con situaciones que son de su interés, por afectar de manera directa o indirecta su entorno y forma de vida. Para César Rodríguez y Natalia Orduz este tópico, de gran trascendencia e importancia actualmente a nivel regional, “ha pasado a tener un lugar protagónico en el derecho y las sociedades latinoamericanas”. En efecto, continúan los autores, “la consulta se ha convertido en el

⁴⁰ El primer razonamiento se vio reflejado en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; el segundo en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; el tercero en el caso *Moiwana vs. Suriname* y el cuarto en el caso *Comunidad Indígena Sawhayamaxa vs. Paraguay*. Véanse más en Martínez de Bringas, Asier, *op. cit.*

tema fundamental de los debates y las políticas sobre los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos que han visto en ella una herramienta para contrarrestar el avance del legado de discriminación de que son víctimas⁴¹. Así, la consulta se ha convertido en un asunto complejo, controvertido y polémico en el marco tanto del derecho interno como internacional.

La participación de los pueblos indígenas no deber ser vista solamente como un derecho del que gozan esos mismos pueblos, o como un deber de los Estados de respetar y hacer efectivo esta prerrogativa, sino que debe ser concebida como una condición necesaria para la materialización efectiva de otros derechos, así como del respeto a sus formas de vida, tradiciones, cultura y maneras de concebir la realidad. Concretamente la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, como una obligación a cargo de los Estados, ha quedado establecida en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (de 1989, ratificado por 15 países de Latinoamérica) de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

El Convenio 169, en su artículo 6o., establece que los gobiernos deberán

a) consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan y c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.⁴²

⁴¹ Rodríguez, César y Orduz, Natalia, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del derecho de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Colombia, Antropos, 2012, p. 5. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_277.pdf

⁴² OIT, Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración sobre las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Oficina Internacional del Trabajo; Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, pp. 26 y 27. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Los Estados, por lo tanto, están constreñidos a “poner a disposición los medios necesarios para que los pueblos indígenas puedan participar libre e igualitariamente en todos los niveles decisorios de las políticas y programas que de alguna forma puedan afectar sus vidas”.⁴³

Los artículos 18 y 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen que estos tienen el derecho de ser partícipes en todas las decisiones que afecten sus intereses de acuerdo con sus propios procedimientos, así como de mantener y desarrollar sus propias instituciones. El apartado 23 de la CADH consagra el derecho del que goza todo ciudadano de participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, el cual garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. En ese sentido, Andrea Schettini sostiene que “el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas está reconocido por la Corte como presente en la Convención Americana, por medio de la adopción de una perspectiva social del artículo 21 de la CADH relativo a la propiedad comunal”.⁴⁴

No obstante, a pesar de la existencia de instrumentos internacionales, los cuales imponen a los Estados crear condiciones propicias para que se dé una consulta previa e informada efectiva, “sigue existiendo ambigüedad en cuanto a la extensión y el contenido del deber de consulta a los pueblos indígenas. En particular, hay mucho debate en cuanto al poder de veto de los indígenas frente a la acción del Estado”.⁴⁵ Este mecanismo no sólo constituye un medio para ejercer sus derechos, sino que —como expresaba Bartolomé Clavero—⁴⁶ debe ser visto como una manifestación de su autodeterminación. En ese sentido, y al igual que en el caso de los estándares anteriores, la Corte IDH en jurisprudencia

⁴³ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Anaya, James, “Indigenous people’s participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources”, *Arizona Journal on International and Comparative Law*, vol. 22, núm. 1, 2005, p. 7. <http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Anaya-Formatted-Galleyproofed.pdf>

⁴⁶ Clavero, Bartolomé, “The indigenous rights of participation and international development policies”, *Arizona Journal on International and Comparative Law*, vol. 22, núm. 1, 2005. <http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Clavero-Formatted-Galleyproofed.pdf>

cias recientes ha profundizado en el tema reflejado hasta el momento en tres casos en particular. El primero es *Saramaka vs. Suriname* de 2005; el segundo es el de la *Comunidad Indígena Xák'mok Kásek vs. Paraguay* de 2010, y el tercero del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 2012.

En todos asuntos, la Corte IDH determinó que el Estado debe: 1) garantizar y asegurar la participación efectiva de pueblos indígenas; 2) cerciorarse que los beneficios sean compartidos con las comunidades indígenas, y 3) realizar estudios de impacto ambiental y social. Además, subrayó que las consultas deben ser de buena fe y realizadas previamente. Con esta jurisprudencia la Corte IDH “rompió parcialmente con el posicionamiento limitado adoptado por los Estados y por el Convenio 169 de la OIT en lo que se refiere a la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas”.⁴⁷

IV. Método intercultural en la jurisprudencia de la Corte IDH

En este apartado pretendemos resaltar cómo el *enfoque intercultural* se ha venido desarrollando e implementado en los últimos años en lo que hemos denominado como una segunda fase, es decir, en el ejercicio de la acción jurisdiccional llevado a cabo por la Corte IDH. Este hecho ha sentado las bases, en la implementación pragmática de este paradigma, al tomar en cuenta la diversidad cultural que puede coexistir en el interior de un Estado, lo que rompe con la noción de que sólo existe una visión: la occidental. De tal modo, se considera que

ese desajuste entre derecho formal y real lleva, en la mayoría de los casos, a una creciente ineficacia y a un debilitamiento del sistema estatal causando a veces su mal funcionamiento, inclusive su fracaso, frente a otras regulaciones desarrolladas «fuera» de la ley pero que responden a las necesidades de las poblaciones.⁴⁸

Así las cosas, el mecanismo o instrumento elaborado y utilizado por la Corte IDH en la pronunciación de jurisprudencia, que toma como base elementos de la interculturalidad, se ha denominado “método intercultural”.

⁴⁷ Schettini, Andrea, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁸ López, Melisa, *op. cit.* p. 5.

No está por demás subrayar que las resoluciones en sí mismas, “constituye[n] un prototipo, por el método intercultural en el que se basa[n], del enfoque plural”.⁴⁹ Los jueces, en el marco de sus decisiones judiciales, han tomado en cuenta una pluralidad de concepciones de cara a lo que constituye el derecho y la justicia. Es decir, han partido de supuestos que les han llevado a reconocer, aceptar, comprender y tomar en cuenta de manera real la existencia de otras formas de expresión. Por lo tanto, en primera instancia, la Corte IDH “induce la aceptación de otras prácticas sociales”,⁵⁰ por lo que, una vez aceptada la existencia de una pluralidad de pueblos y culturas que coexisten en un mismo entorno, y al reconocer sus derechos, se han ido conformando criterios o parámetros que han sido tomados en cuenta al momento de emitir sus fallos. De lo contrario, constituiría una violación a los derechos de pueblos indígenas.

Un principio determinante en la utilización del citado *método intercultural*, que es aquel según el cual las normas internacionales relativas a la protección de derechos humanos son

instrumentos vivos, por lo que deben interpretarse en función de la evolución de las condiciones de vida y adaptarse al contexto en el cual se aplican. Esta máxima le permitió justamente a la [Corte IDH] considerar que la CADH debe aplicarse tomando en cuenta el derecho a la identidad cultural de las comunidades autóctonas.⁵¹

Es así como la jurisprudencia de la Corte IDH se fundamentó en este precepto establecido en su momento por la Corte Europea de Derechos Humanos.⁵²

La aplicación de este razonamiento abrió un panorama novedoso, pues reconoce y acepta diferentes cosmovisiones, con lo cual se deja atrás la exclusividad y preponderancia del derecho estatal sobre los sistemas jurídicos originarios. Como hemos mencionado, este método se ha basado en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales y nacionales,⁵³ pues ha considerado pertinente

⁴⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁵¹ *Ibidem*, p. 11.

⁵² Este principio se vio reflejado en los casos *Johnson y otros vs. Irlanda* (No. 9697/82) fallo del 18 de diciembre de 1986, y *Pretty vs. Reino Unido* (No. 2346/02), fallo del 29 de abril de 2002.

⁵³ A este fenómeno de interrelación entre cortes o tribunales internacionales es lo que se ha dado en llamar *diálogo jurisprudencial*, que básicamente consiste, a decir de Josafat Cortez, en

y provechoso “tomar en cuenta otras prácticas sociales al momento de definir la violación de un derecho y la reparación del daño”.⁵⁴

El *método intercultural* supone “ver las reformas institucionales, las normas y la regulación producidas por el Estado, o a nivel infra o supra estatales, como el resultado de mestizajes o hibridaciones, según las dosificaciones y criterios específicos de cada caso”.⁵⁵ Cabe señalar que este procedimiento que se ha denominado de igual manera “multicultural”, “dinámico”, “sociológico” o “generoso”, “implica la apertura al universalismo jurídico, adoptando una mirada pluralista, capaz de incorporar el Derecho consuetudinario indígena, los principios tradicionales de las comunidades autóctonas y tribales, así como los componentes fundamentales de la cosmovisión indígena”.⁵⁶ Del mismo modo, parte no sólo del reconocimiento de la diversidad de culturas, sino que va más allá al considerarlas con una pretensión de entendimiento y aprendizaje mutuo entre derecho estatal e indígena, creando así un diálogo entre ambas formas de ver y entender la realidad. Ante lo expuesto, parece claro que esta forma de impartir justicia parte de elementos que defiende y promueve la interculturalidad como paradigma emergente.

“La interacción que tienen las cortes con decisiones de sus pares de otros países y tribunales internacionales por medio de citas y referencias”. El mismo autor señala al menos tres razones por las cuales los tribunales citan a sus homologos. “La primera es por la internacionalización del lenguaje de los derechos humanos ya que es la referencia más recurrida por las cortes supremas y la constitucionalización de los tratados internacionales. La segunda respuesta es por factores internos como motivaciones propias de los jueces y por redes y conocimiento de las decisiones de otros tribunales y por la llegada de nuevos jueces con visiones diferentes del derecho. Una tercera respuesta se da por los mecanismos de difusión que despliega las cortes internacionales como la Corte Interamericana de su jurisprudencia”. Cortez, Josafat “El diálogo jurisprudencial entre cortes constitucionales: el caso de México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 44, enero-junio de 2021, p. 116. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2021.44.16160>

⁵⁴ López, Melisa, *op. cit.* p. 11.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Silva, Rosmerlin e Ibáñez, Juana María, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en Beltrão, Jane Felipe, Monteiro, José Claudio, Gómez, Itziar, Pajares, Emilio, Paredes, Felipe y Zúñiga, Yanira (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 305. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39779.pdf>

1. Reconocimiento de la diversidad cultural y de pueblos indígenas como punto de partida

Un factor adicional que ciertamente contribuyó de manera incuestionable en la elaboración de jurisprudencia con enfoque intercultural por parte de la Corte IDH fue el reconocimiento de la diversidad cultural y de pueblos indígenas en América Latina. De este modo, para que la Corte IDH creara estándares en materia indígena, fue necesario reconocer tanto a los pueblos indígenas como a sus respectivos sistemas jurídicos. Este hecho quedó plasmado en constituciones nacionales desde finales del siglo pasado, “permitiendo una suerte de uniformización del «sujeto de derechos» indígenas”.⁵⁷ Ejemplo de ello lo tenemos en las constituciones de Bolivia (2009); Ecuador (2008); Colombia (1991) y México (1992 y 2001). Lo anterior se dio como resultado de movimientos sociales a lo largo de América Latina, los cuales se suscitaron a finales del siglo XX para exigir la reivindicación de sus derechos desde la colectividad.

De esta manera, al ser reconocida la diversidad cultural al interior de los países latinoamericanos, la Corte IDH se ha configurado como un espacio de diálogo y sinónimo de coexistencia de esa pluralidad cultural. Cabe señalar que el reconocimiento constitucional de la diversidad en el interior de los países no necesariamente se ha traducido en mejores condiciones de vida de los pueblos indígenas, quienes en la cotidianidad siguen viviendo situaciones de pobreza, marginación, discriminación, violación constante de sus derechos e incluso la negación de su cultura. Lo anterior cobra sentido toda vez que

la protección de sus derechos a la vida, a la integridad de la persona, a la igualdad de tratamiento, a la propiedad de la tierra, a los derechos políticos, a los derechos lingüísticos y a la libertad de expresión han sido justamente las que han sido llevadas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.⁵⁸

De ahí que recientemente la Corte IDH, en cuanto a la protección de derechos de pueblos indígenas, esté basando sus decisiones en la obligación que tienen los propios Estados de respetar su propia Constitución. Además, al no contar con disposiciones específicas en relación con el reconocimiento de

⁵⁷ López, Melisa, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15.

diversidad de culturas y pueblos indígenas, ha tenido que dictar sus sentencias “tomando como referencia las especificidades culturales de esos grupos autóctonos y adecuarla a su forma de aprehender la realidad”.⁵⁹ Lo anterior se vio materializado, a partir de 2001, con el *Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*,⁶⁰ donde la Corte IDH enfrentó el desafío de llevar a cabo una interpretación evolutiva y progresista de la CADH. Allí tomó en consideración diversas concepciones del mundo indígena, y abandonó el criterio de juzgar con base únicamente en el derecho creado por el Estado y, por lo tanto, reconoció e hizo válidas las distintas formas de comprender la realidad.

En el caso citado la Corte IDH basó su veredicto en la cosmovisión indígena relativa a la posesión ancestral de sus tierras, y concluyó que el Estado de Nicaragua había violado el derecho a la propiedad comunal o colectiva. El hecho de reconocer y otorgar validez a la propiedad desde el enfoque indígena, por parte de este órgano jurisdiccional, tuvo como base la premisa de que la tenencia de la tierra es considerada “como una propiedad colectiva y no como la de un solo individuo”.⁶¹ Por lo tanto, se parte de la existencia de una estrecha relación entre indígenas con sus territorios ancestrales; en otras palabras, que la tierra no debe ser concebida como propiedad de una sola persona.

Para Melisa López, “la estrecha relación que tienen los [pueblos] indígenas con la tierra debe ser reconocida y entendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su supervivencia económica, su preservación y la trasmisión de su cultura a las futuras generaciones”.⁶² Este ejercicio no es del todo fácil, pues implica, primero, admitir la diversidad, esto es, abrir la posibilidad de un abanico de expresiones culturales que pueden coexistir en un mismo escenario. Segundo, aceptar las diferencias a partir de la existencia de una multiplicidad de visiones del mundo por parte de diversas culturas. Esto va en contrasentido con diversos instrumentos internacionales, los cuales se basan en una visión específica y universalmente válida de la realidad, con un marcado enfoque occidental, donde el ser humano, visto desde la individualidad y no desde

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

⁶¹ López, Melisa, *op. cit.*, p. 15.

⁶² *Idem*.

la colectividad, se toma como parte esencial independientemente del contexto en el que se desenvuelva.

Para los pueblos indígenas, como hemos visto, la perspectiva respecto de la propiedad tiene características peculiares, contrarias a la visión occidental de corte liberal individualista. Para los pueblos indígenas “la pertenencia a una comunidad y a una cultura particular es fundamental en la existencia de la persona. Los lazos que establecen son su entorno, su tierra, su comunidad e inclusive las fuerzas espirituales son determinantes en la perspectiva de su cultura”.⁶³ De este supuesto ha partido la Corte IDH, al emitir jurisprudencia, al momento de resolver controversias en que se han visto involucrados pueblos indígenas por haberse violado algún derecho que ponga en riesgo su integridad y supervivencia. La importancia de percibir la realidad desde un ángulo de la diversidad en la región, y el reconocimiento de esta situación en las constituciones, ha determinado la manera en cómo la Corte IDH emite sus resoluciones al tomar en cuenta la forma en que pueblos indígenas conciben y perciben el entorno en el que viven.

En resumidas cuentas, tenemos que el reconocimiento que la Corte IDH ha hecho respecto de pueblos indígenas, al tomar como punto de arranque la diversidad cultural como premisa, se ha venido haciendo notorio en un número considerable de asuntos contenciosos. Ejemplo de ello lo tenemos en los casos *Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2002-2004),⁶⁴ *Escué Zapata vs. Colombia* (2006-2007),⁶⁵ y el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2006-2007),⁶⁶ en los cuales no sólo se tomó en consideración la diversidad que impera al interior de los Estados, sino que se reconoció a los pueblos indígenas y su forma de entender la realidad. Este hecho resultó determinante al momento de emitir sus resoluciones.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia del 19 de noviembre del 2004, serie C, núm. 116. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2007, serie C, núm. 165. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf

⁶⁶ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

2. La persona en el centro del proceso y la audiencia pública: los individuos defendiendo derechos colectivos

De conformidad con Melisa López,⁶⁷ la Corte IDH “estableció una jurisprudencia basada en una concepción y una aplicación específicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En su interpretación de la CADH ha puesto particular énfasis tanto en los titulares de derechos humanos como en los contextos socioculturales específicos de cada caso. Existe dentro de la jurisprudencia lo que Ludovic Hennebel⁶⁸ denomina “subjetivación del derecho interamericano”. Asimismo, resalta como característica de la Corte IDH lo relativo a la naturaleza humana en el marco de los derechos humanos en la región. De esta manera, “la Corte Interamericana vuelve a centrar el derecho interamericano en torno a un tema: el ser humano”.⁶⁹ Para este autor, la característica principal de estas sentencias, debido al método intercultural que han desarrollado, es que están fuertemente marcadas por una consideración hacia la vulnerabilidad. Este elemento permite definir a los titulares de derechos colectivos, quienes constantemente se encuentran en una situación de desventaja que les ha impedido, históricamente, tener un adecuado acceso a la justicia derivado de esa situación de susceptibilidad.

De manera simultánea, al tomar en cuenta al ser humano como sujeto de derechos y respetar su contexto sociocultural, es decir, contemplarlo al mismo tiempo como parte de la colectividad como en el caso de los pueblos indígenas, el juez adopta un procedimiento interpretativo que Ludovic Hennebel califica de “sociológico”,⁷⁰ centrado en el titular de derechos. Esto es, en la persona a partir de la exposición de sus argumentos, pero desde un enfoque colectivo. De tal forma que los casos llevados ante la este órgano jurisdiccional son tratados desde el punto de vista de las víctimas “en la medida en que la Convención es interpretada y aplicada a partir de las prácticas y las referencias comunitarias de esta”.⁷¹

⁶⁷ López, Melisa, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁸ Hennebel, Ludovic, “La Cour Interaméricaine des Droits de L’Homme: entre particularisme et universalisme (The American Convention on Human Rights: between particularism and universalism)”, SSRN, 2008, p. 6. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2322658>

⁶⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ López, Melisa, *op. cit.*, p. 17.

Para Paola Andrea Acosta⁷² la Corte IDH se desarrolla y se sirve al mismo tiempo de la jurisprudencia elaborada con la idea de “afirmar la existencia de un valor común —la tutela de los individuos— que subyace a todo el ordenamiento internacional y que por lo tanto justifica e irradia su labor de protección, así como, en general, las obligaciones de los Estados en la materia”. Antônio Augusto Cançado Trindade,⁷³ quien se desempeñó como miembro y presidente de la Corte IDH y juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ-La Haya), señala, en relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica recogido en las sentencias, que “además de reflejar un proceso de *humanización* del derecho internacional contemporáneo, resalta la apremiante necesidad de superar las limitaciones clásicas de su *legitimitio ad causam* en el derecho internacional”.

Trindade subraya que tanto en el sistema europeo de derechos humanos (SEDH) como en el interamericano (SIDH) actualmente se reconoce no sólo la personalidad jurídica, sino también la capacidad procesal internacional de las personas a partir de sus necesidades y singularidades. En otras palabras, tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como su homóloga en América Latina (la Corte IDH) se presentan como escenarios donde la persona puede ser sujeto de derecho internacional. Es importante resaltar que en el caso de la Corte IDH, con el desarrollo de los parámetros expuestos, se puede acceder desde la colectividad como en el caso de los pueblos indígenas.

Dentro de los razonamientos de Trindade, la Corte IDH no concibe que el ser humano desde su individualidad no tenga capacidad procesal cuando es evidente que “los individuos son efectivamente la verdadera parte demandante en el contencioso internacional de los derechos humanos”⁷⁴ (aunque en el caso de las personas indígenas sobre todo reclaman derechos colectivos). Trindade estableció como base o principio para este desarrollo jurisprudencial a la *persona* como parte fundamental en el litigio o juicio. El individuo y su dignidad, in-

⁷² Acosta, Paola Andrea, “La humanización del derecho internacional por la jurisprudencia interamericana”, *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 7, 2010, p. 89. <https://doi.org/10.18543/aaahdh-0-2010pp87-104>

⁷³ Trindade, Antônio Augusto Cançado, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, p. 280. <https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/2bf7bb16-124f-4984-876d-7cba2e9b9e4d/content>

⁷⁴ *Idem*.

dependientemente del contexto o condición existencial, es, por lo tanto, parte esencial en el proceso.

En sus propias palabras expone que “todo ser humano, independientemente de su situación y de las circunstancias en que se encuentre, tiene derecho a la dignidad”.⁷⁵ De manera afortunada “la participación directa de los individuos en los últimos años, en todo el procedimiento ante la Corte, no se ha limitado a los casos contenciosos y opiniones consultivas. Se ha extendido igualmente a las medidas provisionales de protección”.⁷⁶ Otro eje fundamental utilizado por la Corte IDH es el referente a la “audiencia pública”, definida como el momento procesal en el cual las partes involucradas son escuchadas para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

Es durante esta etapa del proceso en donde el enfoque cultural cobra relevancia; lo que, sin duda, representa una coyuntura determinante para la solución de la controversia. Abierta la audiencia los jueces formulan preguntas para crear un *diálogo intercultural*, con la finalidad de comprender de una mejor manera las cosmovisiones de las comunidades implicadas. Esto además de ser el momento en que los agraviados tienen la oportunidad de explicar sus argumentos a partir de sus experiencias de vida. Un componente adicional importante en el desarrollo de estas audiencias corre a cargo de los peritos, puesto que “constituyen un apoyo importante para traducir los testimonios y las tradiciones de las víctimas indígenas en el lenguaje jurídico e inversamente”.⁷⁷ Es aquí donde la interacción con un enfoque intercultural cobra sentido y relevancia, toda vez que las partes están en un proceso de intercambio y conocimiento mutuo.

Por último, tenemos que ha sido en el marco de la Corte IDH —en su actividad jurisdiccional, a través de la actividad de jueces, peritos y demás auxiliares— donde se ha ido gestando una suerte de dinámica, que conlleva a la interpretación de violaciones de derechos humanos hacia los pueblos indígenas desde una óptica o perspectiva intercultural. En la cotidianidad la preocupación hacia las diferentes formas de entender y concebir la realidad se observa al momento de formular cuestionamientos durante las audiencias; allí se ve reflejada

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Trindade, Antônio Augusto Cançado, “Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Direito*, núm. 50, 2007, p. 58. <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/27>

⁷⁷ López, Melisa, *op. cit.*, p. 17.

la voluntad de comprender y respetar las prácticas, así como sus diversos significados y expresiones culturales. En conclusión, la interculturalidad proyectada por medio del *método intercultural* resalta tanto la importancia de la persona, pero no desde la individualidad, sino más bien desde la colectividad como en el caso de pueblos indígenas que reclaman derechos colectivos (territorios, consulta previa, libre determinación, autonomía, etcétera), como su intervención directa en juicio en favor de estos pueblos.

V. Reflexiones finales

En sus diversas acepciones, encontramos que la interculturalidad es considerada como un modelo, aspiración, proyecto de vida, paradigma emergente y proyecto de nación. Independientemente de la forma en que sea percibida, descubrimos que designa un aprecio hacia lo “diferente”, hacia “el otro”, e implica, asimismo, un mayor acercamiento entre los diversos grupos culturales en una relación de simetría. En lo referente a América Latina, hallamos que este modelo emergente no es tema ampliamente desarrollado, sobre todo en su relación con el derecho, pues los estudios están mayormente desarrollados en otras disciplinas. La interculturalidad, como paradigma emergente, permite comprender y aceptar que a la par del derecho estatal-occidental subsiste una pluralidad de expresiones jurídicas que cuentan con sus propias visiones y formas de concebir la justicia. Asimismo, permite un mayor acercamiento a la forma de vida de diferentes culturas y, en consecuencia, tener un mayor entendimiento de sus necesidades, tradiciones, usos y costumbres en una relación de igualdad y sin la prevalencia de un sistema sobre otro.

En ese sentido, encontramos que la interculturalidad se ha venido desarrollando con un éxito considerable a nivel regional en las sentencias o jurisprudencias emitidas por la Corte IDH en su carácter contencioso; sobre todo en lo que se refiere a la protección de derechos de los pueblos indígenas, los cuales han encontrado en este órgano jurisdiccional internacional una forma efectiva de reivindicar sus exigencias en cuanto al respeto de sus derechos colectivos. Estas resoluciones han hecho suyos los postulados y principios que plantea este modelo emergente, como son el diálogo intercultural, respeto, interacción positiva y enriquecimiento entre las diversas culturas.

De igual manera hallamos que lo anterior —es decir, la implementación de la interculturalidad—, en un primer momento, se ha visto reflejada en estándares que la Corte IDH ha desarrollado y aplicado en forma de parámetros que interpretan de manera evolutiva, progresista y garantista de derechos de pueblos indígenas, los cuales se han ido perfeccionando paulatinamente. Encontramos entonces que, aunque en estos estándares no se expresa abiertamente el enfoque intercultural, deducimos que contienen elementos que son propios de este enfoque. Tales referentes son el derecho a una vida digna, el cual es concebido desde una perspectiva integral y como punto de partida para la proyección y satisfacción de los demás derechos. Es decir, se considera a la vida digna como condición imprescindible y necesaria para el goce y ejercicio del resto de prerrogativas reconocidas tanto a nivel nacional como internacional en favor de los indígenas.

En cuanto a la protección de la propiedad comunal, como segundo parámetro, hallamos que los integrantes de pueblos indígenas la conciben de manera muy diferente respecto de la visión del derecho estatal, situación que ha sido valorada y tomada en cuenta por la Corte IDH al momento de emitir sentencias. Con ello se demuestra un grado mayor de sensibilidad al tomar en consideración y respetar la forma de concebir la realidad por parte de estos grupos, un aspecto que sin duda encaja con lo que señala la interculturalidad.

Por último, en cuanto al derecho a la consulta previa e informada, observamos que constituye actualmente un punto central para la protección de derechos de pueblos indígenas, toda vez que se configura como una herramienta útil que permite contrarrestar e incluso impedir el avance de acciones públicas o privadas que afectan el ámbito geográfico-cultural de pueblos indígenas. De allí la importancia de su reconocimiento, reglamentación y correcta aplicación. Con esto vemos que el enfoque intercultural se encuentra de manera implícita en todos y cada uno de los estándares.

Por otro lado, y como segunda fase, encontramos que el medio a través del cual se ha venido gestando de manera pragmática esta visión garantista ha sido a través del “método intercultural”, el cual reconoce, acepta, comprende y toma en cuenta la existencia de otras formas de expresión a la par de la visión occidental. De lo estudiado se determinó que este método es innovador y acorde a las expectativas de nuestra realidad, en donde la diversidad cultural es la norma. Dado que no tiene precedentes en la impartición de justicia, implica una apertura a un universalismo jurídico matizado, que adopta una perspectiva

pluralista al tomar en cuenta la cosmovisión indígena, así como sus costumbres y tradiciones, lo que promueve y facilita el diálogo entre las diversas formas de entender la realidad.

Encontramos que una pieza clave en todo este entramado ha sido el reconocimiento de la diversidad cultural, llevado a cabo desde un ámbito constitucional en diversos Estados de la región. Este hecho, sin duda, constituye un factor clave en la elaboración tanto del método intercultural como de la jurisprudencia en favor de derechos de pueblos indígenas. No obstante, y considerando que el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de los Estados es un paso adelante, la situación de los pueblos indígenas en América Latina no ha tenido mejoras sustanciales. Esto ha motivado a la Corte IDH a llevar a cabo una interpretación evolutiva y progresista del derecho respecto de indígenas en favor de una mayor protección.

Se encontró asimismo que la Corte IDH coloca a la persona en el centro del proceso y de la audiencia pública, lo que sin duda constituye un avance en la salvaguarda de derechos de pueblos indígenas al reconocer no sólo la personalidad jurídica, sino la capacidad procesal internacional de las personas en representación de sus pueblos, es decir, desde la colectividad. Cabe señalar que la participación colectiva en los últimos años se ha visto favorecida no sólo en asuntos contenciosos, sino también referente a medidas provisionales de protección.

Finalmente, podemos concluir que las sentencias de la Corte IDH significan un avance en relación con la defensa y protección de derechos de pueblos indígenas gracias al “método intercultural”, el cual, como hemos analizado, reconoce y acepta la diversidad cultural como factor positivo en las sociedades latinoamericanas. Esto se ha visto reflejado en la avanzada jurisprudencia a favor de los derechos de estos pueblos, que ha colocado al sistema interamericano de derechos humanos a la vanguardia a nivel mundial en cuanto a la protección jurídica de estos derechos.

Referente a los avances encontramos que, a partir de lo realizado por la Corte IDH, es posible tomar en cuenta otras formas de percibir el entorno y crear una interacción, enriquecimiento y aprendizaje mutuos entre derecho estatal y derechos de los pueblos indígenas, en gran medida gracias a la interculturalidad como paradigma emergente y al “método intercultural” como mecanismo específico de protección y de interpretación renovada de las normas de derechos humanos en el sistema interamericano.

VI. Bibliografía

- Acosta, Paola Andrea, “La humanización del derecho internacional por la jurisprudencia interamericana”, *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 7, 2010. <https://doi.org/10.18543/aahdh-0-2010pp87-104>
- Anaya, James, “Indigenous people’s participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources”, *Arizona Journal on International & Comparative Law*, vol. 22, núm. 1, 2005. <http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Anaya-Formatted-Galleyproofed.pdf>
- Borboa-Trasviña, Marco Antonio, “La interculturalidad: aspecto indispensable para unas adecuadas relaciones entre distintas culturas. El caso entre «Yoris» y «Yoremes» del centro ceremonial de San Jerónimo de Mochicahui, El Fuerte, Sinaloa, México”, *Ra Ximhai*, vol. 2, núm. 1, 2006. <https://www.redalyc.org/pdf/461/46120104.pdf>
- Cortez, Josafat “El diálogo jurisprudencial entre cortes constitucionales: el caso de México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 44, enero-junio de 2021. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2021.44.16160>
- Clavero, Bartolomé, “The indigenous rights of participation and international development policies”, *Arizona Journal on International & Comparative Law*, vol. 22, núm. 1, 2005. <http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/11/Clavero-Formatted-Galleyproofed.pdf>
- Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Yanoma-mi de Haximú vs. Venezuela*, informe núm. 32/12, petición 11.706, solución amistosa pueblo indígena Yanomami de Haximú, Venezuela, 20 de marzo de 2012. <https://provea.org/wp-content/uploads/2020/06/Soluci%C3%B3n-amistosa-caso-Haxim%C3%BA.pdf>
- Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

- Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2007, serie C, núm. 165. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo del 2006, serie C, núm. 146. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 del febrero de 2006, serie C, núm. 142. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia del 19 de noviembre de 2004, serie C, núm. 116. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
- Dietz, Gunther, “Interculturalidad: una aproximación antropológica”, *Perfiles educativos*, vol. 39, núm. 156, 2017. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13250923012>
- Escobar, Guillermo y López, José Eduardo, *Pensiones. IX Informe sobre derechos humanos*, España, Trama Editorial, 2012. https://pradpi.es/informes/Informe_Pensiones.pdf
- García, Pedro, “Territorios indígenas: tocando las puertas del derecho”, *Revista de Indias*, vol. 61, núm. 223, 2001. <https://doi.org/10.3989/revindias.2001.i223.575>

- Garros, María Cristina y Martínez, María Celeste, *Ambiente y pueblos indígenas. Una mirada interdisciplinaria*, Argentina, Ediciones Universidad Católica de Salta (EUCASA), 2007.
- Hennebel, Ludovic, “La Cour Interaméricaine des Droits de L’Homme: entre particularisme et universalisme (The American Convention on Human Rights: between particularism and universalism)”, SSRN, 2008. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2322658>
- López, Luis Enrique, *Interculturalidad, educación y ciudadanía. Perspectivas latinoamericanas*, Bolivia, Plural Editores, 2009.
- López, Luis Enrique, *La cuestión de la interculturalidad y la educación latinoamericana, Programa de formación en Educación Intercultural Bilingüe en los Países Andinos (PROEIB Andes)*, Universidad Mayor de San Simón, Cooperación Técnica Alemana (GTZ), s. l, s. a. <http://www.schwartzman.org.br/simon/delphi/pdf/lopes.pdf>
- López, Melisa, “La démarche interculturelle d’élaboration de la jurisprudence: outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l’Homme”, Institut de Recherche et debat sur la gouvernance, L’IRG, 2011. <http://www.institut-gouvernance.org/es/etude/fiche-etude-1.html>
- Lozano, Ruth, *Interculturalidad: desafío y proceso en construcción. Manual de capacitación*, Perú, SINCO Editores, 2005.
- Mari, Rosa María, *Análisis de la educación intercultural y propuesta de un modelo de pedagogía intercultural*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2002.
- Mateos, Laura Selene, “Hacia una arqueología del concepto de interculturalidad”, *Revista electrónica EntreVerando*, vol. 1, 2010.
- Martínez de Bringas, Asier, “La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas”, *Revista de Filosofía Jurídica y Política*, vol. 42, 2008. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/847/971>
- OEA, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- OIT, Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración sobre las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Oficina Internacional del Trabajo; Oficina Regional para América Latina

- y el Caribe, 2014. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Quintana, Karla y Góngora, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- Rodríguez, César y Orduz, Natalia, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del derecho de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Colombia, Antropos, 2012. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_277.pdf
- Schettini, Andrea, “Toward a new paradigm of human rights protection for indigenous peoples: a critical analysis of the parameters established by the Inter-American Court of Human Rights”, *Sur. International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, 2012. <http://sur.conectas.org/en/toward-new-paradigm-human-rights-protection-indigenous-peoples/>
- Schmelkes, Sylvia, “*La interculturalidad en la educación básica*”, Encuentro Internacional de Educación Preescolar: Currículum y Competencias, México, 2005. <http://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/ocpi/documentos/docs/6/16.pdf>
- Silva, Rosmerlin e Ibáñez, Juana María, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en Beltrão, Jane Felipe, Monteiro, José Claudio, Gómez, Itziar, Pajares, Emilio, Paredes, Felipe y Zúñiga, Yanira (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pp. 316-356. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39779.pdf>
- Toro, Mauricio Iván del, “Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas”, *Papers*, núm. 58, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), 2008. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/58
- Trindade, Antônio Augusto Cançado, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Revista IIDH*, vol. 46, 2007. <https://dspace.>

iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/2bf7bb16-124f-4984-876d-7cba2e9b9e4d/content

Trindade, Antônio Augusto Cançado, “Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Direito*, núm. 50, 2007. <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/27>

Vargas, María de Lourdes, Schmelkes, Sylvia y Méndez, Ana María, *Reflexiones sobre multiculturalismo e interculturalidad y sus implicaciones en la práctica de la educación intercultural bilingüe en México*, México, XI Congreso Nacional de Investigación Educativa, 1996. http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_12/1996.pdf

Walsh, Catherine, *La interculturalidad en la educación*, Perú, Ministerio de Educación; UNICEF, 2004.

Cómo citar

IJ-UNAM

Oliva Martínez, Juan Daniel y Ángeles-Hernández, Elias, “Interculturalidad y derechos de pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 257-291. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19666>

APA

Oliva Martínez, J. D. y Ángeles-Hernández, E. (2025). Interculturalidad y derechos de pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 257-291. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19666>

Alternativas para la protección de la seguridad social de los nómadas digitales: un análisis desde el derecho laboral colombiano

Alternatives for the protection of social security of digital nomads: an analysis from colombian labor law

Alternatives pour la protection de la sécurité sociale des nomades numériques : une analyse du droit du travail colombien

Luisa Fernanda **Rodríguez-Rodríguez**

 <https://orcid.org/0009-0004-3869-8560>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: luisaf.rodriguez@uexternado.edu.co

Valentina **González Rivera**

 <https://orcid.org/0009-0009-6386-1899>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: valentina.gonzalez4@uexternado.edu.co

Recepción: 15 de noviembre de 2024

Aceptación: 24 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19696>

RESUMEN: El nomadismo digital es una figura relativamente reciente que, de manera muy general, implica la ejecución de actividades laborales, sin asentarse en un lugar específico, con el uso de herramientas tecnológicas. Los nómadas digitales son personas que pueden trabajar en cualquier momento y lugar del mundo, con el único requisito

de poder acceder a herramientas y tecnologías de la información. Si bien esta figura responde a las nuevas formas de trabajo, en el marco de la cuarta revolución industrial, aún encuentra una regulación escasa, lo que evita una protección integral a este tipo de trabajadores, especialmente en sus derechos a la seguridad social. Por lo anterior, en este artículo se expondrán las responsabilidades de las empresas contratantes, de los Estados de origen y de tránsito, y de los trabajadores en materia de cobertura de riesgos de la seguridad social; asimismo, se propondrán alternativas para ofrecer una protección adecuada en relación con las contingencias de la seguridad social para los nómadas digitales. *Palabras clave:* nómadas digitales; seguridad social; protección de derechos; responsabilidad; regulación.

ABSTRACT: Digital nomadism is a relatively recent concept that generally involves performing work activities without settling in a specific location, using technological tools. Digital nomads are individuals who can work at any time and place in the world, with the only requirement being access to information technologies and tools. While this concept aligns with new forms of work in the context of the Fourth Industrial Revolution, it still faces limited regulation, which hinders comprehensive protection for these workers, especially regarding their rights to social security. Therefore, this article will discuss the responsibilities of contracting companies, home and transit states, and workers in terms of social security risk coverage, and it will propose alternatives to provide adequate protection concerning social security contingencies for digital nomads.

Keywords: digital nomads; social security; rights protection; responsibility; regulation.

RÉSUMÉ: Le nomadisme digital est un concept relativement récent qui implique, de manière très générale, l'exécution d'activités professionnelles sans s'installer dans un lieu spécifique, en utilisant des outils technologiques. Les nomades numériques sont des personnes qui peuvent travailler à tout moment et en tout lieu dans le monde, avec pour seul impératif d'avoir accès aux outils et aux technologies de l'information. Bien que ce concept réponde aux nouvelles formes de travail dans le cadre de la quatrième révolution industrielle, il rencontre encore une régulation limitée, ce qui empêche une protection intégrale de ce type de travailleurs, notamment en ce qui concerne leurs droits à la sécurité sociale. Par conséquent, cet article exposera la responsabilité des entreprises contractantes, des États d'origine et de transit, ainsi que des travailleurs en matière de couverture des risques de la sécurité sociale, et proposera également des alternatives pour offrir une protection adéquate concernant les contingences de la sécurité sociale pour les nomades numériques.

Mots-clés: nomades numériques; sécurité sociale; protection des droits; responsabilité; régulation.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nómadas digitales: antecedentes y ubicación del concepto en el derecho del trabajo y de la seguridad social*. III. *Necesidad de protección de los trabajadores en condición de nómada digital desde los sistemas de protección social*. IV. *Responsabilidades de las empresas contratantes, Estados de tránsito y trabajadores en materia de cobertura de riesgos de la seguridad social*. V. *Alternativas para la protección y cobertura de los riesgos de la seguridad social de los nómadas digitales*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La creciente tendencia de los trabajadores denominados “nómadas digitales” genera retos y desafíos tanto al derecho laboral como a los sistemas de seguridad social en el mundo. La incipiente regulación de las particularidades de su trabajo los coloca en una situación de inestabilidad y especial vulnerabilidad. En su condición de trabajadores, son merecedores de la protección de sus derechos, tanto del trabajo como los propios de la seguridad social, ya sea que su vinculación sea mediante un contrato de trabajo, contratos civiles de prestación de servicios o mediante otras categorías.

En materia de seguridad social, la principal dificultad está en la identificación de la responsabilidad de cada Estado por el que transitan; principalmente en cuanto a la cobertura de los riesgos en salud, invalidez, muerte y vejez. Estos países se benefician del consumo, y muchos atraen en forma particular a los nómadas digitales con el propósito de captar sus divisas. Sin embargo, cuando los riesgos propios de la seguridad social se concretan, las opciones de cobertura son limitadas. Por otra parte, la individualización de las responsabilidades entre las empresas contratantes y/o empleadoras, los Estados y los trabajadores, resultan diluidas en un marco jurídico ambiguo.

Conforme a lo anterior, es importante preguntar: ¿cuáles son las responsabilidades de empresas contratantes, Estados de tránsito y trabajadores en materia de cobertura de riesgos de la seguridad social cuando el trabajo se ejerce en condición de nómada digital? ¿Y qué alternativas podrían adoptarse para brindar una protección adecuada en materia de las contingencias de la seguridad social a los nómadas digitales?

El objetivo principal de este artículo es analizar esta forma de trabajo moderna que involucra el desplazamiento del trabajador por varios países, denominado nómada digital, y su impacto en los sistemas de seguridad social. También es

importante establecer la necesidad de protección de los derechos de estos trabajadores, identificar las responsabilidades de seguridad social frente a la cobertura de riesgos, y plantear alternativas para alcanzar la protección de los derechos de seguridad social de los nómadas digitales.

La hipótesis que se sostiene en este trabajo indica que la responsabilidad de la empresa contratante varía con respecto al tipo de relación jurídica con el nómada digital. Si la relación está definida mediante un contrato de trabajo, tendrá la obligación de garantizar la afiliación y cotización a algún sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales; en cambio, si la vinculación obedece a una relación civil, no tendrá dicha obligación. El nómada digital también tiene la responsabilidad de afiliarse y cotizar para asegurar sus riesgos, al ser personas con capacidad de pago. A su vez, los Estados de tránsito deben hacerse responsables de procurar la cobertura por el tiempo de permanencia en el país a los sistemas de salud, pensiones y riesgos laborales para otorgar una visa de nómada digital.

Ahora bien, las alternativas de cobertura de los riesgos de salud, vejez, invalidez y muerte de los nómadas digitales pueden establecerse optativamente acudiendo a dos criterios. Primero, el domicilio de la empresa. Este criterio indicaría que el sistema de seguridad social del país donde la empresa contratante tenga su domicilio realizaría la cobertura de los riesgos de la seguridad social de los trabajadores vinculados en condición de nómadas digitales. Segundo, el tiempo de permanencia del trabajador en el país de tránsito. Este criterio apelaría a la necesaria responsabilidad del Estado de tránsito de un nómada digital de procurarle la cobertura de sus riesgos en razón al tiempo de permanencia en su territorio, especialmente, cuando alguno de estos se concreta en ese lugar.

Para el presente trabajo, se escogió la metodología de investigación jurídica teórica analítica. Esta se ha desarrollado desde la perspectiva jurídica del derecho laboral colombiano, por lo cual se ha tomado como base para la construcción del análisis el marco jurídico del trabajo a distancia regulado en Colombia. Para efectos ilustrativos, se relacionan dos entrevistas semiestructuradas con nómadas digitales, las cuales no tienen como propósito cambiar el método de investigación, por cuanto que se acude a ellas sólo con fines ejemplificativos.

El documento se ha dividido en cuatro partes. En la primera parte, se busca ubicar al concepto de nómada digital en el derecho del trabajo y la seguridad social. La segunda parte, se propone establecer la necesidad de protección de los nómadas digitales desde los sistemas de seguridad social. En la tercera parte, se

presentarán las responsabilidades de las partes involucradas en este tipo de trabajo en materia de seguridad social. Finalmente, en la cuarta parte, se plantean alternativas para la protección y cobertura de los riesgos de la seguridad social para los nómadas digitales.

II. Nómadas digitales: antecedentes y ubicación del concepto en el derecho del trabajo y de la seguridad social

La cuarta revolución industrial, entendida como una revolución hacia la digitalización y las innovaciones técnicas, ha traído consigo nuevas dinámicas en la sociedad, pues la aparición de la tecnología ha alterado las condiciones de vida, de relación, de organización del trabajo e incluso diversos cambios en el modelo económico de las sociedades.¹ Como un desafío proveniente de esta nueva industria, que engloba procesos de producción perfeccionados con tecnologías inteligentes diseñadas para integrarse en las organizaciones y en la vida de las personas, se encuentra la presión por crear más oportunidades laborales, las cuales se ven obstaculizadas por dichos cambios en el modelo de mercado de trabajo que traen consigo la disminución del empleo asalariado tradicional.²

Con el paso del tiempo, las formas de trabajo han ido fluctuando debido a la aparición de las nuevas tecnologías y a los cambios en el modelo económico de las sociedades. El mismo acceso a Internet está siendo reconocido como un derecho que permite, a su vez, acceder de una forma más eficiente a otros derechos, como son la salud, libertad de expresión, debido proceso y trabajo.³ La forma de trabajo tradicional—donde una persona se compromete a prestar su servicio a un empleador en un sitio físico, bajo las condiciones que este exija, a cambio de una contraprestación económica— ha mudado vertiginosamente en

¹ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Oficina Asesora de Planeación y Estudios, *Aspectos Básicos de la Industria 4.0*, Colombia, 2019, p. 4. https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-124767_recurso_1.pdf

² Sierra Benítez, Esperanza Macarena, “La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Sevilla, vol. 6, núm. 2, 2021. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.01>

³ Soto Zubieta, Diana y Ruiz Canales, Raúl, “El derecho de acceso a Internet. Condiciones de priorización de cara al mínimo vital”, *Ratio Juris*, Medellín, vol. 17, núm. 35, julio-diciembre de 2022. <https://doi.org/10.24142/raju.v17n35a4>

el nuevo panorama laboral posterior a la pandemia por COVID-19. En efecto, se ha incrementado la aplicación de alternativas modernas al empleo tradicional, caracterizadas por la flexibilidad y digitalización, que abarca diversas maneras de prestar un servicio como el trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo en plataformas, entre otras. El incremento de las herramientas digitales, las tecnologías de la información y la aparición de diversos dispositivos para acceder a ese mundo digital ha generado nuevas formas de trabajo, en las cuales no predomina un sitio físico para cumplir con las funciones laborales, sino que se permite el desempeño de actividades de manera remota, lo que ha abierto espacios para los denominados nómadas digitales.⁴

Si bien el término nómada digital fue utilizado por primera vez en 1997 por Tsguio Makimoto y David Banners⁵ para referirse de manera general a un nuevo modo de vida en el cual los profesionales podrían trabajar en cualquier hora y momento, el término no goza de una definición única que englobe las verdaderas condiciones o requisitos para determinar si un trabajador es nómada digital, o simplemente se configura dentro de otras categorías ya existentes en el derecho del trabajo y de la seguridad social.

Ciertos autores, como Inge Hermann,⁶ han señalado que estas personas no pueden denominarse como migrantes, ya que según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) su definición es “toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”.⁷ Para el caso de los nómadas digitales, estas personas no se establecen de manera permanente ni van en búsqueda de oportunidades laborales, pues ya cuentan con ellas.

⁴ Tyutyuryukov, Vladimir y Guseva, Natalia, “From remote work to digital nomads: tax issues and tax opportunities of digital lifestyle”, *IFAC-PapersOnLine*, Países Bajos, vol. 54, núm. 13, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.ifacol.2021.10.443>

⁵ Makimoto, Tsguio y Manners, David, *Digital nomad*, Nueva York, John Wiley and Sons, 1997.

⁶ Hermann, Inge y Morris Paris, Cody, “Digital nomadism: the nexus of remote working and travel mobility”, *Information Technology and Tourism*, vol. 22, 2020. <https://doi.org/10.1007/s40558-020-00188-w>

⁷ Organización Internacional para las Migraciones, *Glossary on migration*, IML Series, núm. 34, 2019. <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante>

Además, se resalta que los nómadas digitales tampoco cuentan con la condición de trabajadores expatriados, entendidos como aquellos trabajadores que se trasladan por un periodo de tiempo, entre medio y largo, desde la casa matriz hacia otros países en que opera la empresa, pues sus viajes no tienen como iniciativa algo netamente empresarial, ni se prestan servicios específicos en favor del lugar en el cual decide establecerse temporalmente. Por el contrario, sus desplazamientos entre diversos lugares corresponden a sus deseos personales y no siempre son únicamente profesionales.⁸

Para lograr delimitar el concepto de nómada digital, consistente en aquella persona que decide prestar sus servicios de forma remota, desplazándose de un lugar a otro, pero conectados vía Internet,⁹ es necesario precisar que no todos desarrollan las mismas labores ni implican necesariamente un vínculo por medio de un contrato de trabajo. Si bien es cierto que una parte de los nómadas digitales son trabajadores pertenecientes a una empresa, con libertad para desarrollar sus funciones desde cualquier lugar del mundo, la mayoría de ellos son *freelancer*, es decir, personas que trabajan de forma independiente, brindando sus servicios profesionales sin necesidad de pertenecer a una empresa, lo que les permite organizar sus tiempos y recursos para atender a sus clientes.

Los nómadas digitales son personas que viven y trabajan sin tener un lugar fijo de residencia, es decir, son un tipo de teletrabajadores que además de tener la posibilidad de desempeñar sus funciones desde la comodidad de su casa, deciden que esta no tenga un emplazamiento fijo.¹⁰ En otras palabras, son trabajadores que viajan constantemente a diferentes lugares, en los cuales ejercen su labor sin la necesidad de asentarse en ninguno de ellos de manera permanente. Igualmente, ha indicado la doctrina que son “aquellos que perciben sus ingresos profesionales mientras viajan donde tengan una buena conexión a Internet”.¹¹

⁸ Carrascosa Bermejo, Dolores, “Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Madrid, vol. 4, núm. 1, 2023. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7639>

⁹ Brito, Santander y Sánchez, Lena del Mar, “Nómadas digitales: inquietudes laborales”, *Revista Digital Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Colombia, vol. 1, núm. 1, 2024. <https://doi.org/10.18601/30283574.v01n01.10>

¹⁰ Algarra, Lucía y Sebastián Gil, Irene, *Nómadas digitales: el teletrabajo y la vida itinerante tras la pandemia*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2023. <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/24930/2023-24-FCC-N-2009-2009055-l.algarra-MEMORIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹ Brito, Santander y Sánchez, Lena del Mar, *op. cit.*

Algunos autores han señalado que se trata de cierto tipo de profesionales que cuentan con una gran movilidad, y que trabajan a través de herramientas digitales mientras viajan a largo plazo de una ubicación a la siguiente.¹² Como se ha dicho, nómada digital es un término cuya relevancia es mayor después de la pandemia, y en el cual las personas que optan por la ejecución de sus labores a través de esta modalidad empiezan a balancear el trabajo, el ocio, el hogar y los viajes. Muchos países han visto impactadas sus economías, las condiciones de uso de los suelos, la aparición de la gentrificación y de nuevas formas de consumo con la presencia cada vez mayor de nómadas digitales. Para dar algunos ejemplos de la magnitud del fenómeno, podríamos destacar que sólo en Estados Unidos hay alrededor de 15 millones de personas en esta condición; que México y Brasil son los países con mayor llegada de nómadas digitales en Latinoamérica,¹³ y que en Barcelona se afronta una creciente gentrificación que tiene como una de las causas la llegada masiva de estos trabajadores digitales.¹⁴

El estudio de la figura de los nómadas digitales ha incrementado profundamente en la última década; sin embargo, como ha explicado Jan Bednorz, dichos análisis académicos se han enfocado en el estilo de vida y el impacto social y económico¹⁵ que estos generan, y han dejado a un lado la reflexión sobre su método de trabajo y la protección social de la cual los nómadas digitales deben ser beneficiarios. Para contextualizar lo anterior, es importante señalar cómo, más allá de un verdadero estudio que permita entender su modelo de trabajo y la protección con la que se cuenta ante las diversas contingencias a las que se pueda exponer un trabajador —como lo son la invalidez, la vejez, la muerte, entre otras—, los Estados se han encargado de reducir el estudio a un mero impacto económico o incluso de carácter fiscal.

¹² Bednorz, Jan, “Working from anywhere? Work from here! Approaches to attract digital nomads”, *Annals of Tourism Research*, vol. 105, marzo de 2024. <https://doi.org/10.1016/j.annals.2023.103715>

¹³ López, Eduardo, “México es el país de Latinoamérica con más nómadas digitales”, *Forbes*, 2023. <https://forbes.com.mx/mexico-pais-america-latina-mas-nomadas-digitales/>

¹⁴ López-Gay, Antonio, Ortiz-Guitart, Anna y Solana-Solana, Miguel, “Vivienda, cambio poblacional y desplazamiento en un barrio en proceso de gentrificación. El caso de Sant Antoni (Barcelona)”, *Revista de Estudios Urbano Regionales*, Barcelona, vol. 48, núm. 143, 2022. <https://doi.org/10.7764/EURE.48.143.06>

¹⁵ Bednorz, Jan, *op. cit.*

III. Necesidad de protección de los trabajadores en condición de nómada digital desde los sistemas de protección social

En Colombia, tal como en la mayoría de los países del mundo, no existe una legislación vigente que regule la actividad, derechos y obligaciones de los nómadas digitales. Existen normas que regulan el teletrabajo, el trabajo remoto y el trabajo en casa, pero estas no son aplicables a este tipo de modalidad laboral. En primer lugar, en Colombia el teletrabajo se encuentra regulado en la ley 1221 de 2008 y en los decretos 884 de 2021 y 1227 de 2022, como una forma de organización laboral que regula el trabajo subordinado, en la cual el trabajador cuenta con la habilitación para desarrollar sus funciones sin la necesidad de acudir presencialmente a la compañía mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Por otro lado, el trabajo en casa se encuentra estipulado en la ley 2088 de 2021 y el decreto 649 de 2022, el cual corresponde a una situación ocasional o excepcional, donde se habilita transitoriamente al trabajador subordinado para desempeñar sus labores fuera del sitio en el que normalmente las desarrolla, lo que ocasiona de esta manera que se cumpla la labor en un sitio diferente al lugar de trabajo acostumbrado. En la ejecución del trabajo en casa no se promueve el uso de las tecnologías de la información; y es relevante precisar que es de carácter temporal, es decir, la habilitación para desempeñar sus funciones fuera de su lugar de trabajo establecido durará tres meses o el tiempo que se requiera para superar la situación excepcional que dio lugar a ella.

Por último, el trabajo remoto está regulado en la ley 2121 de 2021 y el decreto 555 de 2022, y es otra forma de ejecución del contrato de trabajo en el cual, durante toda la duración del contrato, este debe desarrollarse de manera remota, sin interacción física durante la vinculación y mediante el uso de cualquier dispositivo que permita la comunicación del individuo. Es importante señalar que, para la ejecución de este contrato de trabajo, debe haber consenso, lo cual implica que el empleador debe aprobar el lugar en el cual el trabajador desarrollará sus funciones, y asimismo se debe contar con el aval de la Administradora de Riesgos Laborales.

Una vez presentadas estas figuras reguladas en la legislación colombiana se destaca que, aunque existen algunas similitudes con la figura del nómada digital —como el uso de las herramientas tecnológicas o la no presencialidad en el sitio de trabajo—, aún quedan ciertas particularidades que generan la necesidad

de regulación de la figura de manera autónoma, y no como un tipo de trabajo remoto. En especial, al recordar que los nómadas digitales son principalmente emprendedores o trabajadores autónomos que no se encuentran cubiertos por un contrato de trabajo; en consecuencia, tampoco cuentan con las prestaciones y garantías propias del trabajo subordinado, que, en la mayoría de casos, son de desplazamiento internacional y existe incertidumbre frente a su modelo de protección social.

Este nuevo concepto de trabajo se reviste de gran importancia, dada la trascendencia de su impacto en las economías receptoras. Un estudio realizado por la revista *Forbes* señala cómo “podrían llegar a Colombia cerca de 45,000 nómadas digitales quienes son dinamizadores de sectores gastronómicos, de entretenimiento y turismo. De igual forma, refieren que cerca del 23% de los *millennials* colombianos se identifican como nómadas digitales”.¹⁶ Así es como el proyecto de ley 412 de 2024, radicado ante el Congreso de la República de Colombia, pretende definir a los nómadas digitales como aquellas personas que, ya sean nacionales o extranjeras, sin establecer un lugar fijo para desarrollar su trabajo, hacen uso de las herramientas de las tecnologías de la información y las comunicaciones para desarrollar sus actividades comerciales y laborales.¹⁷

De lo anterior es posible establecer la importancia de observar al nómada digital como un sujeto en desarrollo de sus derechos fundamentales, específicamente al trabajo, que dista de la forma tradicional de una actividad laboral, pero que, de la mano del artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, es necesario establecer mecanismos para que goce de protección frente a las contingencias de vejez, enfermedad, invalidez y muerte. Ahora bien, en general en el mundo se evidencia la disposición por parte de algunos países de ofrecer visas de nómadas digitales, mediante las cuáles permiten a estas personas establecerse en ciudades de manera transitoria, trabajar a través de Internet, pero con requisitos para su estancia más relacionados con sus posibilidades económicas que con la protección integral que debe ser ofrecida a los mismos.

Existen múltiples ejemplos a nivel internacional en los que se denota la escasa protección de la que gozan estos trabajadores, como Croacia, un país en el cual se implementó este tipo de visado de nómada digital y el cual tiene como

¹⁶ Peñaloza, Juan Carlos, “¿Cuánto le aporta ser nómada digital a la economía colombiana?”, *Forbes*, 2023. <https://forbes.co/2023/09/14/capital-humano/cuanto-aporta-nomada-digital-a-la-economia-colombiana>

¹⁷ Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley núm. 412, 2024.

requisitos la prueba de su trabajo remoto, ingresos anuales suficientes, seguro médico, antecedentes penales y contrato de alquiler.¹⁸ Otro país que cuenta con este tipo de visado de nómada digital es Alemania, con un sistema en el cual, dependiendo la ocupación, se presentan una serie de documentos en los que priman las condiciones económicas de quienes van a solicitar dicho visado. Por ejemplo, si una persona desea permiso de residencia y realizar una actividad por cuenta propia, esta debe demostrar la suscripción a un plan de pensiones si ha cumplido cuarenta y cinco años.¹⁹

En Colombia, a pesar de la existencia de un proyecto de ley que busca ahondar en el tema de los nómadas digitales y su regulación, actualmente se cuenta con la ley 2069 del 2020, por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en ese país y que trae un régimen para el acceso, permanencia y trabajo de estas personas, que establece unos requisitos mínimos, como lo son la titularidad de pasaporte, su solvencia económica²⁰ y una póliza de salud. El artículo 16 de dicha normativa enfatiza que “con el propósito de promover al país como un centro de trabajo remoto en el marco de la cuarta revolución. Se requerirá la acreditación de un servicio de asistencia médica durante su permanencia en el país”.²¹

Se puede observar cómo las medidas actuales tomadas por los gobiernos se basan en un modelo que impulsa o reactiva las economías y el emprendimiento, incluso haciendo atractivos a los países para los nómadas digitales, pero no se evidencia una clara regulación en la que predomine el nómada digital como sujeto de derechos laborales y de la seguridad social. La protección social, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), consiste en un derecho de todas las personas a que se garantice como mínimo que, durante el ciclo de la vida, tengan acceso a una atención en salud esencial y a una seguridad básica de

¹⁸ Ministerio del Interior República de Croacia, “Temporary stay of digital nomads”, Croacia, 2021. <https://mup.gpv.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>

¹⁹ Brito, Santander y Sánchez, Lena del Mar, *op. cit.*

²⁰ Esta solvencia económica se acredita a través de extractos bancarios en los cuales debe contar con ingresos mínimos equivalentes a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes durante los últimos tres meses.

²¹ Función Pública, Ley 2069, “Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”, 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=160966>

ingreso que les permita acceder a los bienes y servicios necesarios para gozar de una vida digna.²²

De lo anterior se desprende la importancia de la cual goza este derecho para las personas que desarrollan sus actividades laborales en el marco de una nueva economía globalizada a través de medios como el Internet, pues, en la actualidad, es insuficiente la protección para el caso de los nómadas digitales. Por ejemplo, aunque Alemania mencione aspectos como la pensión, deja de lado el seguro por enfermedades o accidentes de trabajo; o Colombia, que, aunque expresamente exija una póliza para asistencia médica, no establece algún aspecto relacionado con la pensión. Esto refleja fielmente un incumplimiento de los Estados para establecer sistemas de seguridad social integrales y que se haga prácticamente imposible el cumplimiento del principio de universalidad de los sistemas.

La OIT, en su informe del 1 de septiembre de 2021, ha señalado que existen más de 4000 millones de personas que no gozan de una adecuada protección social tal como la merecen todos los seres humanos. Además, ha sido clara en establecer que, aunque la creación de empleo es un pilar fundamental, otro de los aportes más importantes en los que deben trabajar los Estados es en políticas que permitan un refuerzo de sus sistemas de protección social en pro de todas las personas.²³

Es importante que los Estados gestionen la protección de los trabajadores, independientemente de su forma de vinculación, o si estos pertenecen a una determinada forma de empleo tradicional, o si estos disponen de las nuevas tecnologías. Tal como lo ha indicado Thereza Christina Nahas,²⁴ es en este contexto de preocupación por cada uno de los trabajadores que se llega a un trabajo decente que considere las nuevas estructuras de una sociedad más digitalizada y consumista, y que garantice así, para cada uno de ellos, unas condiciones de vida

²² Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación sobre los pisos de protección social”, núm. 202, 2012. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524

²³ Organización Internacional del Trabajo, Informe Mundial sobre la Protección social 2020-2022: la protección social en la encrucijada en busca de un futuro mejor, 2021. <https://www.ilo.org/es/publications/informe-mundial-sobre-la-proteccion-social-2020-2022-la-proteccion-social>

²⁴ Nahaz, Thereza Christina, “O trabalhador empreendedor: luzes e sombras de la promessa de la protecao social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Sevilla, núm. extraordinario, 2023. <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/24502/22068>

digna. Por lo anterior, es evidente que en el mundo de los nómadas digitales se requiere de un análisis que no implique únicamente el impacto que estos generan a nivel económico, turístico y/o fiscal en un país determinado. Se demanda que estas personas, que están expuestas a un alto nivel de vulnerabilidad o riesgos fuera de su control, puedan contar con una protección desde unos modelos de seguridad social completos, íntegros e incluso cooperativistas entre países.

Ahora bien, en el caso de Colombia, se esboza la necesidad de regular a los nómadas digitales como sujetos dignos de protección, independientemente del vínculo por el cual desarrollan sus funciones, bien sea de manera autónoma o subordinados a una empresa en particular. Este postulado va de la mano con la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-040 de 2018 en la cual se señala:

Esta Corporación ha protegido relaciones jurídicas que involucran derechos constitucionales laborales, ya sea en relaciones formales o informales [...] se ha reconocido la textura abierta de la noción de trabajo en la Constitución, la cual no implica exclusivamente la defensa de los derechos de los trabajadores dependientes, sino también la efectividad de las garantías constitucionales en el ejercicio del trabajo autónomo.²⁵

Los nómadas digitales son normalmente jóvenes que han optado por este tipo de trabajo y de vida. Pero, tal como todos los seres humanos, no están exentos de padecer de las diversas contingencias que son atendidas por los sistemas de seguridad social. El problema es que, al no ser residentes de ningún país en particular, la atención de estas contingencias puede ser inexistente o precaria.

En materia de salud, muchos de ellos cuentan con pólizas de seguro que tienen las restricciones propias del mercado asegurador. Usualmente les dan cobertura frente a urgencias, hospitalizaciones y cirugías, pero no cubren tratamientos demandados por enfermedades crónicas, degenerativas, congénitas o huérfanas. Así las cosas, cuando estos trabajadores se enfrentan a un diagnóstico que va a requerir tratamientos especializados y de duración prolongada o permanente afrontan grandes dificultades para obtener atención médica oportuna y de calidad.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia Su-040 de 2018, M.P Cristina Pardo Schlesinger, 10 de mayo 2018. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86881>

Para ilustrar lo anterior, se realizó una entrevista semiestructurada a un nómada digital que fue diagnosticado con una enfermedad neurodegenerativa, progresiva y crónica, quien identificó las principales dificultades que enfrentó para obtener su tratamiento. La póliza de seguro con la que viaja no le otorga cobertura para este tipo de enfermedades. Intentó la cobertura por los sistemas de seguridad social en cerca de tres países donde ha permanecido la mayor parte del tiempo. Uno de ellos es Portugal, donde radicó su tributación por las ventajas que se le otorgaban como nómada digital con un tipo de “residencia no habitual”. Sin embargo, tuvo dificultades para darse de alta en el sistema de seguridad social de dicho país, y sólo hasta hace poco tiempo lo consiguió. En ningún país de tránsito le brindaron alternativas de atención fuera del pago particular. Finalmente, tuvo que regresar a su país de origen, realizar su afiliación como voluntario y obtener la atención médica por medio del sistema público de salud. Sin dejar su vida itinerante, debe regresar cada seis meses a su país para recibir su tratamiento.²⁶

En materia pensional, el panorama no es mejor. Estos jóvenes, usualmente, no cotizan en ningún sistema pensional. En primer lugar, muy pocos tramitan su residencia en algún país, por lo cual no tienen la obligación de afiliarse y cotizar en ningún sistema; en segundo, no tienen la previsión de hacerlo, por cuanto prima la lógica de la inmediatez y la poca proyección del riesgo de vejez o invalidez. De esta manera, se está gestando una generación de personas que llegarán a edades de retiro sin un aseguramiento que pueda atender sus necesidades básicas de la vejez pero que ciertamente cuentan con capacidad contributiva. Esto, a su vez, puede implicar, para los Estados donde vayan a permanecer

²⁶ Entrevista realizada el día 15 de septiembre de 2024. El entrevistado manifestó su voluntad de mantenerse anónimo. Corresponde a un ciudadano de Reino Unido, de 26 años, trabajador *freelancer* de la industria automotriz. Ha visitado más de veinte países en los últimos cinco años. Así resume su experiencia: “Cuando viajo internacionalmente, dependo de un seguro de viaje. Cuando estoy en el Reino Unido o Portugal, puedo acceder a la atención sanitaria en cualquiera de los dos países. Mi experiencia en el Reino Unido es mejor que en Portugal, pero eso se debe más a las barreras del idioma y al tamaño del país, ya que hay servicios más especializados. En Portugal, una vez que acude a un médico, normalmente habla inglés y su servicio de llamadas admite inglés; sin embargo, toda la administración/solicitudes están en portugués. Cuando descubrí algunos problemas de salud el año pasado, exploré el Reino Unido, Portugal o Brasil para recibir tratamiento (a través de una visa de trabajador digital que incluye acceso a la seguridad social) y me instalé en el Reino Unido debido al tiempo de tratamiento y al idioma. En general, creo que mi mejor acceso a la atención médica se logrará a través de un costoso seguro médico global que probablemente compraré si puedo pagarlo en el futuro”.

durante esta etapa de su vida, un incremento en el gasto social para garantizar la atención de estos adultos mayores que no han cotizado al sistema de seguridad social en pensiones.

Por otra parte se encuentran los riesgos laborales. La actividad del trabajo digital, igual que todos los trabajos, comporta una serie de riesgos. En este caso, se pueden observar riesgos ergonómicos, dado que el puesto de trabajo se adapta constantemente al lugar y condiciones donde ejerzan transitoriamente sus labores, sin que haya un estudio técnico de dichos lugares. De igual manera, preocupa el riesgo psicosocial. Guarín Arciniegas y otros señalan que

al revisar la literatura se observa que los factores de riesgo ergonómicos y psicosociales son tal vez los que se evalúan con mayor regularidad para la gestión de los riesgos laborales en el Teletrabajo, sin embargo, es de suponer, que en el Teletrabajo Móvil los que podrían tener grandes repercusiones son los factores de riesgo locativos y los públicos.²⁷

Para dar un ejemplo de lo anterior, se realizó una entrevista semiestructurada con una trabajadora colombiana, nómada digital, que reveló las dificultades que el aislamiento y la falta de arraigo ha traído a su vida. Por un lado, disfruta de las ventajas de la movilidad turística combinada con el trabajo; pero, por otro, no puede consolidar amistades o grupos de apoyo que la puedan sustentar en momentos de debilidad física o emocional. Por ejemplo, nos comentó cómo en épocas de pandemia se encontraba en la India, y tuvo que atravesar el encierro y la enfermedad sola, sin ningún grupo de apoyo, lo cual afectó su salud mental. Manifiesta igualmente la sensación de soledad e incluso peligros asociados a su condición de mujer viajera solitaria.²⁸

De acuerdo con lo anterior, se hace evidente la necesidad urgente de protección de los nómadas digitales en las contingencias de la seguridad social, para que se les reconozca como trabajadores merecedores de estos derechos y también como sujetos responsables de la contribución a esta misma protección.

²⁷ Guarín-Arciniegas, Ingrid, Gómez-Romero, Sandra Isabel, Uribe-Montaña, Sandra Lilibiana y Vergel-Vila, Laura Constanza, “Gestión de riesgos laborales en el Teletrabajo Móvil”, *Orinoquía*, Colombia, vol. 25, núm. 1, 2021. <https://doi.org/10.22579/20112629.658>

²⁸ Entrevista realizada el día 29 de septiembre de 2024. Trabajadora con contrato de trabajo de la industria farmacéutica alemana, se dedica al diseño digital, tiene 27 años, es colombiana y ha viajado por tres países en los últimos cinco años. Manifiesta su decisión de mantenerse anónima.

IV. Responsabilidades de las empresas contratantes, Estados de tránsito y trabajadores en materia de cobertura de riesgos de la seguridad social

La forma de trabajo de los nómadas digitales involucra varias partes. En primer lugar, se encuentra el trabajador que puede ejercer su actividad en forma subordinada o autónoma. En segundo, se encuentra la empresa o empresas contratantes que proveen de trabajo a los nómadas digitales y a las que les beneficia esta forma de trabajo debido a la reducción de costos. Y en tercero, se encuentran los diferentes Estados, como los Estados de tránsito, el de origen del trabajador y el del domicilio de la empresa o empresas que proveen el trabajo.

Los trabajadores nómadas digitales pueden ser trabajadores subordinados. En este caso, tendrán un empleador que a su vez tiene un domicilio donde desarrolla sus actividades principales. Estos trabajadores desarrollan sus labores subordinadas desde cualquier parte del mundo; no se les exige presencialidad, pero sí acatar las instrucciones del trabajo de forma subordinada. El nómada digital trabaja por cuenta ajena, depende de esta empresa para la constitución de la mayor parte de su ingreso y se encuentra integrado virtualmente a la organización. Es decir, cumple con los indicios de relación laboral que trae la Recomendación 198 de la OIT.

Frente a estos nómadas digitales subordinados, habría que entender la responsabilidad que tienen tanto el trabajador como el empleador para realizar cotizaciones a un sistema de seguridad social, para la cobertura de sus riesgos de enfermedad, invalidez, vejez o muerte, por cuanto ciertamente se trata de trabajadores vinculados con un contrato de trabajo. Ahora bien, ¿estos trabajadores pueden homologarse a los trabajadores transfronterizos o a aquellos que prestan sus servicios en un país diferente a aquel en donde fueron contratados? ¿Qué implicaciones tendría esto para efectos de la seguridad social? En efecto, estas nuevas formas de trabajo generan diversas discusiones, como la determinación de qué ley debe aplicarse en materia de seguridad social, al tener en cuenta que el principio de territorialidad puede verse afectado por la dificultad para definir en qué lugar se prestó el servicio.

Murgas Torrazza²⁹ indica que el principio de territorialidad materializa el interés que tiene cada Estado para exigir el cumplimiento de sus normas dentro

²⁹ Murgas Torrazza, Rolando, “Contrato de trabajo transnacional”, *Revista Gaceta Laboral*, Venezuela, vol. 9, núm. 3, 2003. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3705>

de su territorio. Es por ello que, los primeros pronunciamientos desarrollados frente al principio de territorialidad en materia de trabajo indican que, si el servicio fue prestado en el país, debe aplicarse rigurosamente la legislación de dicho lugar. En el caso particular de Colombia, se privilegia la aplicación del principio *lex loci solutionis*, que indica que las normas laborales y de la seguridad social se aplican en todo el territorio de la república para sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad cuando el servicio se ha prestado en el país. Pero en este caso particular quienes llegan a Colombia como nómadas digitales no son habitantes del territorio nacional, y, como se indicó anteriormente, no son considerados migrantes ni expatriados. Por otra parte, los trabajadores colombianos que contratan con empresas extranjeras y que prestan sus servicios desplazándose por diversos lugares del mundo no están prestando el servicio en Colombia, por lo cual tampoco les sería aplicable la ley nacional.

Así, se puede observar la dificultad de garantizar a estos trabajadores la cobertura de los sistemas de seguridad social, los cuales por lo general tienen un enfoque territorial en los diferentes países. Estos aspectos han sido objeto de preocupación y desarrollo internacional, principalmente mediante la suscripción de convenios multilaterales. Sin embargo, estos no resultan ser suficientes en todos los casos pues, como todo tratado internacional, estos convenios vinculan solamente a los países que lo ratifican, de manera que no cuentan con una aplicación global.

Adicionalmente, el objeto de dichos convenios, por lo general, tiene que ver con los sistemas de pensiones, de manera que el trabajador pueda sumar tiempos laborados en distintos países con el fin de obtener el reconocimiento efectivo de la prestación. Ello lleva a que, en materia de riesgos laborales, salud, protección frente al desempleo y demás contingencias cubiertas tradicionalmente por los sistemas de seguridad social, no haya una verdadera garantía para el trabajador.

Ejemplo de lo anterior es el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social o los Convenios de la OIT 102, 155 y 157, que propenden por la garantía de la seguridad social y por un trabajo en condiciones seguras y salubres. Sin embargo, a pesar de ser normas aprobadas en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, no tienen una aplicación en la totalidad de los países, y en los que sí se aplica, su ámbito se reduce a los entornos nacionales, sin que existan políticas que articulen a los distintos Estados.

Así entonces, resultan difusas las responsabilidades de los trabajadores, de las empresas empleadoras y de los propios Estados (de origen, del domicilio de la empresa empleadora y los de tránsito). En relación con las obligaciones de los trabajadores y empleadores, son de difícil control por parte de autoridades administrativas de los Estados, los cuales también tienen inconvenientes para determinar su ámbito de competencia en esta modalidad de trabajo.

Estos prudentes avances en materia de pensiones no tienen paralelo en materia de salud. En esta área es todavía peor el escenario. En general, en el sistema de seguridad social colombiano se atiende a todas las personas en el servicio de urgencias sin importar su estatus migratorio; pero una vez atendida la situación de emergencia no se dispensa más atención, a no ser que la persona ingrese al régimen contributivo o subsidiado. Para esto, la persona debe tener la calidad de habitante del territorio colombiano y, en el caso de extranjeros, estos deben regularizar su permanencia en el país.

Cuando el extranjero tiene vocación de permanencia en nuestro país puede iniciar el proceso de regularización para ser parte de nuestro sistema de seguridad social. Pero los nómadas digitales no tienen esa vocación de permanencia, por lo cual no les interesa cambiar su estatus migratorio. De esta forma, la responsabilidad del Estado será limitada a brindar la atención de urgencias en caso de que, por alguna razón, el nómada digital carezca de cobertura de la póliza de seguro que debería tener vigente.

Ahora bien, si un nómada digital necesita servicios de salud superiores a la atención de urgencias, que no son cubiertos por las pólizas de seguro, ¿dónde recibirá la atención sino ha estado afiliado a ningún sistema de salud? La respuesta más recurrente es su país de origen, donde, sin haber cotizado o tributado, terminará presionando aún más las delicadas finanzas de los sistemas de salud. En relación con los nómadas digitales que son trabajadores autónomos, esta preocupación se multiplica. En este caso, el trabajador es el responsable directo de su afiliación y cotización a la seguridad social. La empresa o empresas contratantes no tendrán la calidad de empleadoras y, por ello, estarán en la mayoría de los casos libres de responsabilidad. Los Estados de origen, de tránsito y de domicilio de la empresa contratante descartarán sus responsabilidades en la medida en que no existe residencia permanente en ninguno de estos.

En la entrevista que realizamos podemos observar cómo a este trabajador autónomo nómada digital, aunque domicilió sus impuestos en Portugal, le fue difícil acceder a la afiliación a la seguridad social de este país. Los nómadas digi-

tales autónomos buscan la cobertura de sus riesgos, pero se enfrentan a barreras infranqueables que les impiden legalizar su estatus de afiliación. En la mayoría de los casos tendrán que acudir a su país de origen para realizar sus afiliaciones y cotizaciones, y declarar su permanencia en el país, cuando esto dista de la realidad.

Conforme a una encuesta realizada a nómadas digitales de Estados Unidos, sus promedios de ingresos oscilan los 4500 dólares americanos.³⁰ Es decir, en relación con el ingreso promedio de los países comúnmente receptores, corresponde a un promedio alto; así que en países latinoamericanos como el nuestro serían afiliados y contribuyentes obligatorios. Propiciar una normatividad que les permita su afiliación y cotización flexible podría ayudar a mejorar las finanzas de los sistemas de salud.

V. Alternativas para la protección y cobertura de los riesgos de la seguridad social de los nómadas digitales

La protección y cobertura de los riesgos de la seguridad social de los nómadas digitales constituye un derecho de estos y una obligación para las partes involucradas. Por ello, debe propenderse por una regulación internacional que pueda establecer las obligaciones y responsabilidades de las empresas, trabajadores y Estados. Como resultado de todos los cambios ocasionados por el acelerado crecimiento de la tecnología, diversos países han tomado acciones que podrían ser analizadas con el fin de determinar si han sido eficientes para la protección de los derechos al trabajo y a la seguridad social de los nómadas digitales. Asimismo, es importante realizar un estudio que determine la posibilidad de globalizar dichas decisiones.

En Alemania, como forma de protección, se crearon unas visas para autónomos, en las cuales los trabajadores deben registrarse en la oficina de impuestos con una serie de documentos. Uno de los requisitos exigidos es que el solicitante tenga suscrito un plan de pensiones adecuado si ha cumplido cuarenta y cinco años.³¹ Esto quiere decir que, en cierta medida, busca brindar una protección relacionada con la pensión de vejez de los nómadas digitales.

³⁰ Martín Gallardo, Alejandro, *Estadísticas y tendencias sobre nómadas digitales*, Passport Photo Online, 2024. https://passport-photo.online/es-es/blog/estadisticas-nomadas-digitales/?srsltid=AfmBOop0Ka_PYnwG1H-piRPX77hgwIGlWTZvA5sT3P0m6qHYpRTSJsP

³¹ Sierra Benítez, Esperanza Macarena, *op. cit.*

En España se creó la visa nómada digital; sin embargo, esta no produjo un cambio en el acceso a la seguridad social. Por ello, la situación de los nómadas digitales continúa dependiendo de los convenios internacionales de España con otros Estados.³² Si existe convenio bilateral o multilateral bastará acreditar que es desplazado por un certificado de cobertura de seguridad social; por el contrario, si no hay convenio “el nómada digital debe darse de alta en la Seguridad Social española desde el principio acreditando al menos la solicitud de inscripción de la empresa extranjera ante la Seguridad Social española y el compromiso de alta una vez obtenida la autorización antes del comienzo del trabajo”.³³

De lo anterior es posible deducir que aún no hay políticas internacionales que permitan delimitar claramente cuáles son los derechos y obligaciones de los nómadas digitales. Aún existe incertidumbre en el plano de la seguridad social, por lo cual se hace necesario realizar una armonización entre la seguridad social, el derecho laboral y el derecho migratorio. Aunque se han implementado mecanismos para mitigar los riesgos a los que se encuentran expuestos los nómadas digitales, la protección integral del trabajador aún es deficiente. Así como se creó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, un instrumento internacional a nivel iberoamericano que protege los derechos de trabajadores multinacionales y coordina las legislaciones en materia de pensiones, sería sensato crear otras normas de derecho internacional que permitan cubrir otros riesgos a los que dichos trabajadores se encuentren expuestos.

Frente a este tema, y en relación con los teletrabajadores,³⁴ Carrascosa plantea como solución responsabilizar a la empresa empleadora de realizar la afiliación y cotizaciones al sistema de pensiones del país donde tenga su domicilio, aunque los trabajadores realicen sus labores desde otra u otras localidades. Esto se debe, según Carrascosa, a que el lugar desde donde se teclee no determina el lugar de la prestación del servicio; en realidad, el país relevante seguirá siendo aquel donde se encuentre el domicilio real de la empresa empleadora, que es donde se usa y aprovecha el resultado de la actividad del trabajador.

En efecto, esta resulta ser una solución para asegurar la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte para los trabajadores nómadas digitales subordinados, y equilibra la balanza frente a la reducción de costos que obtienen estas empresas por la deslocalización de los trabajadores. No se trata, entonces,

³² Carrascosa Bermejo, Dolores, *op. cit.*, p. 70.

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibidem*, p. 90.

de aplicar las reglas excepcionales de extraterritorialidad,³⁵ ni de contractualización, las cuales pueden ofrecer una solución para la protección de los derechos laborales, pero no así para las contingencias de la seguridad social. Se trata de entender que la prestación de servicios del nómada digital se realiza en el domicilio de la empresa empleadora, así sea virtualmente.

La otra alternativa sería establecer la obligación de la empresa de afiliar al trabajador al sistema de pensiones de su país de origen. Pero esta conlleva una gran dificultad, que es que el empleador debería reportarse en todos los países de cuantas nacionalidades sean sus trabajadores nómadas digitales. En la entrevista que se realizó a la trabajadora nómada digital colombiana, se pudo determinar que ella se vinculó con un contrato de trabajo que generó exclusividad con una empresa radicada en Alemania. Esta empresa se registró en Colombia, por lo cual le paga los derechos laborales de la ley colombiana, y esto le permitió afiliar a la trabajadora a todo el sistema general de seguridad social colombiano. Ahora bien, el salario que devenga esta trabajadora es muy inferior al que se le paga a sus homólogos cuyo contrato fue firmado en Alemania. No todas las empresas que contratan nómadas digitales lo hacen mediante contratos de trabajo, y no todas están dispuestas a registrarse en países donde no tienen ningún tipo de operación.

De igual manera, y con mayor razón, se descarta la afiliación y cotización en cada país de tránsito. Esto debido a que, en primer lugar, en muchas ocasiones el empleador desconoce la movilidad del trabajador; en segundo lugar, es ineficiente para la contención de los riesgos, ya que depende de la existencia de tratados internacionales que les permitan acumular a los trabajadores semanas cotizadas para acceder a las prestaciones del sistema que finalmente los ampare en el caso de pensiones, y en tercer lugar, en cuanto al riesgo de salud el tiempo aleatorio de permanencia en cada país haría completamente ineficiente la cobertura de una enfermedad a largo plazo.

³⁵ Aunque por mucho tiempo fue clara la aplicación de la regla mencionada, con el trascorrir de los años y los cambios en la forma de prestar servicios personales, ha surgido la necesidad de que la territorialidad de la ley laboral tenga ciertos matices y considere otros aspectos como los trabajadores que laboran fuera del país, o los extranjeros en general. Esto llevó a que, además de aplicar la *lex loci solutionis*, deba protegerse a los trabajadores que se movilizaran entre países. En Colombia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incluyó unos criterios que deben ser considerados para determinar la aplicación de la ley laboral colombiana a una relación que posee elementos extranjeros (Anaya, M., Barrero, I.).

Así entonces, se pueden proponer dos alternativas que parecen prácticas y eficientes, y que además pueden dejarse como optativas para las partes. En cuanto a los trabajadores nómadas digitales subordinados, la primera sería seguir el criterio de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales del país donde se encuentra domiciliada la empresa empleadora. Para esto, la primera sería que las legislaciones de los países permitieran reportar a los trabajadores nómadas digitales y aceptar dichas cotizaciones. La segunda sería seguir el criterio de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales del país de origen del trabajador nómada digital. Para esto, las legislaciones de los países deberían permitir reportar a las empresas de una forma ágil y sencilla, para que se puedan realizar allí los aportes.

En cuanto a los trabajadores nómadas digitales autónomos, deberían tener la posibilidad de afiliarse sin mayores obstáculos en el sistema de seguridad social de su país de origen o en el país donde establezcan su domicilio fiscal. Los Estados de origen y de domicilio empresarial deberían facilitar la afiliación y cotización de empresas y trabajadores nómadas digitales con mayor flexibilidad, mediante la creación de legislaciones que se adapten a este flujo de trabajadores creciente. Los Estados de tránsito deberían exigir al nómada digital no sólo la póliza de seguro de asistencia médica, sino la prueba de afiliación a un sistema pensional, de riesgos laborales y de salud en algún Estado, ya sea el de origen o el de domiciliación de la empresa, y no sólo la póliza de seguro de salud que usualmente requieren. Al tener en cuenta que estas alternativas requieren de la articulación de los diversos Estados, es necesario que la OIT genere un protocolo o recomendación dirigida a los países miembro para que se estandaricen las prácticas de requerimientos de protección de la seguridad social en el flujo de los nómadas digitales. Adicionalmente, urgen convenios bilaterales o multilaterales que den respuesta a la necesidad de atención no sólo de la contingencia pensional sino también de los riesgos laborales y de salud.

Debemos señalar que, después de adelantar esta investigación, pudimos comprobar sólo parte de la hipótesis con la cual iniciamos nuestro estudio; es decir, la responsabilidad del nómada digital, como trabajador que debe procurar su propia protección, afiliación y cotización activa a un sistema de seguridad social, y la responsabilidad de la empresa empleadora cuando el trabajo se ejerce desde la subordinación. Pero se descartó totalmente asignar cualquier responsabilidad de cobertura a los Estados de tránsito. Contrario a esto, se encontró

mayor eficacia cuando dicha responsabilidad se otorga al Estado de origen y/o al Estado de domicilio de la empresa generadora del trabajo.

Por último, presentamos una interesante reflexión final de uno de los nómadas digitales que compartieron su experiencia:

El mayor desafío aquí, para mí, son las “áreas grises” en las que finalmente se cae como trabajador remoto internacional, debido a que las leyes fiscales y laborales son diferentes según el país, y no están diseñadas para personas con múltiples residencias fiscales o personas que no gastan 183 días en cualquier país por año fiscal (también el concepto de año fiscal es diferente según el país). En última instancia, no veo que esto cambie pronto y, en mi opinión, esto se verá mitigado si nuevas empresas, como Dell, abstraen las complejidades de las empresas de empleo y hacen que el concepto de trabajo remoto internacional sea más fácil y atractivo. Entonces, con respecto a un país que acoge a trabajadores digitales, si bien las visas de trabajo remoto parecen comunes para acceder a un país, las leyes fiscales y el acceso a la seguridad social, etcétera, todavía desean que las personas permanezcan en un país la mayor parte de su tiempo y no se encuentran muy bien adaptadas al trabajo internacional remoto. Si un país abordara esto directamente y tuviera alguna forma de apoyar el acceso a la seguridad social y las pensiones sin exigir residencia, eso probablemente sería de interés para los trabajadores remotos.

Así las cosas, garantizar el acceso a la seguridad social de los nómadas digitales puede verse como un gran problema o como una gran oportunidad, para los Estados y sus sistemas de seguridad social.

VI. Bibliografía

Algarra, Lucía y Sebastián Gil, Irene, *Nómadas digitales: el teletrabajo y la vida itinerante tras la pandemia*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2023. <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/24930/2023-24-FCC-N-2009-2009055-l.algarra-MEMORIA.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>

Bednorz, Jan, “Working from anywhere? Work from here! Approaches to attract digital nomads”, *Annals of tourism research*, vol. 105, marzo de 2024. <https://doi.org/10.1016/j.annals.2023.103715>

- Brito, Santander y Sánchez, Lena del Mar, “Nómadas digitales: inquietudes laborales”, *Revista Digital Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Colombia, vol. 1, núm. 1, 2024. <https://doi.org/10.18601/30283574.v01n01.10>
- Carrascosa Bermejo, Dolores, “Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Madrid, vol. 4, núm. 1, 2023. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7639>
- Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley número 412, 2024.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1221 de 2008, “Por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones”, 16 de julio de 2008.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 2121 de 2021, “Por medio de la cual se crea el régimen de trabajo remoto y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones”, 3 de agosto de 2021.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 2088 de 2021, “Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones”, 12 de mayo de 2021.
- Corte Constitucional, Sentencia Su-040 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 10 de mayo 2018. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86881>
- Función Pública, Ley 2069, “Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”, 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=160966>
- Martín Gallardo, Alejandro, Estadísticas y tendencias sobre nómadas digitales, Passport Photo Online, 2024. https://passport-photo.online/es-es/blog/estadisticas-nomadas-digitales/?srsltid=AfmBOop0Ka_PYnwG1H-piRPX-77hgwlGIWTZvA5sT3P0m6qHYPsRTSJsP
- Guarín-Arciniegas, Ingrid, Gómez-Romero, Sandra Isabel, Uribe-Montaña, Sandra Liliana y Vergel-Vila, Laura Constanza, “Gestión de riesgos laborales en el Teletrabajo Móvil”, *Orinoquia*, Colombia, vol. 25, núm. 1, 2021. <https://doi.org/10.22579/20112629.658>
- Hermann, Inge y Morris Paris, Cody, “Digital nomadism: the nexus of remote working and travel mobility”, *Information Technology and Tourism*, vol. 22, 2020. <https://doi.org/10.1007/s40558-020-00188-w>

- López-Gay, Antonio, Ortiz-Guitart, Anna y Solana-Solana, Miguel, “Vivienda, cambio poblacional y desplazamiento en un barrio en proceso de gentrificación. El caso de Sant Antoni (Barcelona)”, *Revista de Estudios Urbanos Regionales*, Barcelona, vol. 48, núm. 143, 2022. <https://doi.org/10.7764/EU-RE.48.143.06>
- López, Eduardo, “México es el país de Latinoamérica con más nómadas digitales”, *Forbes*, 2023. <https://forbes.com.mx/mexico-pais-america-latina-mas-nomadas-digitales/>
- Makimoto, Tsugio y Manners, David, *Digital nomad*, Nueva York, John Wiley and Sons, 1997.
- Ministerio del Interior República de Croacia, “Temporary Stay of digital nomads”, Croacia, 2021. <https://mup.gpv.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Oficina Asesora de Planeación y Estudios, *Aspectos Básicos de la Industria 4.0*, Colombia, 2019. https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-124767_recurso_1.pdf
- Murgas Torrazza, Rolando, “Contrato de trabajo trasnacional”, *Revista Gaceta Laboral*, Venezuela, vol. 9, núm. 3, 2003. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3705>
- Nahas, Thereza Christina, “O trabalhador empreendedor: luzes e sombras de la promesa de la protecao social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Sevilla, núm. extraordinario, 2023. <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/24502/22068>
- Organización Internacional para las Migraciones, *Glossary on migration*, IML Series, núm. 34, 2019. <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante>
- Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación sobre los pisos de protección social”, núm. 202, 2012. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524
- Organización Internacional del Trabajo, Informe Mundial sobre la Protección social 2020-2022: la protección social en la encrucijada en busca de un futuro

- mejor, 2021. <https://www.ilo.org/es/publications/informe-mundial-sobre-la-proteccion-social-2020-2022-la-proteccion-social>
- Peñalosa, Juan Carlos, “¿Cuánto le aporta ser nómada digital a la economía colombiana?”, *Forbes*, 2023? <https://forbes.co/2023/09/14/capital-humano/cuanto-aporta-nomada-digital-a-la-economia-colombiana>
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena, “La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Sevilla, vol. 6, núm. 2, 2021. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.01>
- Soto Zubieta, Diana y Ruiz Canales, Raúl, “El derecho de acceso a Internet. Condiciones de priorización de cara al mínimo vital”, *Ratio Juris*, Medellín, vol. 17, núm. 35, julio-diciembre de 2022. <https://doi.org/10.24142/raju.v17n35a4>
- Tyutyuryukov, Vladimir y Guseva, Natalia, “From remote work to digital nomads: tax issues and tax opportunities of digital lifestyle”, *IFAC-PapersOnLine*, Países Bajos, vol. 54, núm. 13, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.ifacol.2021.10.443>

Cómo citar

IJ-UNAM

Rodríguez-Rodríguez, Luisa Fernanda, “Alternativas para la protección de la seguridad social de los nómadas digitales: un análisis desde el derecho laboral colombiano”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 293-318. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19696>

APA

Rodríguez-Rodríguez, L. F. (2025). Alternativas para la protección de la seguridad social de los nómadas digitales: un análisis desde el derecho laboral colombiano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 293-318. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19696>

La prostitución informal en Perú: un análisis jurídico de la protección de las trabajadoras sexuales

Informal prostitution in Peru: A legal analysis of the protection of sex workers

Prostitution informelle au Pérou: une analyse juridique de la protection des travailleuses du sexe

Yenifer Fernández Pacheco

 <https://orcid.org/0009-0005-2829-4949>

Universidad Tecnológica del Perú. Perú

Correo electrónico: u20210783@upt.edu.pe

Bruno César Giménez López

 <https://orcid.org/0000-0002-5473-6908>

Universidad Tecnológica del Perú. Perú

Correo electrónico: C27313@utp.edu.pe

Yolanda Carolina Gómez Matta

 <https://orcid.org/0009-0001-0294-3649>

Universidad Tecnológica del Perú. Perú

Correo electrónico: C28326@utp.edu.pe

Recepción: 21 de noviembre de 2024

Aceptación: 24 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19706>

RESUMEN: Este estudio analiza la percepción de los abogados en la región de Ica, Perú, sobre la viabilidad de una ley que regule el trabajo sexual, con un enfoque en las diferencias de género. A través de encuestas aplicadas a 110 abogados penalistas (55 hombres y 55 mujeres), se evaluó el nivel de consenso respecto a la implementación de un marco normativo que garantice los derechos laborales de las trabajadoras sexuales. Los resultados muestran una percepción mayormente favorable, independientemente del género, hacia la regulación del trabajo sexual. La prueba estadística t de Student, con un nivel de confianza del 95 %, evidenció que tanto abogados como abogadas reconocen la necesidad de un marco legal que proteja a estas trabajadoras, garantizando condiciones laborales más seguras y reduciendo la vulnerabilidad ante la explotación. El estudio contextualiza estos hallazgos en el marco legal peruano, destacando la ausencia de normativas específicas que regulen el trabajo sexual y la falta de acceso a derechos laborales y protección social. A nivel internacional, se revisan modelos de regulación exitosos, como el de Nueva Zelanda, que han demostrado mejoras en la seguridad y bienestar de las trabajadoras sexuales tras su implementación. Desde una perspectiva de género, investigaciones previas sugieren que las abogadas suelen mostrar mayor empatía hacia la protección laboral de las trabajadoras sexuales debido a su conciencia sobre temas de género y desigualdad social. Sin embargo, en este estudio, no se encontraron diferencias significativas entre géneros, lo que sugiere que la percepción favorable hacia la regulación podría estar más influenciada por factores jurídicos y sociales que por el género de los profesionales del derecho. Asimismo, se resalta que la implementación de una legislación en esta materia requiere no solo un marco normativo, sino también el respaldo social y la sensibilización pública para reducir el estigma asociado al trabajo sexual. La regularización permitiría a las trabajadoras acceder a derechos fundamentales, como la seguridad social y condiciones de trabajo dignas, contribuyendo a su inclusión en la economía formal. En conclusión, la investigación evidencia un consenso entre los abogados de Ica respecto a la viabilidad de una ley de protección para trabajadoras sexuales, lo que refleja un cambio en la percepción profesional hacia un enfoque basado en derechos humanos y justicia social. Estos hallazgos podrían servir como base para futuras iniciativas legislativas que promuevan la formalización y protección de este sector laboral históricamente marginado.

Palabras clave: percepción de los abogados; vulnerabilidad del género; implementación de una ley; derechos laborales; trabajo sexual; justicia social.

ABSTRACT: This study analyzes the perception of lawyers in the Ica region, Peru, regarding the feasibility of a law regulating sex work, with a focus on gender differences. Through surveys conducted with 110 criminal lawyers (55 men and 55 women), the level of consensus on implementing a legal framework to guarantee the labor rights of sex workers was evaluated. The results show a predominantly favorable perception,

regardless of gender, toward regulating sex work. The Student's t-test, with a 95 % confidence level, revealed that both male and female lawyers recognize the need for a legal framework to protect these workers, ensuring safer working conditions and reducing their vulnerability to exploitation. The study contextualizes these findings within the Peruvian legal framework, highlighting the absence of specific regulations on sex work and the lack of access to labor rights and social protection. At the international level, successful regulatory models, such as New Zealand's, are reviewed, demonstrating improvements in the safety and well-being of sex workers following their implementation. From a gender perspective, previous research suggests that female lawyers tend to show greater empathy toward protecting sex workers due to their awareness of gender issues and social inequality. However, this study found no significant gender differences, suggesting that the favorable perception of regulation may be influenced more by legal and social factors than by gender. Furthermore, the study emphasizes that implementing legislation in this area requires not only a legal framework but also public support and awareness to reduce the stigma associated with sex work. Regularization would allow sex workers to access fundamental rights, such as social security and decent working conditions, contributing to their integration into the formal economy. In conclusion, the research reveals a consensus among lawyers in Ica regarding the feasibility of a law protecting sex workers, reflecting a shift in professional perception toward a human rights and social justice-based approach. These findings could serve as a foundation for future legislative initiatives promoting the formalization and protection of this historically marginalized labor sector.

Keywords: lawyers' perception; gender vulnerability; law implementation; labor rights; sex work; social justice.

RÉSUMÉ: L'objectif de cette étude est d'examiner la perception des avocats selon le sexe concernant la mise en œuvre d'une loi qui régleme le travail des travailleuses du sexe dans la région d'Ica, au Pérou, au cours de l'année 2023. À travers des enquêtes destinées aux professionnels du droit pénal des deux sexes, leurs perceptions des avantages et des défis qu'impliquerait une réglementation formelle du travail du sexe dans la région ont été évaluées. Les résultats révèlent un consensus général parmi les juristes, qui s'accordent sur le fait que la mise en œuvre d'une loi spécifique pourrait améliorer considérablement les conditions de travail et la sécurité des travailleuses du sexe. En outre, il est souligné qu'une telle législation contribuerait à réduire la stigmatisation et la vulnérabilité auxquelles sont confrontés ces travailleurs. Cette étude met en *evidence* l'acceptation d'une approche réglementaire parmi les professionnels du droit pénal et fournit des preuves qui pourraient *éclairer* les futures initiatives législatives dans la région. La mise en *œuvre* d'une loi spécifique améliorerait non seulement les conditions de travail et de sécurité des travailleuses du sexe, mais permettrait *également* un encadrement plus efficace et contribuerait à réduire la stigmatisation associée à cette activité.

Mots-clés: perception des avocats; genre; mise en œuvre d'une loi; avocats; vulnérabilité; sécurité; initiatives législatives.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Materiales y métodos*. III. *Resultados y discusión*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. Introducción

La regulación del trabajo sexual es un tema complejo que ha generado intensos debates a nivel global debido a sus implicancias legales, sociales y de derechos humanos.¹ En el contexto peruano, esta actividad se desarrolla en condiciones de informalidad y vulnerabilidad, lo que expone a quienes la ejercen a riesgos de salud, violencia y discriminación.²

La ausencia de un marco normativo específico impide que las trabajadoras sexuales accedan con facilidad a servicios de salud y protección social, lo que contribuye a perpetuar el estigma social asociado a esta ocupación. No obstante, estas trabajadoras pueden defender sus derechos amparándose en principios constitucionales y tratados internacionales que garantizan la igualdad, la no discriminación y la protección de su dignidad laboral. Como el caso en particular de *Bedford contra Canadá* el cual ejemplifica cómo los tribunales han dictaminado que ciertas leyes penales infringen injustificadamente los derechos de las personas que ejercen el trabajo sexual a la libertad y la seguridad, lo que lleva a modificaciones que mejoran su seguridad.³

La Constitución Política del Perú, en su artículo 2o.,⁴ garantiza el derecho a la igualdad y la no discriminación, protegiéndolas contra cualquier forma de violencia o trato injusto. Asimismo, el artículo 22 reconoce el trabajo como un

¹ Carbajal Ochoa, L., “La trata de personas y su implicancia con la función preventiva del delito en Ayacucho, Perú”, *Comuni@ción: Revista de Investigación en Comunicación y Desarrollo*, vol. 15, núm. 2, 2024, pp. 134-141. <https://doi.org/10.33595/2226-1478.15.2.915>

² Tapia-Sequeiros, G., Zela-Coila, F., Quispe-Vicuña, C., Murrieta-Ruiz, V., Laque-Ale, A. y Soriano-Moreno, A. N., “Sex work and health problems in the sexual and gender minority population: analysis of a population survey in Peru”, *Health and Social Care in the Community*, núm. 1, 2024. <https://doi.org/10.1155/2024/8839880>

³ Cayo Ascencio, C., “Silenced voices: sex workers’ human rights in Europe”, *EIZ Publishing*, 2024. <https://doi.org/10.36862/eiz-ng006>

⁴ Congreso de la República del Perú, Constitución Política del Perú, 1993.

derecho y deber, base del bienestar social y medio de realización personal. Además, convenios internacionales ratificados por el Estado peruano, como los de la OIT⁵ sobre el trabajo decente, respaldan la necesidad de condiciones laborales seguras y dignas para todos los trabajadores, sin distinción de su actividad económica.

En este mismo orden de ideas y desde el ámbito penal, el Código Penal peruano contempla disposiciones que pueden proteger a las trabajadoras sexuales. Por ejemplo, el artículo 168⁶ establece sanciones para quienes exploten laboralmente a una persona, mientras que el artículo 153 castiga la trata de personas con fines de explotación, incluido el trabajo sexual. Asimismo, el artículo 132 protege contra delitos de discriminación, lo que permite denunciar actos que atenten contra la dignidad de estas trabajadoras.

La forma en que se abordan estos temas durante el litigio podría verse influenciada por el género de los abogados, lo que a su vez podría impactar en las decisiones tomadas al defensor de las trabajadoras sexuales. Estudios previos han demostrado que las abogadas tienden a mostrar una mayor sensibilidad hacia cuestiones de género y derechos humanos, lo que podría impactar en su percepción y enfoque en estos casos.⁷ Por lo tanto, es importante determinar si en los abogados existe relación entre el género y su percepción sobre la implementación de una ley que regule el trabajo sexual en Ica, Perú, debido a que los profesionales del derecho juegan un papel fundamental en la interpretación y aplicación de las normativas, sus opiniones reflejan una visión informada que puede influir en el desarrollo de políticas públicas.

Por lo tanto, a través de esta investigación, se espera proporcionar una base para la creación de políticas que no solo respondan a la realidad de las trabajadoras sexuales en Ica, sino que también cuenten con el respaldo y la comprensión del gremio legal, promoviendo un enfoque integral de derechos y seguridad para esta población.

⁵ Organización Mundial del Trabajo (OIT), Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, 1919.

⁶ Congreso de la República del Perú, Código Penal Peruano, 1992.

⁷ Insarauto, V., Boni-Le Goff, I., Mallard, G., Lépinard, E. y Le Feuvre, N., “Dissatisfied, but not discouraged: the effects of French female lawyers perceiving gender discrimination”, *Journal of Professions and Organization*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 303-317. <https://doi.org/10.1093/jpo/joac013>

II. Materiales y métodos

Este estudio empleó un diseño correlacional con enfoque cuantitativo, cuyo propósito fue analizar la respuesta de los abogados según el género y su percepción sobre la implementación de una ley que regule el trabajo sexual en la región de Ica, Perú. La población estuvo conformada por abogados penalistas de la provincia de Ica, estimada en 150 profesionales, debido a su conocimiento especializado en la normativa vigente y su posible influencia en el desarrollo de políticas públicas. Posteriormente, se calculó el tamaño de la muestra para un 95% de confiabilidad, obteniéndose un total de 110 participantes, seleccionados mediante un muestreo aleatorio estratificado para garantizar la representatividad de ambos géneros, encuestándose a 55 abogadas y 55 abogados.

La recolección de datos se llevó a cabo mediante encuestas estructuradas con preguntas cerradas y escalas tipo likert (muy de acuerdo, de acuerdo, en desacuerdo, muy desacuerdo, no opino), diseñadas para evaluar la percepción de los participantes sobre los posibles beneficios y desafíos de una eventual regulación del trabajo sexual en Perú. El cuestionario aplicado fue sometido a validación de expertos para garantizar su claridad y pertinencia. Posteriormente, se realizó una prueba piloto con una muestra reducida a fin de ajustar las preguntas y asegurar su comprensión por parte de los encuestados. Los datos recolectados fueron organizados y procesados mediante el software estadístico SPSS, empleándose el coeficiente de correlación de Spearman, para una significancia de 0.05, para evaluar en los abogados la relación entre el género y sus percepciones sobre la regulación del trabajo sexual. Además, se verificó la normalidad de los datos mediante la prueba de Anderson-Darling para un nivel de confianza del 95%.

III. Resultados y discusión

1. Percepción de los abogados basado en el género sobre la implementación de una Ley de Protección para Trabajadoras Sexuales

En un estudio realizado con abogados en Perú en la región de Ica, se aplicó la prueba estadística t de Student para muestras independientes, con un nivel de

confianza del 95%. Los resultados indicaron que, independientemente del género, existe un consenso significativo en torno al apoyo para implementar una ley que proteja los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, evidenciando un respaldo relativamente uniforme hacia esta legislación.

El gobierno peruano ha implementado políticas para luchar contra el abuso de personas mediante el Decreto Supremo núm. 009-2021-IN,⁸ que considera tanto la protección de los derechos de las trabajadoras sexuales como la lucha contra la explotación y la trata de personas, que estas deben ser acertadamente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, es importante destacar que, según estudios realizados, el Estado colombiano ha propuesto proteger y garantizar el derecho al trabajo de las trabajadoras sexuales, reconociéndolo como un medio para fomentar el crecimiento económico y el bienestar de la comunidad en general.⁹

La regulación del trabajo sexual permitiría que las trabajadoras sexuales accedan a los mismos derechos laborales que cualquier otro trabajador, como el acceso a la seguridad social, condiciones de trabajo dignas y el derecho a una pensión.¹⁰ Por otro lado, estudios señalan que la criminalización de la prostitución fomenta la vulnerabilidad de las trabajadoras, exponiéndolas a la violencia y explotación sexual.¹¹ Caso contrario a lo sucedido en Nueva Zelanda, donde se estableció una Ley de Reforma de la Prostitución en 2003 que despenalizó el trabajo sexual estableciendo una estructura regulatoria que ha sido reconocida por respetar los derechos humanos de las trabajadoras sexuales.¹² Se debe resaltar que el trabajo sexual es una actividad legítima cuando se ejerce de manera

⁸ Congreso de la República del Perú, Decreto Supremo núm. 009-2021-IN, 2021.

⁹ Laverde Rodríguez, C., “Aportaciones desde una perspectiva socio-jurídica al debate del trabajo sexual femenino en Colombia”, *Revista Logos, Ciencia y Tecnología*, vol. 5, núm. 2, 2019. <https://doi.org/10.22335/rict.v5i2.124>

¹⁰ Soares, V., Tomé, A., Santiago, A. y Silva, J., Regulamentação da prostituição: implicações sócio-normativas na concretização de princípios constitucionais/Regulation of prostitution: socio-normative implications in the realization of constitutional principles, *ID on Line Revista de Psicología*, vol. 14, núm. 52, 2020, pp. 679-692. <https://doi.org/10.14295/online.v14i52.2748>

¹¹ Wendy, T., “Análisis de la prostitución y su influencia en los derechos humanos”, *Revista Dilemas Contemporáneos*, 2025.

¹² Otterman, L., “New Zealand’s approaches to regulating the commodification of the female body”, *Journal of Bioethical Inquiry*, vol. 20, núm. 2, 2023, pp. 315-326. <https://doi.org/10.1007/s11673-023-10246-7>

voluntaria y su regulación fortalece el control que las trabajadoras tienen sobre su actividad, promoviendo su integración en la economía formal a través de licencias, impuestos y normas de salud pública.¹³

Al integrar el trabajo sexual en un marco legal, las autoridades sanitarias pueden garantizar que las trabajadoras sexuales accedan a servicios de salud y realicen chequeos médicos periódicos, ayudando a reducir la propagación de enfermedades de transmisión sexual, entre otras.¹⁴ La Ley General de Salud núm. 26842¹⁵ establece el derecho a la salud de todos los ciudadanos, independientemente de su actividad laboral. Sin embargo, debido a la falta de regulación, muchas trabajadoras sexuales tienen dificultades para acceder a servicios de salud, lo que incrementa el riesgo de enfermedades de transmisión sexual (ETS), como en el caso de Alemania, en cuyo país se desea promover la existencia sociedades más justas e igualitarias, además de abordar una reforma legislativa que tome como modelo el caso de Suecia, Islandia, Noruega o Francia.¹⁶

En Perú el trabajo sexual no está prohibido por la ley, pero tampoco está regulado, situando a las trabajadoras sexuales en una especie de vacío legal, que las deja sin protección laboral ni acceso a derechos fundamentales, aunque la Constitución Política del Perú, en su artículo 22¹⁷ establece que el trabajo es un deber y un derecho, siendo la base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Por lo tanto, bajo este principio, se debe reconocer el trabajo sexual como una actividad económica que puede ser regulada, con la única finalidad de proteger los derechos de las trabajadoras.

En 2014, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) realizó un estudio en el que señaló que las trabajadoras sexuales enfrentan altos niveles de violencia y abuso debido a la falta de regulación formal de su trabajo.¹⁸ Es

¹³ Uribe Forero, L., Reseña Crítica, “«Revoltig prostitutes». The fight for sex worker’s rights. New York and London: Verso”, *Estudios Políticos*, Medellín, núm. 58, 2020, pp. 286-292. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n58a13>

¹⁴ Faissner, M., Beckmann, L., Freistein, K., Jungilligens, J. y Braun, E., “Healthcare for sex workers-access, barriers, and needs”, *Ethik in Der Medizin*, vol. 36, núm. 2, 2024, pp. 151-168. <https://doi.org/10.1007/s00481-024-00815-8>

¹⁵ Congreso de la República del Perú, Ley General de Salud, Ley núm. 26842, 1997.

¹⁶ Nuño Gómez, L., “Implications of the regulation of the prostitutional system in sexual equality: the German case”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2018, pp. 145-158. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4345>

¹⁷ Congreso de la República del Perú, Constitución Política del Perú, 1993.

¹⁸ Chávez Rivera, K. y Mata Rojas, K., “Afectación de las trabajadoras sexuales por falta

por ello, que diversas organizaciones de derechos humanos como el colectivo Mujeres del Sur, han abogado por la necesidad de regular el trabajo sexual para garantizar que las trabajadoras puedan ejercer su labor en condiciones seguras y dignas, evitando abusos de parte de clientes, proxenetas y autoridades.¹⁹

La Ley núm. 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, sanciona el tráfico y la explotación de personas, incluidos los casos de explotación sexual, pero no establece una distinción clara entre el trabajo sexual voluntario y la trata de personas. Sin embargo, esta ley permite la regularización facilitando la intervención del Estado para proteger los derechos de las trabajadoras sexuales, fortaleciendo la detección y persecución de casos de trata y explotación de personas.

Cada vez más países como Nueva Zelanda consideran que el trabajo sexual es un oficio legítimo que merece protección legal, donde la implementación de la Ley de Reforma de la Prostitución ha mejorado significativamente las condiciones de las trabajadoras sexuales.²⁰ En el caso de Israel, país religiosamente ortodoxo, ha implementado la Ley para Poner Fin a la Demanda con la finalidad de armonizar el marco legal con las realidades y experiencias de las trabajadoras sexuales, priorizando su protección y ofreciendo alternativas para su reinserción social y económica.²¹ Con base en esto, estudios de opinión pública destacan la urgencia de reformas legales que estén alineadas con las necesidades de las personas afectadas, sugiriendo enfoques de justicia abierta que integren la participación ciudadana y las prácticas basadas en desarrollar sistemas de justicia centrados en la persona, lo que permitiría mejorar el acceso equitativo a la

de un marco jurídico y regulatorio eficiente”, *Ciencia Latina. Revista Científica Multidisciplinar*, vol. 8, núm. 5, 2024, pp. 10995-11005. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i6.14487

¹⁹ Guamán Hernández, A., “Mujeres prostituidas y trabajadoras sexuales: ¿es el derecho del trabajo una vía para superar la condición de vulnerabilidad?”, *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 2, 2020, p. 160. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5545>

²⁰ Ayerra Duesca, N., “Reconocimiento de la prostitución como trabajo susceptible de protección: diferentes fórmulas jurídicas”, *IUSLabor. Revista d’Anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3, 2022, pp. 89-119. <https://doi.org/10.31009/iuslabor.2022.i03.04>

²¹ Inga, Thiemann y Hila, Shamir., “A social-legal analysis of reforms in the regulation of sex work: the case study of end demand legislation in Israel”, *International Journal of Gender Sexuality and Law*, núm. 19, 2019.

protección de los derechos de las trabajadoras sexuales y garantizar su inclusión en los procesos de toma de decisiones y las afectaciones legales.²²

Las investigaciones sobre la regulación del trabajo sexual en América Latina revelan enfoques mixtos donde Colombia y Chile reconocen legalmente el trabajo sexual, y, aunque difieren en sus marcos regulatorios, muestran una mejora en las condiciones laborales y de seguridad de las trabajadoras, así como una reducción en la discriminación que enfrentan.²³ Esta perspectiva es relevante en el caso de Ica, donde una legislación formal podría contribuir no solo a garantizar los derechos de las trabajadoras sexuales, sino también a reducir la estigmatización y los riesgos asociados con su actividad.

La percepción de los abogados sobre la implementación de una ley para la protección de las trabajadoras sexuales en Ica se muestra alineada con un enfoque de derechos humanos independientemente del género, destacando un respaldo considerable hacia la regularización de dicha actividad. Esto coincide con estudios previos, cuyos resultados sostienen que, cuando los profesionales legales reciben formación en derechos humanos, tienden a adoptar posturas más empáticas hacia grupos vulnerables.²⁴ En este sentido, es relevante observar cómo el respaldo de los abogados para regular el trabajo sexual refleja un cambio de paradigma en el contexto peruano, donde la regulación y el reconocimiento de derechos laborales para las trabajadoras sexuales aún enfrenta barreras culturales y sociales.

Así mismo, de acuerdo con investigaciones previas realizadas en países de América Latina, el género influye en el enfoque que los abogados tienen sobre cuestiones de regulación de trabajo sexual, donde las abogadas suelen mostrar una perspectiva más favorable hacia la protección de las trabajadoras sexuales, posiblemente debido a una mayor sensibilidad hacia temas de género y dere-

²² Mercado, J., “Justicia abierta y participación pública para un enfoque de justicia centrada en las personas”, *Reflexión Política*, vol. 25, núm. 52, 2023, pp. 40-48. <https://doi.org/10.29375/01240781.4743>

²³ Garrido Raad, D. y Monroy Caicedo, S., “Trazando fronteras ocupacionales: un comparativo de los derechos laborales en el trabajo sexual en Colombia y Chile”, *Revista Diversidad Científica*, vol. 4, núm. 1, 2024, pp. 69-87. <https://doi.org/10.36314/diversidad.v4i1.107>

²⁴ González-Fócil, R., Fócil-González, L. y González-Fócil, J., “Actitud hacia grupos vulnerables como competencia profesional en la formación universitaria del área de la salud”, *Perspectivas Docentes*, vol. 29, núm. 66, 2019. <https://doi.org/10.19136/pd.a29n66.3231>

chos laborales.²⁵ En esta investigación se obtuvo un resultado contrario el cual indicó que, independientemente del género, existe un consenso significativo en torno al apoyo para implementar una ley que proteja los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, lo que sugiere que la postura sobre el tema podría estar más influenciada por factores jurídicos y sociales que por el género de los profesionales del derecho como también ha sido propuesto por otros investigadores.²⁶ Donde se hace importante resaltar que el consenso observado en este estudio podría interpretarse como un reflejo del avance en la conciencia sobre derechos laborales y justicia social dentro del gremio legal en el Perú.

2. Percepción de los abogados sobre la viabilidad de una ley de protección para trabajadoras sexuales desde una perspectiva de género

Los resultados mostraron una percepción mayormente favorable en ambos géneros sobre la viabilidad de regular el trabajo sexual en el país. Este hallazgo se respalda con la prueba t de Student para muestras independientes, aplicada con un nivel de confianza del 95 %. Según los resultados del cuestionario realizado, ambos géneros se mostraron de acuerdo en la necesidad y efectividad potencial de dicha ley.

Estudios recientes destacan la importancia de adoptar un enfoque de derechos humanos e inclusión al evaluar la viabilidad de regular el trabajo sexual en Perú, donde una regulación efectiva debe abordar los derechos laborales de las trabajadoras sexuales para mejorar sus condiciones de vida, como también la necesidad de que las leyes incorporen las voces de quienes ejercen el trabajo sexual, promoviendo un enfoque inclusivo y socialmente justo.²⁷

El trabajo sexual se encuentra en un complejo panorama legal en cuanto a derechos laborales en Perú, donde la prostitución no es ilegal en ciertos contextos, pero aún persiste un vacío normativo considerable en su regulación y

²⁵ Ramírez, J., “Violencia de género en Latinoamérica: estrategias para su prevención y erradicación”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2020.

²⁶ Parra-Navarrete, C., Morocho-Carvajal, Bravo-Galarraga, G. e Iglesias-Quintana, J., “Importancia del reconocimiento de los derechos laborales en el trabajo sexual”, *Iustitia Socialis*, vol. 7, núm. 2, 2022, p. 1256. <https://doi.org/10.35381/racj.v7i2.2379>

²⁷ Uribe Forero, L. *op. cit.*

en la protección de quienes lo ejercen.²⁸ La falta de reconocimiento legal como trabajo a menudo da como resultado que a las trabajadoras sexuales se les nieguen los derechos laborales y las protecciones sociales, dejándolas vulnerables a la explotación y el abuso.²⁹ Esta diversidad de perspectivas permite una visión integral, en la que el enfoque de género y la consulta directa a la comunidad afectada resultan fundamentales para diseñar una ley adecuada y respetuosa de los derechos de las trabajadoras sexuales.

En este contexto, la implementación efectiva de leyes de igualdad de género no solo depende del marco normativo, sino también del apoyo y la sensibilización pública.³⁰ Este enfoque resulta clave para mejorar las condiciones de las trabajadoras sexuales al destacar la importancia de un enfoque integral en la implementación de leyes de igualdad de género. No basta con establecer marcos legales que reconozcan y protejan sus derechos; también es fundamental fomentar la sensibilización y el apoyo público para reducir el estigma social, promover su inclusión y garantizar el acceso a condiciones laborales justas y seguras, debido a que, sin el respaldo de la sociedad y una aplicación efectiva de las normativas, las trabajadoras sexuales seguirán enfrentando discriminación y vulnerabilidad.

Por consiguiente, el género influye en la interpretación de temas relacionados con los derechos laborales y la seguridad de las trabajadoras sexuales, ya que las abogadas suelen mostrar una mayor empatía hacia la regulación de actividades estigmatizadas, mientras que los abogados varones pueden centrarse en aspectos técnicos de la legislación y en el impacto social de su implementación.³¹ No obstante, los resultados de este estudio reflejan una tendencia hacia el consenso, lo que sugiere que la formación profesional en derechos humanos puede desempeñar un papel unificador en las percepciones de ambos géneros sobre la viabilidad de la ley.

La implementación de leyes de protección para trabajadoras sexuales en regiones con un alto nivel de precarización laboral ha resultado en mejoras sig-

²⁸ Ayerra Duesca, N., *op. cit.*

²⁹ Ardila Rincón *et al.*, “Análisis jurídico de las garantías laborales de las trabajadoras sexuales en el marco del estado social de derecho colombiano”, *Pensamiento Americano*, vol. 13, núm. 25, 2020, pp. 141-155. <https://doi.org/10.21803/pensam.13.25.387>

³⁰ Rouanet Guzmán de Núñez, R. P., “Género, equidad y paz en Guatemala, 1996-2015”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 2021. <https://doi.org/10.9757/Rhela>

³¹ Guamán Hernández, A., *op. cit.*, p. 160.

nificativas en las condiciones de trabajo, seguridad y salud de estas personas, además de promover una reducción en el estigma social.³² Esta perspectiva de viabilidad, sustentada en la evidencia, también resuena en el consenso de los abogados de Ica Perú, quienes reconocen el potencial de la ley para mitigar riesgos y mejorar la calidad de vida de las trabajadoras sexuales.

En el ámbito de género, diversas investigaciones sugieren que los abogados mujeres tienden a mostrar una predisposición más favorable hacia la protección laboral de las trabajadoras sexuales, debido a una mayor sensibilidad respecto a cuestiones de género y vulnerabilidad social.³³ Las mujeres que enfrentan desigualdades en el lugar de trabajo a menudo desarrollan un mayor sentido de empatía hacia otros grupos marginados.³⁴ Como también, el impacto emocional de reconocer las disparidades de género puede llevar a la indignación, que media la relación entre la conciencia de las desigualdades de género y las actitudes de apoyo hacia otras comunidades marginadas. No obstante, en el presente estudio, tanto abogados como abogadas de Ica consideran viable una legislación en esta materia, lo que refleja una evolución en la percepción profesional hacia un enfoque basado en los derechos humanos y la seguridad laboral, garantizando protección para todas las personas, independientemente de su ocupación.

En conclusión, el reconocimiento de la viabilidad legal y la justicia social en la regulación del trabajo sexual refleja un cambio significativo en la percepción de los profesionales del derecho hacia sectores históricamente marginados; avance que podría ser clave para el desarrollo de una legislación que garantice condiciones de trabajo dignas y seguras para las trabajadoras sexuales.³⁵

³² Aguirre, M., “Trabajo precario, trabajo de cuidados y sus expresiones en salud pública: ¿cuánto y cómo protege la asistencia social latinoamericana?”, *Itinerarios de Trabajo Social*, núm. 4, 2024, pp. 61-71. <https://doi.org/10.1344/its.i4.43748>

³³ Ortega, F., “Las trabajadoras sexuales como colectivo sujeto de acoso y discriminación”, *Revista Internacional de la Protección Social*, 2023. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS>

³⁴ Ciaffoni, S., Rubini, M. y Moscatelli, S., “Turning ingroup wounds into bonds: perceptions of gender inequalities predict attitudes toward other minorities”, *Frontiers in Psychology*, vol. 14, 2024. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2023.1327262>

³⁵ Jaramillo Feldman, D., “La protección jurídica de los trabajadores informales en América Latina: retos y avances”, *Revista o Universo Observável*, vol. 2, núm. 1, 2025, pp. 2-7. <https://doi.org/10.69720/2966-0599.2025.00029>

3. Actitud de los abogados en función del género con respecto a la regulación y mejora de las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales

Los resultados encontrados muestran que las actitudes hacia la regulación y mejora de las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales en el Perú revelan un respaldo positivo los abogados de ambos géneros, expresaron acuerdo con la necesidad de una ley que regule este ámbito y mejore las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales. Cuando se aplicó como prueba estadística la *t* de Student para muestras independientes para un 95% de confiabilidad.

La actitud de los abogados hacia la regulación y mejora de las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales en Ica refleja un enfoque creciente en derechos humanos, con tendencias que pueden variar según el género de los profesionales del derecho. Diversos estudios han mostrado que las percepciones sobre el trabajo sexual y la regulación laboral suelen diferir entre hombres y mujeres debido a factores culturales y experiencias de género, el cual argumentan que las abogadas, en general, tienden a mostrar una actitud más positiva hacia la regulación de trabajos vulnerables, lo cual podría relacionarse con una mayor empatía hacia poblaciones que enfrentan precariedad laboral.³⁶

En este estudio en la región de Ica, se observó una actitud de apoyo entre abogados y abogadas hacia la implementación de una ley que proteja los derechos de las trabajadoras sexuales, quienes identificaron que, en contextos de alta vulnerabilidad, los profesionales del derecho valoran cada vez más la regulación como una vía para mejorar las condiciones de trabajo y reducir los riesgos de explotación.³⁷ Esto es relevante en el contexto peruano, donde los derechos de las trabajadoras sexuales no están plenamente reconocidos, lo que las deja expuestas a diversos riesgos laborales y a situaciones de discriminación, en este sentido podría estar influenciada por el reconocimiento de la necesidad de un

³⁶ Quintero Lima, M., “La —incongruente— precariedad laboral del trabajo de cuidados. La necesaria revalorización jurídica”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 39, 2022, pp. 57-85. <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.7036>

³⁷ D’Cruz, P., Kanov, J., Simpson, A. V., Noronha, E., Dodson, S., Chen, A. P. J. y Livne-Tarandach, R., “Leveraging compassion to address inequality at work?”, *Academy of Management Proceedings*, núm. 1, 2023. <https://doi.org/10.5465/AMPROC.2023.13561symposium>

marco legal que no solo legalice la actividad, sino que también garantice condiciones laborales seguras y dignas.³⁸

Por otro lado, varios autores sugieren que el género influye en la forma en que los abogados abordan la discusión sobre el trabajo sexual, las abogadas suelen abogar por la mejora de las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales desde una perspectiva de equidad de género, señalando que su marginalización y falta de protección están enraizadas en la discriminación de género.³⁹ Sin embargo, en este estudio en Ica, tanto abogados como abogadas parecen compartir una actitud de respaldo hacia la regulación, lo que podría indicar una creciente aceptación y disposición entre los profesionales legales para abordar este tema con una perspectiva de derechos, independientemente de su género.

El enfoque inclusivo y de justicia social propuesto por la Organización Internacional del Trabajo respalda la necesidad de legislación para proteger a las trabajadoras sexuales, sugiriendo que dicha regulación podría contribuir significativamente a la reducción de la explotación y a la mejora de la seguridad laboral.⁴⁰ Los resultados de este estudio revelan que una actitud positiva hacia la mejora de las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales está alineada con las recomendaciones internacionales, lo que destaca el papel de los abogados como actores clave en el diseño y respaldo de políticas públicas orientadas a la justicia social.

La regulación del trabajo sexual y la mejora de las condiciones laborales están alineadas con el respeto y la promoción de los derechos humanos, por ello las trabajadoras sexuales, como cualquier otro grupo de trabajadores, tienen derecho a un entorno laboral seguro, justo y digno, el cual fomentar actitudes positivas hacia la regulación es un paso hacia el reconocimiento de estos derechos.⁴¹ Actitudes favorables a la regulación que pueden contribuir a la reducción de la explotación y los abusos en el trabajo sexual.

³⁸ Coloma Cieza, E. y Vilela Espinosa, A., “Protección de las mujeres trabajadoras en el Perú”, *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, vol. 5, núm. 6, 2022, pp. 33-86. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v5i6.679>

³⁹ Ortega, F., *op. cit.*

⁴⁰ Chávez Rivera, K. y Mata Rojas, K., *op. cit.*, pp. 10995-11005.

⁴¹ Parra-Navarrete, C. *et al.*, *op. cit.*, p. 1256.

IV. Conclusiones

Los obtenidos resultados sobre la percepción de los abogados en Ica, Perú respecto a la viabilidad e implementación de una ley para proteger los derechos laborales de las trabajadoras sexuales demuestran un consenso favorable, independientemente del género. Este respaldo sugiere un cambio positivo en la mentalidad profesional hacia la inclusión y el reconocimiento de derechos para grupos tradicionalmente marginados, como es el caso de las trabajadoras sexuales, el respaldo de la comunidad legal en Ica hacia la regulación del trabajo sexual aporta evidencia valiosa para fundamentar futuras iniciativas legislativas que promuevan la formalización y protección de las trabajadoras sexuales.

Es recomendable continuar investigando y promoviendo enfoques inclusivos que integren las voces de las trabajadoras sexuales en el proceso legislativo, con el fin de garantizar políticas justas y respetuosas de sus derechos fundamentales.

V. Bibliografía

- Aguirre, M., “Trabajo precario, trabajo de cuidados y sus expresiones en salud pública: ¿cuánto y cómo protege la asistencia social latinoamericana?”, *Itinerarios de Trabajo Social*, núm. 4, 2024, pp. 61-71. <https://doi.org/10.1344/its.i4.43748>
- Ardila Rincón, J., Florez Martínez, P. y Asprilla Bolívar, Y., “Análisis jurídico de las garantías laborales de las trabajadoras sexuales en el marco del estado social de derecho colombiano”, *Pensamiento Americano*, vol. 13, núm. 25, 2020, pp. 141-155. <https://doi.org/10.21803/pensam.13.25.387>
- Ayerra Duesca, N., “Reconocimiento de la prostitución como trabajo susceptible de protección: diferentes fórmulas jurídicas”, *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3, 2022, pp. 89-119. <https://doi.org/10.31009/iuslabor.2022.i03.04>
- Carbajal Ochoa, L., “La trata de personas y su implicancia con la función preventiva del delito en Ayacucho, Perú”, *Comuni@cción: Revista de Investigación en Comunicación y Desarrollo*, vol. 15, núm. 2, 2024, pp. 134-141. <https://doi.org/10.33595/2226-1478.15.2.915>

- Cayo Ascencio, C., “Silenced voices: sex workers’ human rights in Europe”, *EIZ Publishing*, 2024. <https://doi.org/10.36862/eiz-ng006>
- Chávez Rivera, K. y Mata Rojas, K., “Afectación de las trabajadoras sexuales por falta de un marco jurídico y regulatorio eficiente”, *Ciencia Latina. Revista Científica Multidisciplinar*, vol. 8, núm. 5, 2024, pp. 10995-11005. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i6.14487
- Ciaffoni, S., Rubini, M. y Moscatelli, S., “Turning ingroup wounds into bonds: perceptions of gender inequalities predict attitudes toward other minorities”, *Frontiers in Psychology*, vol. 14, 2024. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2023.1327262>
- Coloma Cieza, E. y Vilela Espinosa, A., “Protección de las mujeres trabajadoras en el Perú”, *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, vol. 5, núm. 6, 2022, pp. 33-86. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v5i6.679>
- Organización Mundial del Trabajo (OIT), Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, 1919.
- Congreso de la República del Perú, Código Penal Peruano, 1992.
- Congreso de la República del Perú, Constitución Política del Perú, 1993.
- Congreso de la República del Perú, Ley General de Salud, Ley No. 26842, 1997.
- Congreso de la República del Perú, Decreto Supremo Núm. 009-2021-IN, 2021.
- D’Cruz, P., Kanov, J., Simpson, A. V., Noronha, E., Dodson, S., Chen, A. P. J. y Livne-Tarandach, R., “Leveraging compassion to address inequality at work”, *Academy of Management Proceedings*, núm. 1, 2023. <https://doi.org/10.5465/AMPROC.2023.13561symposium>
- Faissner, M., Beckmann, L., Freistein, K., Jungilligens, J. y Braun, E., “Healthcare for sex workers-access, barriers, and needs”, *Ethik in Der Medizin*, vol. 36, núm. 2, 2024, pp. 151-168. <https://doi.org/10.1007/s00481-024-00815-8>
- Garrido Raad, D. y Monroy Caicedo, S., “Trazando fronteras ocupacionales: un comparativo de los derechos laborales en el trabajo sexual en Colombia y Chile”, *Revista Diversidad Científica*, vol. 4, núm. 1, 2024, pp. 69-87. <https://doi.org/10.36314/diversidad.v4i1.107>
- González-Fócil, R., Fócil-González, L. y González-Fócil, J., “Actitud hacia grupos vulnerables como competencia profesional en la formación universitaria del área de la salud”, *Perspectivas Docentes*, vol. 29, núm. 66, 2019. <https://doi.org/10.19136/pd.a29n66.3231>

- Guamán Hernández, A., “Mujeres prostituidas y trabajadoras sexuales: ¿es el derecho del trabajo una vía para superar la condición de vulnerabilidad?”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 2, 2020. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5545>
- Inga, Thiemann y Hila, Shamir., “A social-legal analysis of reforms in the regulation of sex work: the case study of end demand legislation in Israel”, *International Journal of Gender Sexuality and Law*, núm. 19, 2019.
- Insarauto, V., Boni-Le Goff, I., Mallard, G., Lépinard, E. y Le Feuvre, N., “Dissatisfied, but not discouraged: the effects of French female lawyers perceiving gender discrimination”, *Journal of Professions and Organization*, vol. 9, núm. 3, 2022, pp. 303-317. <https://doi.org/10.1093/jpo/joac013>
- Jaramillo Feldman, D., “La protección jurídica de los trabajadores informales en América Latina: retos y avances”, *Revista o Universo Observável*, vol. 2, núm. 1, 2025, pp. 2-7. <https://doi.org/10.69720/2966-0599.2025.00029>
- Laverde Rodríguez, C., “Aportaciones desde una perspectiva socio-jurídica al debate del trabajo sexual femenino en Colombia”, *Revista Logos, Ciencia y Tecnología*, vol. 5, núm. 2, 2019. <https://doi.org/10.22335/rfct.v5i2.124>
- Mercado, J., “Justicia abierta y participación pública para un enfoque de justicia centrada en las personas”, *Reflexión Política*, vol. 25, núm. 52, 2023, pp. 40-48. <https://doi.org/10.29375/01240781.4743>
- Nuño Gómez, L., “Implications of the regulation of the prostitutional system in sexual equality: the German case”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2018, pp. 145-158. <https://doi.org/10.20318/economia.2018.4345>
- Ortega, F., “Las trabajadoras sexuales como colectivo sujeto de acoso y discriminación”, *Revista Internacional de la Protección Social*, 2023. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS>
- Otterman, L., “New Zealand’s approaches to regulating the commodification of the female body”, *Journal of Bioethical Inquiry*, vol. 20, núm. 2, 2023, pp. 315-326. <https://doi.org/10.1007/s11673-023-10246-7>
- Parra-Navarrete, C., Morocho-Carvajal, Bravo-Galarraga, G. e Iglesias-Quintana, J., “Importancia del reconocimiento de los derechos laborales en el trabajo sexual”, *Iustitia Socialis*, vol. 7, núm. 2, 2022. <https://doi.org/10.35381/racj.v7i2.2379>

- Quintero Lima, M., “La —incongruente— precariedad laboral del trabajo de cuidados. La necesaria revalorización jurídica”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 39, 2022, pp. 57-85. <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.7036>
- Ramírez, J., “Violencia de género en Latinoamérica: estrategias para su prevención y erradicación”, *Revista de Ciencias Sociales*, 2020.
- Rouanet Guzmán de Núñez, R. P., “Género, equidad y paz en Guatemala, 1996-2015”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 2021. <https://doi.org/10.9757/Rhela>
- Soares, V., Tomé, A., Santiago, A. y Silva, J., Regulamentação da prostituição: implicações sócio-normativas na concretização de princípios constitucionais/Regulation of prostitution: socio-normative implications in the realization of constitutional principles, *ID on Line Revista de Psicologia*, vol. 14, núm. 52, 2020, pp. 679-692. <https://doi.org/10.14295/idonline.v14i52.2748>
- Tapia-Sequeiros, G., Zela-Coila, F., Quispe-Vicuña, C., Murrieta-Ruiz, V., Laque-Ale, A. y Soriano-Moreno, A. N., “Sex work and health problems in the sexual and gender minority population: analysis of a population survey in Peru”, *Health and Social Care in the Community*, núm. 1, 2024. <https://doi.org/10.1155/2024/8839880>
- Uribe Forero, L., “«Revolted prostitutes». The fight for sex worker’s rights. New York and London: Verso”, *Estudios Políticos*, Medellín, núm. 58, 2020, pp. 286-292. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n58a13>
- Wendy, T., “Análisis de la prostitución y su influencia en los derechos humanos”, *Revista Dilemas Contemporáneos*, 2025.

Cómo citar

IJ-UNAM

Fernández Pacheco, Yenifer; Giménez López, Bruno César, y Gómez Matta Yolanda Carolina, “La prostitución informal en Perú: un análisis jurídico de la protección de las trabajadoras sexuales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 319-337. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19706>

APA

Fernández Pacheco, Y., Giménez López, B. C., y Gómez Matta Y. C. (2025). La prostitución informal en Perú: un análisis jurídico de la protección de las trabajadoras sexuales. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 319-337. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19706>

El conocimiento de la comunidad como alternativa para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud por el agua no tratada. Una propuesta de peritaje ambiental¹

Community knowledge as an alternative to address environmental and health scientific uncertainty due to wastewater. A proposal for environmental expert witness

Le savoir communautaire comme alternative pour gérer l'incertitude scientifique en matière d'environnement et de santé concernant l'eau non traitée. Une proposition témoin expert en environnement

Manuel Alejandro **Lizardi-Jiménez**

 <https://orcid.org/0000-0002-2054-5556>

Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México

Correo electrónico: manuel.lizardi@uaslp.mx

Gabriela Josefina **Aguirre-García**

 <https://orcid.org/0000-0002-7546-9853>

Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México

Correo electrónico: gaviotauam@hotmail.com

Guillermo **Luevano Bustamante**

 <https://orcid.org/0000-0003-2619-1557>

Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México

Correo electrónico: guillermo.luevano@uaslp.mx

Recepción: 18 de noviembre de 2024

Aceptación: 25 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19700>

¹ Este artículo forma parte del Proyecto número CF-2023-G-1034 denominado “Giro epistemológico, desarrollo teórico e implicaciones sociopolíticas del derecho humano a la ciencia en México”, financiado por el Consejo Nacional de Humanidades, Ciencia y Tecnología (CONAHCYT), en su convocatoria de Ciencia de Frontera 2023.

RESUMEN: La actividad del peritaje ambiental ha considerado el conocimiento de las comunidades para “ilustrar” a jueces y fiscales de los delitos ambientales en un proceso judicial, sobre todo cuando se trata de conflictos socioambientales. Pero no es común en aquellos peritajes ambientales que sólo son disciplinarios; por ejemplo, los peritajes toxicológicos o químicos. Sin embargo, dado que los ecosistemas, objeto de la pericia, son sistemas complejos en los cuales se tiene que afrontar incertidumbre científica relevante, el conocimiento de las comunidades afectadas en su salud por daño al ecosistema puede ser una alternativa en acompañamiento a la prueba pericial. Este trabajo muestra cómo el conocimiento de una comunidad afectada en su salud, en una zona semiurbana por desechar agua no tratada al ecosistema, corroborado con el conocimiento científico de otras geografías, sirvió para que un juez federal en un conflicto socioambiental pudiera operativizar el “principio de precaución” en un contexto empobrecido para procurar justicia ambiental.

Palabras clave: agua no tratada; conocimiento de la comunidad; incertidumbre científica; principio de precaución; peritaje ambiental.

ABSTRACT: The activity of environmental expert witness has considered the knowledge of the communities to “illustrate” to judges the environmental crimes in a judicial process, particularly in the case of socio-environmental conflicts. But it is not usual in those environmental expert witness that are disciplinary, for example; toxicological or chemical expert witness. However, given that ecosystems, which are the object of expertise, are complex systems in which relevant scientific uncertainty has to be faced, the knowledge of the communities affected in their health by damage to the ecosystem may be an alternative to accompany the expert evidence. This paper shows how the knowledge of a community affected in its health, in a semi-urban area due to the disposal of wastewater into the ecosystem, corroborated with scientific knowledge from other geographies, helped a Federal Judge in a socio-environmental conflict to operationalize the Precautionary Principle into impoverished context for pursuing environmental justice.

Keywords: wastewater; community knowledge; scientific uncertainty; precautionary principle; environmental expert witness.

RÉSUMÉ: L'activité témoin expert en environnement a pris en compte les connaissances des communautés pour «éclairer» les juges et les procureurs sur les crimes environnementaux dans le cadre d'un processus judiciaire, en particulier lorsqu'il s'agit de conflits socio-environnementaux. Toutefois, elle n'est pas courante dans les évaluations environnementales qui sont uniquement disciplinaires, par exemple les évaluations toxicologiques ou chimiques. Toutefois, étant donné que les écosystèmes, qui font l'objet d'une expertise, sont des systèmes complexes dans lesquels il faut faire face à une incertitude scientifique importante, la connaissance des communautés affectées dans leur santé par

los daños causados al ecosistema puede ser una alternativa para acompañar las pruebas de expertise. Este artículo muestra cómo los conocimientos de una comunidad cuya salud ha sido afectada en una zona semi-urbana por el rechazo de aguas no tratadas en el ecosistema, corroborados por conocimientos científicos provenientes de otras zonas geográficas, ayudaron a un juez federal en un conflicto socio-ambiental a hacer operativo el principio de precaución en un contexto empobrecido para obtener una justicia ambiental.

Mots clés: aguas usadas; conocimientos de la comunidad; incertidumbre científica; principio de precaución; testigo experto en medio ambiente.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Incertidumbre ambiental y de la salud humana por desechos de agua no tratada sobre el ecosistema*. III. *El conocimiento de los afectados ambientales para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud*. IV. *Metodología*. V. *Resultados y discusiones*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

La actividad del peritaje en los procesos judiciales tiene una lejana tradición. En la edad media, ya se recurría al teólogo para determinar a quién se le consideraba una bruja, a partir de un proceso analítico y sistemático. Esta tradición se perpetuó en el derecho inglés, donde ocasionalmente los tribunales recurrían a un jurado con conocimientos especializados, llamado “*expert witness*” para procurar justicia.² Esta tradición se ha perfeccionado hasta nuestros días. Actualmente, representa una estrategia para someter la afirmación o los hechos a la prueba de la realidad empírica. La mayor complejidad en la formulación de las controversias judiciales ha dado lugar a una gran diversidad de áreas y materias en las que se puede recurrir a este medio de prueba en nuestro sistema jurídico, por ejemplo, en el ambiental.

Desde hace tres décadas, se ha recurrido con mayor frecuencia a los peritajes socioculturales, sociales o antropológicos en controversias que involucran a personas, pueblos y comunidades indígenas. La denominación del instrumento suele ser indistinta, como refiere Valladares.³ De forma más reciente, también

² Risinger, Michael; Denbeaux, Mark y Saks, Michael, “Exorcism of ignorance as a proxy for rational knowledge: The case of handwriting identification expertise”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 137, 1989, pp. 731-733. <https://doi.org/10.2307/3312276>

³ Valladares, Laura, “La importancia del peritaje cultural: avances, retos y acciones del

se les ha invocado en conflictos socioambientales como coadyuvantes para incorporar datos y elementos que escapan a la comprobación “técnica”, y que procuran dar cuenta de afectaciones en aspectos culturales, de organización social, rituales, etcétera, y sobre todo, la perspectiva de las personas afectadas.⁴ Sin embargo, en los conflictos socioambientales, no sólo se ofrecen peritajes socio-culturales, sino con frecuencia también en otros ámbitos de la ciencia.

El peritaje ambiental se especializa en ofrecer una prueba documental para ilustrar a jueces y fiscales de los delitos ambientales en un proceso judicial.⁵ A partir de los informes periciales ambientales,⁶ son los expertos en el ecosistema a quienes frecuentemente se recurre para ofrecer una opinión sustentada y así procurar justicia ambiental.

En términos generales, el peritaje, entendido como medio de prueba ante el Poder Judicial, ha considerado el conocimiento de los expertos; es decir, de las personas que tienen un grado académico para respaldar la opinión ofrecida. Así lo muestra la *Guía regulatoria de la ciencia forense del Reino Unido*,⁷ donde se establece una serie de criterios que deben cumplir los científicos que respaldan un peritaje judicial. En este sentido, el conocimiento científico a favor de la justicia es relevante y tradicional, pero no así el conocimiento de las comunidades no científicas.

En un peritaje ambiental, el conocimiento *extracientífico* puede ser muy útil debido a que los ecosistemas, objeto de la pericia, son de difícil conocimiento

Colegio de Etnólogos Antropólogos Sociales, A. C. (CEAS) para la certificación de peritos”, *Boletín*, Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales, 2012, p. 11.

⁴ Gómez, Anahi Copitzky, “Los peritajes antropológicos como instrumentos para defensa de los afectados por la construcción de presas en México”, en AT y GL, *Estudios socioculturales del derecho. Desafíos disciplinares y defensa de derechos humanos*, Guadalajara, El Colegio de Jalisco, 2018.

⁵ Datri, Leonardo Ariel *et al.*, “Aplicación de los sistemas de información geográfica en la pericia ambiental: el caso del área natural protegida urbana Bardas Norte, Neuquén (Patagonia Argentina)”, *GeoFocus International Review of Geographical Information Science and Technology*, núm. 30, 2022, p. 7. <https://doi.org/10.21138/GF.743>

⁶ La participación de los expertos en los Informes Periciales Ambientales lo documenta: Cáceda, Silvia Janet, *Evaluación de peritajes ambientales en delitos ambientales investigados por las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental de Lima, Lima Norte y Ucayali-2019-2020*, tesis de maestría, 2023. <https://repositorio.uwiener.edu.pe/handle/20.500.13053/9208>

⁷ Tully, Gillian, *Forensic Science Regulator Annual Report*, 2020. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ff5c45fe90e0763aad8ca1c/FSR_Annual_Report_2019-2020_Issue_1.pdf

y generalmente están plagados de incertidumbre científica. La incertidumbre científica es una característica epistémica de los ecosistemas, si se define a estos como sistemas complejos.⁸ La complejidad de los ecosistemas se encuentra determinada por la diversidad de fenómenos que ocurren entre la naturaleza y la sociedad. Esta diversidad de interrelaciones se puede llegar a conocer en alguna medida; sin embargo, muchas de estas son parte de la incertidumbre científica —o desconocimiento científico— al que nos enfrentamos.

El reconocimiento de la incertidumbre científica de los ecosistemas justifica la pertinencia de considerar al conocimiento *extracientífico* en un peritaje ambiental. Un tipo de conocimiento que, aunque no cumple con el método científico para ofrecer evidencia jurídica, ofrece una experiencia vivencial que da cuenta de la realidad, por involucrar la interrelación de los ecosistemas con el ser humano que lo habita.

Por otra parte, el reconocimiento de la incertidumbre científica en los peritajes ambientales es útil en la medida de que el juez puede tener a la vista, no sólo las evidencias del daño ambiental una vez ocurrido, sino también la consideración de los daños futuros, con consecuencias irreversibles para el ser humano, y así, ofrecer la posibilidad de que el juez pueda tomar decisiones desde una perspectiva precautoria.

Con base en lo anterior, este documento tiene por objetivo proponer un peritaje ambiental novedoso. Que considere el conocimiento científico y el *extracientífico* para contender con la incertidumbre ambiental y de la salud humana que se presenta como consecuencia de desechar agua no tratada sobre el ecosistema de una comunidad semiurbana en el valle de San Luis Potosí, México. De esta manera, se aporta una estrategia para operativizar el “principio de precaución” en un contexto empobrecido y se abona a la justicia ambiental.

II. Incertidumbre ambiental y de la salud humana por desechar agua no tratada sobre el ecosistema

La ONU⁹ identifica que la urbanización es una de las principales razones por las que se requiere mayor infraestructura para tratar el agua desechada por las

⁸ Funtowicz, Silvio y Ravetz, Jerome, *La ciencia posnormal: ciencia con la gente*, Icaria, 2000.

⁹ ONU, Objetivos de desarrollo Sostenible, 2024. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

actividades humanas, como medida para procurar la sustentabilidad ambiental y el cuidado de la salud de las personas. Las aguas residuales de uso doméstico, conocidas como aguas grises, comprenden entre el 60% y el 75% de las aguas residuales municipales¹⁰ y se tratan de forma segura sólo el 58%.¹¹

Desechar aguas grises sobre los ecosistemas genera riesgos ambientales y amenazas a la salud humana. En términos generales, algunos de estos riesgos son ampliamente conocidos, si se toma como fuente de información el conocimiento científico existente. A partir de los informes técnicos y científicos se conoce, por ejemplo, que la contaminación de los nichos ecológicos por la intrusión de aguas grises es relacionada directamente con la prevalencia de enfermedades recurrentes como el cólera, la hepatitis, la disentería, la desnutrición y la gastroenteritis,¹² y que la prevalencia de estas enfermedades se da en mayor medida en los países pobres y regiones pobres de los países ricos, debido a que son lugares donde existe menor capacidad técnica e institucional para regular y controlar el desecho de aguas grises sobre el ecosistema.¹³

Este conocimiento tiene la particularidad de ser conocimiento general; debido a que, si se quisiera conocer los riesgos ambientales y humanos generados por la exposición de aguas grises sobre un ecosistema particular, se requeriría de estudios puntuales. Y, aunque existe una infinidad de éstos, cada uno de tales estudios tiene sus propios alcances, debido a que abordan sistemas socio-ecológicos complejos.

Los ecosistemas son *sistemas socio-ecológicos complejos*. Su complejidad deriva de que su funcionamiento generalmente se encuentra determinado por las múltiples y muy variadas interrelaciones que ocurren entre la matriz agua, tierra y aire, y por los factores sociales, económicos y jurídicos, como puede ser la pro-

¹⁰ Datos obtenidos en: Abdalla, Hadeer *et al.*, “Eco-efficiency analysis of integrated grey and black water management systems”, *Resources Conservation and Recycling*, Países Bajos, núm. 172, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2021.105681>

¹¹ Dato obtenido en: ONU, Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2023. <https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023>

¹² Reynolds, Kelly, “Tratamiento de aguas residuales en Latinoamérica”, *Agua Latinoamericana*, 2001. https://cidta.usal.es/cursos/edar/modulos/edar/unidades/LIBROS/documentos_nuevos/DeLaLaveSepOct02.pdf

¹³ UNESCO, *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2021*, 2021. https://www.pseau.org/outils/ouvrages/unesco_informe_mundial_de_las_naciones_unidas_sobre_el_desarrollo_de_los_recursos_hidricos_2021_el_valor_del_agua_datos_y_cifras_2021.pdf

piedad de la tierra, que se interrelacionan entre sí;¹⁴ y parte de estas interrelaciones multifactoriales se pueden llegar a conocer a cabalidad, pero otras se quedan en el área de la incertidumbre científica.

Por otra parte, aunque a nivel general se cuente con información sólida de algunos efectos negativos de las aguas no tratadas sobre el ecosistema y la salud humana, es común que, ante un delito ambiental, existan comunidades humanas afectadas que no puedan pagar por un diagnóstico puntual. Esta circunstancia que ocurre en algunos socio-ecosistemas agudiza la incertidumbre científica, aspecto que un juez o tribunal podría considerar en un contexto empobrecido. Esta circunstancia económica, es reconocida por el “principio de precaución”.

El “principio de precaución” se refiere a la obligación, por parte del Estado, de tomar acciones cuando haya peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, aunque no exista certeza científica absoluta; es un principio que asigna la carga de la prueba a quien pretende realizar la actividad riesgosa que pudiera contaminar el medio ambiente; de tal forma que exonera de la carga de la prueba al quejoso que puede resultar afectado. Sin embargo, cuando el daño ya ha sido ocasionado, el “principio de precaución” sirve “para determinar si hay o no responsabilidad, gravitando particularmente en dos elementos diversos: la culpa y el nexo de causalidad”.¹⁵ En el último caso, cuando el daño ya ha sido ocasionado, el conocimiento de los afectados ambientales es de gran utilidad.

III. El conocimiento de los afectados ambientales para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud

Los afectados ambientales son colectivos humanos que poseen conocimiento obtenido de la experiencia empírica por vivir fuera de los centros de poder económico.¹⁶ Su conocimiento se instituye al soportar las cargas y los costos de la

¹⁴ Urquiza, Anahí y Cadenas, Hugo, “Sistemas socio-ecológicos: elementos teóricos y conceptuales para la discusión en torno a vulnerabilidad hídrica”, *L'Ordinaire des Amériques*, núm. 218, 2015. <https://journals.openedition.org/orda/1774#:~:text=Dicho%20de%20manera%20simplificada%2C%20un,una%20praxis%20espec%3%ADfica%20y%20delimitada>

¹⁵ El alcance del Principio de Precaución, una vez que ya se cometió el delito ambiental se encuentra en: Prato, Enrico del, *Precaución y obligación*, Fondo Editorial, 2012. <https://doi.org/10.18800/9786124146244.003>

¹⁶ Martínez-Alier, Joan; Sejenovich, Héctor y Baud, Michiel, “El ambientalismo y eco-

contaminación que genera el desarrollo económico sobre el medio ambiente. El cuál es generalmente la base de su sustento.¹⁷

El conocimiento de los afectados ambientales tiene por característica la valoración del medio ambiente a partir de la regeneración de su biocapacidad, así como de la recuperación de los ciclos de la naturaleza libres de contaminación y desechos potencialmente peligrosos; es un tipo de conocimiento que, en contextos de mercantilización de los recursos ambientales fundamenta la materialidad efectiva del derecho humano a un medio ambiente sano y crea una nueva racionalidad jurídica a favor del medio ambiente y de la salud humana.¹⁸

De acuerdo con Sánchez Rubio, los colectivos humanos oprimidos y explotados por el sistema de producción capitalista, al oponerse a las injusticias de cualquier tipo, generan referencias de justicia. Un componente sustancial de los derechos humanos. Dicho de otro modo, los grupos oprimidos, al oponerse a las injusticias ofrecen elementos, políticos, económicos y modos de interrelación del ser humano con la naturaleza para alcanzar “una vida digna de ser vivida”.¹⁹

Ante el reclamo de justicia ambiental, los afectados ambientales ofrecen marcos de relación ética que el ser humano debe tener con el ecosistema para la reproducción saludable y sostenida de la vida humana y no humana.²⁰ La aportación de una racionalidad jurídica, basada en “anhelos de humanidad”,²¹ que

gismo latinoamericano”, en C. F. *et al.*, *Gobernanza ambiental en América Latina*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2015, pp. 39-42. http://portala.exactas.unlp.edu.ar/uploads/docs/martinez_alier.pdf

¹⁷ Walter, Mariana, “Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental”, *Boletín Ecos*, núm. 6, 2009, pp. 2-9. https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Boletin%20ECOS/Boletin%206/Conflictos%20ambientales_M.WALTER_mar09_final.pdf

¹⁸ Doroni, Georgina, “Costos ambientales-sociales en el marco de la mercantilización de los recursos naturales. Contextos de vulnerabilidad social-ambiental”, *Derecho global*, vol. 6, núm. 17, 2021, pp. 77-106. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i17.356>

¹⁹ Sánchez Rubio, David, “Algunos aportes del pensamiento de Franz Hinkelammert sobre la idea y la práctica de Derechos Humanos”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. 62, núm. 162, 2023, p. 106. <https://doi.org/10.15517/revfil.2023.53474>

²⁰ Leff, Enrique, “Political ecology: a Latin American perspective”, *Desenvolvimento e meio ambiente*, vol. 35, núm. 35, 2015, pp. 29-64.

²¹ Rosillo, Alejandro, “Los derechos humanos en la teología de Ignacio Ellacuría”, *Revista Latinoamericana de Teología*, vol. 27, núm. 79, 2010, p. 41. <https://revistas.uca.edu.sv/index.php/rlt/article/download/4927/4905>

considera el contexto ecológico dañado, sirve para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud humana por causa del desarrollo económico. Por otra parte, en América Latina es frecuente que los afectados ambientales sean también los pueblos originarios; a estos pueblos se les ha identificado como guardianes de la naturaleza,²² quienes poseen conocimientos tradicionales ecológicos; que han sobrevivido a la conquista y al neocolonialismo y puede dotar de alternativas para la preservación y remediación ambiental.

Tomar en cuenta el conocimiento de los afectados ambientales en un proceso judicial requiere de una metodología explícita. Los jueces y tribunales ambientales precisan saber cómo se obtiene el conocimiento para dar cuenta del delito ambiental, de la culpa y el nexo de causalidad del delito. Actualmente, ya existen algunos estudios que tienen por diseño metodológico la técnica de la entrevista directa a los afectados ambientales y a los fiscales especializados, así como la identificación del escenario de estudio para presentar un peritaje ambiental; dichos estudios consideran básicamente el contexto socio-ecológico dañado y las experiencias personales.²³ Al tomar en cuenta estos antecedentes, en el siguiente apartado se expondrá la metodología que se elaboró *expresso* para realizar el peritaje ambiental que toma en cuenta el conocimiento de los afectados ambientales de la comunidad de San Marcos en San Luis Potosí (SLP), México. También se presenta la zona de estudio, el cual ilustra el contexto socio-ecológico dañado.

IV. Metodología

1. La zona de estudio

La zona estudiada es la localidad de San Marcos (San Marcos Carmona), situada en el Municipio de Mexquitic de Carmona y en el cual viven 3,628 habitantes.²⁴

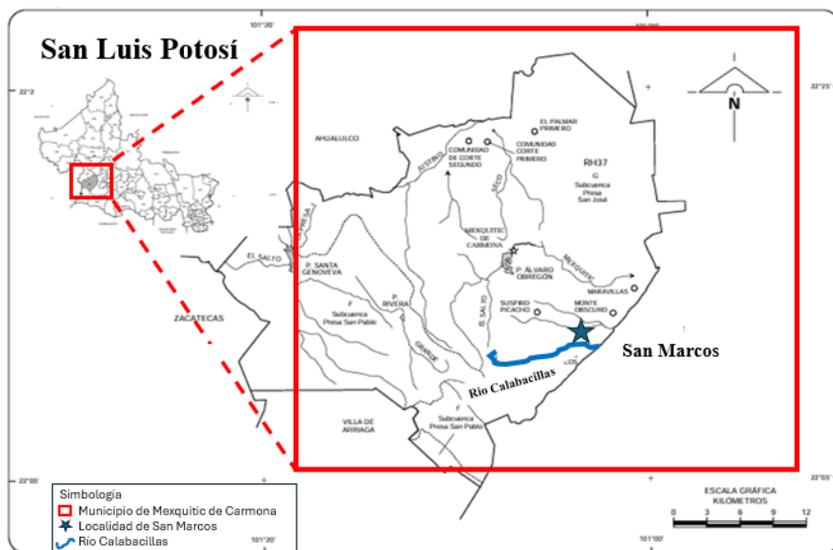
²² Hernández, Francisca, “Medio Ambiente Sano y Justicia Ambiental”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 5, núm. 9, 2018. <https://ri.ujat.mx/handle/20.500.12107/2497>

²³ Nos referimos al estudio de: Cáceda, Silvia Janet, *op. cit.*, y al estudio de Villanueva, Ana Eréndira y Cervantes, Esmeralda, “Vulnerabilidad social y clima extremo en estudios de América Latina 2000-2019”, *Tlalli Revista de Investigación en Geografía*, núm. 8, 2022, pp. 6-32. <https://doi.org/10.22201/ffyl.26832275e.2022.8.1801>

²⁴ Pueblos América, *San Marcos (San Marcos Carmona)*, México, 2023. <https://mexico.pue->

San Marcos Carmona se localiza en la zona conurbada de la ciudad de San Luis Potosí, México, y el Río Calabacillas corre a los pies de la comunidad (Figura 1).

Figura 1. Comunidad de San Marcos y Río Calabacillas



FUENTE: INEGI. Modificado de mapas obtenidos del Cuaderno Estadístico Municipal de Mexquitic de Carmona, San Luis Potosí, 2006.²⁵

La zona de estudio se constituye como un complejo entramado de relaciones socio-ecológicas que soporta cargas y costos de contaminación generados por el crecimiento urbano. La construcción de nuevos fraccionamientos habitacionales dentro de la comunidad generó un desequilibrio homeostático del ecosistema. Aspecto que afecta a los habitantes de la comunidad y pone en riesgo la biodiversidad de la zona.

En la zona de estudio predominan los matorrales, los bosques de encino y coníferas. En el matorral habitan la víbora de cascabel, halcón, calandria, liebre,

[blosamerica.com/i/san-marcos-san-marcos-carmona/](https://www.blosamerica.com/i/san-marcos-san-marcos-carmona/)

²⁵ INEGI, *Cuaderno Estadístico Municipal de Mexquitic de Carmona, San Luis Potosí*, México, 2006. <https://www.inegi.org.mx/app/biblioteca/ficha.html?pupe=702825006417>

Revista Latinoamericana de Derecho Social, vol. 21, núm. 41, julio-diciembre de 2025, pp. 339-361

Lizardi-Jiménez / Aguirre-García / Luevano Bustamante

El conocimiento de la comunidad como alternativa para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud por el agua no tratada. Una propuesta de peritaje ambiental

e-ISSN: 2448-7899

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19700>

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

gato montés, tlacuache, tejón y zorrillo. En los bosques de coníferas y encinos habitan el cacomixtle, ardilla voladora y cotorra serrana. También hay animales en peligro de extinción, como el perrito de la pradera, el águila, el armadillo, el venado y el tigrillo.²⁶ Además, la descarga de aguas residuales al Río Calabacillas y la construcción del puente vehicular en este generó problemas de salud y pérdida de bienestar social a la población de la comunidad de San Marcos, ya que esta comunidad depende material y culturalmente del río.²⁷

2. Entrevista directa a los afectados ambientales y el estado del arte

El estado del arte es una modalidad de la investigación documental que permite el estudio del conocimiento acumulado dentro de un área específica. Es considerada una metodología cualitativa-documental y crítico-interpretativa.²⁸ Para este peritaje ambiental, el estado del arte se efectuó en dos etapas: *a)* Se buscó en la plataforma de documentación científica de acceso libre, Google Académico, el conocimiento acumulado relativo a las afectaciones al ambiente y a la salud humana en la comunidad de San Marcos, por el desecho de aguas residuales; la búsqueda de conocimiento se realizó a partir de palabras claves en español y en inglés, y *b)* se buscó en la misma plataforma de documentación científica el mismo conocimiento científico, pero en otras geografías. El período de búsqueda fue de 2019 al 31 de octubre de 2024. El conocimiento de la etapa *b)* se utilizó para afrontar la incertidumbre científica de la etapa *b)*. Las entrevistas fueron presentadas en forma de hechos en el juicio de a187/2023, tramitado ante el Juzgado Tercero de Distrito en el Noveno Circuito con sede en San Luis Potosí y que consta en el expediente.²⁹ La metodología de entrevista directa se realizó a 4 afectados ambientales. Los hechos presentados en el juicio de ampa-

²⁶ INEGI, *Cuéntame San Luis Potosí, Territorio*, México, 2024. https://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/slp/territorio/recursos_naturales.aspx?tema=me&e=24

²⁷ Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, “Expediente en resguardo de la CLEUSLP”, *Río calabacillas de San Marcos Carmona, Mexquitic de Carmona, San Luis Potosí*, México, 2024.

²⁸ Gómez, Maricelly; Galeano, Catalina y Jaramillo, Dumar Andrey, “El estado del arte: una metodología de investigación”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2015, pp. 423-442. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212100>

²⁹ Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Expediente en resguardo de la CLEUSLP, *Río calabacillas de San Marcos Carmona...*, *cit.*

ro 187/2023, representan el conocimiento de la comunidad que se corroboró con el conocimiento científico existente de la etapa b).

Otra herramienta que se utilizó fue el “principio de precaución”, que prevé que

con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades y, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.³⁰

Este principio fue invocado por el Juez Tercero de Distrito en el Estado de San Luis Potosí, que otorgó una suspensión definitiva a la comunidad en la que ordenó a diversas autoridades, en particular, al Ayuntamiento de Mexquitic de Carmona, San Luis Potosí, la preservación de la integridad del Río Calabacillas.³¹

V. Resultados y discusiones

1. Estado del Arte en torno al problema ambiental y la salud, por el agua no tratada, en San Marcos y otras geografías, corroborado con los hechos presentados en el juicio de amparo 187/2023

Los hechos de los afectados ambientales de San Marcos, presentados en el juicio de amparo 187/2023 y, obtenidos a partir de entrevista directa se presentan con el subtítulo de “Testimonio”. Los resultados del estado del arte, fueron los siguientes:

Testimonio 1:

[...] con fecha de septiembre de 2016, comenzamos a percatarnos que el agua del “Río Calabacillas” no era la misma, puesto que siempre fue un agua muy clara, in-

³⁰ ONU, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

³¹ Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Expediente en resguardo de la CLEUSLP, *Río calabacillas de San Marcos Carmona...*, cit., p. 13.

cluso la usábamos para consumo propio. El agua se veía ensalitrada, con un olor appestoso, como si de aguas residuales se trataran, se le veía un color distinto, como verdoso y poco claro [...].³²

De la búsqueda sistemática con el motor de Google Académico se obtiene la información de la tabla 1.

Tabla 1. Resultados para los términos de inclusión: “aguas residuales” y “San Luis Potosí”; “wastewater” and “San Luis Potosí”; “aguas residuales” y “San Marcos Carmona”, y “wastewater” and “San Marcos Carmona”

Análisis del 31 de octubre de 2024		
Palabras de inclusión	URL	Resultados desde 2019 al 31/10/2024
“Aguas residuales” y “San Luis Potosí”	https://scholar.google.com.mx/scholar?q=aguas+residuales+y+san+luis+potos%C3%AD&hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024	Aproximadamente 8,440 resultados
“Wastewater” and “San Luis Potosí”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Cwastewater%E2%80%9D+and+%E2%80%9CSan+Luis+Potos%C3%AD%E2%80%9D&btnG=	Aproximadamente 1,920 resultados

³² Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, “Expediente en resguardo de la CLEUSLP”, *Juicio de amparo indirecto en materia ambiental, San Luis Potosí*, México, 13 de enero de 2023, p. 9.

<p>“Aguas residuales” y “San Marcos Carmona”</p>	<p>https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Caguas+residuales%E2%80%9D+y+%E2%80%9CSan+Marcos+Carmona%E2%80%9D&btnG=</p>	<p>3 resultados</p>
<p>“Wastewater” and “San Marcos Carmona”</p>	<p>https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Cwastewater%E2%80%9D+and+%E2%80%9CSan+Marcos+Carmona%E2%80%9D&btnG=</p>	<p>No coincide con ningún artículo publicado entre 2019 y 2024</p>

Los resultados obtenidos en la tabla 1 dan cuenta de que el tema de “aguas residuales” o “wastewater” (por su traducción al inglés) sí es estudiado en el estado de San Luis Potosí; sin embargo, es un tema poco analizado respecto a San Marcos Carmona. El resultado de la búsqueda arrojó 3 estudios puntuales para el nombre de “San Marcos Carmona”; pero, al hacer una revisión de cada uno de ellos, resultó que sólo 1 se refiere al tema, el estudio: “La percepción de los habitantes vecinos a los ríos de la Zona Metropolitana de San Luis Potosí: el caso del arroyo Calabacillas”, y el estudio no se encuentra disponible, lo que significa que tenemos incertidumbre científica respecto al tema de aguas residuales en la comunidad de San Marcos Carmona, pero no así en otras partes de San Luis Potosí.

Testimonio 2:

[...] Con fecha octubre de 2016, decidimos investigar el porqué de esta situación y nos enteramos que las fraccionadoras [...] tenían un mal sistema de drenaje, un mal manejo de aguas residuales a causa de unas fosas sépticas que tenían para el manejo de dichas aguas, las cuales se desbordaban en el Río Calabacillas; e incluso en el suelo de las casas y calles más cercanas, afectando también a las viviendas, y más en tiempos de lluvias que es cuando escurría el agua de las fosas de dichos fraccionamientos [...].³³

³³ *Idem.*

De la búsqueda sistemática con el motor de Google Académico se obtiene la información de la tabla 2.

Tabla 2. Resultados para los términos de inclusión: “aguas residuales” y “depositar” y “río”; “wastewater” and “depositing” and “river”; “aguas residuales” y “depositar” y “río calabacillas”; “wastewater” and “depositing” and “calabacillas river”

Análisis del 31 de octubre de 2024		
Palabras de inclusión	URL	Resultados desde 2019 al 31/10/2024
“Aguas residuales” y “depositar” y “río”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Caguas+residuales%E2%80%9D+y+%E2%80%9Cdepositar%E2%80%9D+y+%E2%80%9Cr%C3%ADo%E2%80%9D&btnG=	Aproximadamente 2,190 resultados
“Wastewater” and “depositing” and “river”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Cwastewater%E2%80%9D+and+%E2%80%9Cdepositing%E2%80%9D+and+%E2%80%9Criver%E2%80%9D&btnG=	Aproximadamente 4,800 resultados
“Aguas residuales” y “depositar” y “río calabacillas”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Caguas+residuales%E2%80%9D+y+%E2%80%9Cdepositar%E2%80%9D+y+%E2%80%9Cr%C3%ADo+calabacillas%E2%80%9D&btnG=	No coincide con ningún artículo publicado entre 2019 y 2024

<p>“Wastewater” and “depositing” and “calabacillas river”</p>	<p>https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=%E2%80%9Cwastewater%E2%80%9D+and+%E2%80%9Cdepositing%E2%80%9D+and+%E2%80%9Ccalabacillas+river%E2%80%9D&btnG=</p>	<p>No ha obtenido ningún artículo como resultado</p>
---	--	--

Los resultados obtenidos en la tabla 2 dan cuenta de que el tema de “aguas residuales”, relacionado con la palabra, “depositar” y “río” en español, arrojan aproximadamente 2,190 estudios; y en inglés, las mismas palabras arrojan aproximadamente 4,800 estudios; pero las mismas palabras, al cambiar la búsqueda para el “río calabacillas” no arrojó resultados; es decir, no se encontraron estudios científicos para el caso de estudio de contaminación del Río Calabacillas por depositar aguas residuales, lo que significa que tenemos incertidumbre científica respecto al tema, pero no así en otras geografías.

Testimonio 3:

[...] Con fecha de noviembre de 2016, comenzamos a notar los daños con mayor impacto, puesto que la calidad del agua iba empeorando gradualmente y se hacía notar en nuestra salud; gente de la comunidad empezó a tener brotes en la piel, como tipo salpullidos e incluso a algunos les llegó a picar el “mosquito del dengue”, puesto que este mosquito suele estar presente en cuerpos de aguas sucias y destapados [...].³⁴

De la búsqueda sistemática con el motor de Google Académico se obtiene la información de la tabla 3.

³⁴ *Ibidem*, p. 10.

Tabla 3. Resultados para los términos de inclusión: “aguas residuales” y “salpullido” y “dengue”; “wastewater” and “rashes” and “dengue”; “aguas residuales” y “salpullido” y “dengue” y “San Marcos Carmona”; “wastewater” and “rashes” and “dengue” and “San Marcos Carmona”

Análisis del 31 de octubre de 2024		
<i>Palabras de inclusión</i>	<i>URL</i>	<i>Resultados desde 2019 al 31/10/2024</i>
“Aguas residuales” y “salpullido” y “dengue”	https://scholar.google.com.mx/scholar?q=%E2%80%9Caguas+residuales%E2%80%9D+y+%E2%80%9Csalpullido%E2%80%9D+y+%E2%80%9Cdengue%E2%80%9D&hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024	7 resultados
“Wastewater” and “rashes” and “dengue”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Cwastewater%E2%80%9D+and+%E2%80%9Crashes%E2%80%9D+and+%E2%80%9Cdengue%E2%80%9D&btnG=	Aproximadamente 201 resultados
“Aguas residuales” y “salpullido” y “dengue” y “San Marcos Carmona”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Caguas+residuales%E2%80%9D+y+%E2%80%9Csalpullido%E2%80%9D+y+%E2%80%9Cdengue%E2%80%9D+y+%E2%80%9CSan+Marcos+Carmona%E2%80%9D&btnG=	No coincide con ningún artículo publicado entre 2019 y 2024
“Wastewater” and “rashes” and “dengue” and “San Marcos Carmona”	https://scholar.google.com.mx/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2019&as_yhi=2024&q=%E2%80%9Cwastewater%E2%80%9D+and+%E2%80%9Crashes%E2%80%9D+and+%E2%80%9Cdengue%E2%80%9D+and+%E2%80%9CSan+Marcos+Carmona%E2%80%9D&btnG=	No coincide con ningún artículo publicado entre 2019 y 2024

Los resultados obtenidos en la tabla 3 dan cuenta de que el tema de “aguas residuales” relacionado con las palabras “salpullido” y “dengue” en español, arroja aproximadamente 7 estudios, y en inglés, las mismas palabras arrojan aproximadamente 201 estudios. Sin embargo, las mismas palabras, no arrojaron resultados, al cambiar la búsqueda para “San Marcos Carmona”; es decir, no se encontraron estudios científicos para el tema de aguas residuales relacionadas con salpullido y dengue para el caso de estudio de la comunidad de San Marcos. Esto significa que tenemos incertidumbre científica respecto al tema, pero no así en otras geografías.

Los resultados obtenidos en las tablas 1, 2 y 3 fueron presentados en el peritaje ambiental. A partir de estos, se mostró al juez que existe evidencia científica de que, en la zona de estudio donde se cometió el daño ambiental, hay incertidumbre científica relevante que no permite determinar científicamente que el daño al ecosistema por desechos de agua no tratada al río Calabacillas en la comunidad de San Marcos Carmona es la causa de los daños al ecosistema y de la salud humana de los habitantes; pero, al mismo tiempo, se mostró que en otras geografías existe evidencia científica suficiente, que muestra las relaciones causales entre el desecho de agua no tratada y los daños al ecosistema y la salud humana. Esta evidencia ayudó a corroborar los testimonios presentados por los afectados ambientales en forma de hechos.

La información científica, junto a las pruebas empíricas presentada al juez, evidenció intereses vulnerados de alta valía para los afectados ambientales: la contaminación del Río Calabacillas y las afectaciones a la salud humana de población vulnerable. Esta evidencia, así presentada, es lo que constituye lo que Sánchez Rubio entiende como el “componente sustancial de los derechos humanos”, por oponerse a las injusticias que provoca el sistema de producción capitalista.

El anhelo de los afectados ambientales de vivir en una zona libre de desechos de agua contaminada que afecta la salud humana y que afecta el Río Calabacillas, el cual representa para ellos un bien común del cual dependen material y simbólicamente es, desde el punto de vista del derecho crítico de los derechos humanos, lo que da causa a la justicia. Para este peritaje ambiental, el conocimiento de los afectados ambientales se entiende como una herramienta de diagnóstico que sirve para develar las injusticias que causa el desarrollo capitalista en contextos concretos que se puede corroborar con conocimiento científico existente.

En este sentido, el “principio de precaución” representó para este peritaje ambiental una herramienta fundamental para ayudar al juez a considerar la falta de información científica, pero no así la falta de relaciones causales del daño ambiental, de tal manera que el juez, al convocarlo resolvió que “cuando la experiencia empírica refleja que una actividad es riesgosa para el medio ambiente, como sucede con el cauce de aguas negras o residuales a cielo abierto, resulta necesario adoptar todas las medidas necesarias para evitarlo o mitigarlo, aun cuando no exista certidumbre sobre el daño ambiental”.³⁵

La decisión del juez de incluir en el texto “la experiencia empírica” al convocar el “principio de precaución” da cuenta de cómo se valoró el conocimiento de los afectados ambientales para procurar justicia ambiental. Consideramos que esto genera jurisprudencia a favor de los afectados ambientales que luchan por el derecho humano a un medio ambiente sano, porque en ello se les va la vida propia y la de las generaciones futuras.

VI. Conclusiones

El peritaje ambiental es una herramienta jurídica de larga tradición que se utiliza como medio de prueba para procurar justicia ambiental. Tradicionalmente, son los científicos a partir de su conocimiento quienes respaldan un peritaje. Pero, dado que los ecosistemas, objeto de la pericia, se encuentran frecuentemente en países pobres, con sistemas socio-ecológicos en los cuales se ve comprometida la salud de las personas que habitan en él por causa de algún delito ambiental, el conocimiento de los afectados ambientales puede llegar a ser útil. En este peritaje ambiental, el conocimiento de los afectados ambientales resultó de utilidad para determinar a) la responsabilidad del delito, y b) el nexo de causalidad entre el desecho de aguas no tratadas y la contaminación del Río Calabacillas, así como, las afectaciones a la salud de los habitantes de la comunidad de San Marcos Carmona en San Luis Potosí, México.

La principal aportación del peritaje ambiental que se construye es el diseño de una ruta metodológica novedosa para que un juzgador —en este caso, el Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de San Luis Potosí— pudiera opera-

³⁵ Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, “Expediente en resguardo de la CLEUSLP”, *Río calabacillas de San Marcos Carmona...*, *cit.*

tivizar el “principio de precaución”; el peritaje muestra que, dado el contexto socioeconómico de los afectados ambientales, no estaban obligados a presentar prueba del delito, y sin embargo, gracias a su conocimiento empírico corroborado con conocimiento científico existente en otras geografías, sirvió como medio de prueba para mostrar el delito ambiental cometido. Esto significó que el conocimiento de la comunidad fuera por primera vez valorado como medio de prueba en un tribunal ambiental en el contexto de SLP.

Aunque el peritaje ambiental que se presenta en este documento es novedoso por utilizar el conocimiento de los afectados ambientales como medio de prueba pericial, sigue predominando la supremacía del experto. Este peritaje ambiental fue avalado por un experto; sin embargo, dado lo accesible del método que aquí se presenta, el peritaje bien podría ser avalado por los propios afectados ambientales.

Hasta ahora, el juez determinó una medida judicial relevante para la comunidad de San Marcos, ya que la demanda convenía por un lado el asesoramiento científico; pero, ante la incertidumbre científica, se considera como una novedad en esta interdisciplina, el conocimiento empírico y directo de los afectados ambientales, es decir, las personas afectadas ambientales. El peritaje que se elabora procura seguir los mismos lineamientos por lo que consideramos contribuirá a que la resolución final de cuenta de ambos elementos.

Más aún, si se considera que en México ya es constitucional el hacer del conocimiento científico un derecho humano, el derecho humano a la ciencia. Aunque consideramos que aún falta camino por recorrer para desterrar el colonialismo epistémico en los tribunales mexicanos, esperamos que este trabajo sirva de ejemplo en otros casos donde existan afectados ambientales empobrecidos y científicos comprometidos en la praxis de la justicia ambiental.

VII. Bibliografía

- Abdalla, Hadeer *et al.*, “Eco-efficiency analysis of integrated grey and black water management systems”, *Resources Conservation and Recycling*, Países Bajos, núm. 172, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2021.105681>
- Cáceda, Silvia Janet, *Evaluación de peritajes ambientales en delitos ambientales investigados por las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental de Lima, Lima Norte y*

- Ucayali-2019-2020*, tesis de maestría, 2023. <https://repositorio.uwiener.edu.pe/handle/20.500.13053/9208>
- Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, “Expediente en resguardo de la CLEUSLP”, *Río calabacillas de San Marcos Carmona, Mexquitic de Carmona, San Luis Potosí*, México, 2024.
- Clínica de litigio estratégico de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, “Expediente en resguardo de la CLEUSLP”, *Juicio de amparo indirecto en materia ambiental, San Luis Potosí*, México, 13 de enero de 2023.
- Datri, Leonardo Ariel *et al.*, “Aplicación de los sistemas de información geográfica en la pericia ambiental: el caso del área natural protegida urbana Bardas Norte, Neuquén (Patagonia Argentina)”, *GeoFocus International Review of Geographical Information Science and Technology*, núm. 30, 2022. <https://doi.org/10.21138/GF.743>
- Prato, Enrico del, *Precaución y obligación*, Fondo Editorial, 2012. <https://doi.org/10.18800/9786124146244.003>
- Doroni, Georgina, “Costos ambientales-sociales en el marco de la mercantilización de los recursos naturales. Contextos de vulnerabilidad social-ambiental”, *Derecho global*, vol. 6, núm. 17, 2021. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i17.356>
- Funtowicz, Silvio y Ravetz, Jerome, *La ciencia posnormal: ciencia con la gente*, Icaria, 2000.
- Gómez, Anahi Copitz, “Los peritajes antropológicos como instrumentos para defensa de los afectados por la construcción de presas en México”, en AT y GL., *Estudios socioculturales del derecho. Desafíos disciplinares y defensa de derechos humanos*, Guadalajara, El Colegio de Jalisco, 2018.
- Gómez, Maricelly; Galeano, Catalina, y Jaramillo, Dumar Andrey, “El estado del arte: una metodología de investigación”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212100>
- Hernández, Francisca, “Medio ambiente sano y justicia ambiental”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 5, núm. 9, 2018. <https://ri.ujat.mx/handle/20.500.12107/2497>
- INEGI, *Cuaderno Estadístico Municipal de Mexquitic de Carmona, San Luis Potosí*, México, 2006. <https://www.inegi.org.mx/app/biblioteca/ficha.html?upc=702825006417>

- INEGI, *Cuéntame San Luis Potosí, Territorio*, México, 2024. https://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/slp/territorio/recursos_naturales.aspx?tema=me&e=24
- Leff, Enrique, “Political ecology: a Latin American perspective”, *Desenvolvimento e meio ambiente*, vol. 35, núm. 35, 2015.
- Martínez-Alier, Joan; Sejenovich, Héctor y Baud, Michiel, “El ambientalismo y ecologismo latinoamericano”, en C. F. *et al.*, *Gobernanza ambiental en América Latina*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2015. http://portala.exactas.unlp.edu.ar/uploads/docs/martinez_alier.pdf
- ONU, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- ONU, Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2023. <https://unsstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023>
- ONU, Objetivos de desarrollo Sostenible, 2024. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>
- Prato, Enrico del, *Precaución y obligación*, Fondo Editorial, 2012. <https://doi.org/10.18800/9786124146244.003>
- Pueblos América, *San Marcos (San Marcos Carmona)*, México, 2023. <https://mexico.pueblosamerica.com/i/san-marcos-san-marcos-carmona/>
- Reynolds, Kelly, “Tratamiento de aguas residuales en Latinoamérica”, *Agua Latinoamericana*, 2001. https://cidta.usal.es/cursos/edar/modulos/edar/unidades/LIBROS/documentos_nuevos/DeLaLaveSepOct02.pdf
- Risinger, Michael, Denbeaux, Mark, y Saks, Michael, “Exorcism of ignorance as a proxy for rational knowledge: The case of handwriting identification expertise”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 137, 1989. <https://doi.org/10.2307/3312276>
- Rosillo, Alejandro, “Los derechos humanos en la teología de Ignacio Ellacuría”, *Revista Latinoamericana de Teología*, vol. 27, núm. 79, 2010. <https://revistas.uca.edu.sv/index.php/rlt/article/download/4927/4905>
- Sánchez Rubio, David, “Algunos aportes del pensamiento de Franz Hinkelammert sobre la idea y la práctica de derechos humanos”, *Revista de Filosofía de la universidad de Costa Rica*, vol. 62, núm. 162, 2023. <https://doi.org/10.15517/revfil.2023.53474>

- Tully, Gillian, *Forensic Science Regulator Annual Report*, 2020. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ff5c45fe90e0763aad8ca1c/FSR_Annual_Report_2019-2020_Issue_1.pdf
- UNESCO, *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2021*, 2021. https://www.pseau.org/outils/ouvrages/unesco_informe_mundial_de_las_naciones_unidas_sobre_el_desarrollo_de_los_recurso_hidricos_2021_el_valor_del_agua_datos_y_cifras_2021.pdf
- Urquiza, Anahí y Cadenas, Hugo, “Sistemas socio-ecológicos: elementos teóricos y conceptuales para la discusión en torno a vulnerabilidad hídrica”, *L'Ordinaire des Amériques*, núm. 218, 2015. <https://journals.openedition.org/orda/1774#:~:text=Dicho%20de%20manera%20simplificada%2C%20un,una%20praxis%20espec%C3%ADfica%20y%20delimitada>
- Valladares, Laura, “La importancia del peritaje cultural: avances, retos y acciones del Colegio de Etnólogos Antropólogos Sociales, A. C. (CEAS) para la certificación de peritos”, *Boletín*, Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales, 2012.
- Villanueva, Ana Eréndira y Cervantes, Esmeralda, “Vulnerabilidad social y clima extremo en estudios de América Latina 2000-2019”, *Tlalli Revista de Investigación en Geografía*, núm. 8, 2022. <https://doi.org/10.22201/ffyl.26832275e.2022.8.1801>
- Walter, Mariana, “Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental”, *Boletín Ecos*, núm. 6, 2009. https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Boletin%20ECOS/Boletin%206/Conflictos%20ambientales_M.WALTER_mar09_final.pdf

Cómo citar

IJ-UNAM

Lizardi-Jiménez, Manuel Alejandro, Aguirre-García, Gabriela Josefina, y Luevano Bustamante, Guillermo, “El conocimiento de la comunidad como alternativa para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud por el agua no tratada. Una propuesta de peritaje ambiental”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 339-361. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19700>

APA

Lizardi-Jiménez, M. A., Aguirre-García, G. J., y Luevano Bustamante, G. (2025). El conocimiento de la comunidad como alternativa para afrontar la incertidumbre científica ambiental y de salud por el agua no tratada. Una propuesta de peritaje ambiental. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 339-361. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.19700>

Informe

Informe. Seguridad social en México, 2024

Report. Social security in Mexico, 2024

Rapport. Sécurité sociale du Mexique, 2024

Gabriela Mendizábal Bermúdez

 <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>

Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México

Correo electrónico: mgabriela@uaem.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.20025>

RESUMEN: El Informe sobre Seguridad Social en México 2024 destaca avances importantes en este ámbito, particularmente en relación con las reformas a las pensiones. Se incrementaron los montos mínimos de las pensiones por vejez, lo que permitirá un ingreso más digno para algunas personas trabajadoras al momento de su jubilación. Además, se amplió la cobertura de seguridad social a sectores previamente excluidos, como las personas trabajadoras independientes, del campo y teletrabajadoras. Otro aspecto relevante fue el fortalecimiento de los derechos de las mujeres, con la ampliación de prestaciones por maternidad y viudez, así como la implementación de normativas para erradicar la brecha salarial de género. A pesar de estos avances, persisten desafíos en la sostenibilidad de las pensiones y la efectividad de los programas sociales, lo que exige esfuerzos constantes para garantizar una cobertura universal e inclusiva para todas las personas.

Palabras clave: seguridad social; derecho social familiar; derecho internacional de la seguridad social.

ABSTRACT: The 2024 social security report in Mexico highlights significant progress in this area, particularly in pension reforms. The minimum amounts for old-age pensions were increased, which will provide a more dignified income for some workers upon retirement. Additionally, social security coverage was expanded to previously excluded

sectors, such as independent workers, rural workers, and telecommuters. Another key aspect was the strengthening of women's rights, with the expansion of maternity and widow's benefits, as well as the implementation of regulations to eliminate the gender pay gap. Despite these advances, challenges remain in the sustainability of pensions and the effectiveness of social programs, requiring ongoing efforts to ensure universal and inclusive coverage for all people.

Keywords: social security; family social law; international social security law.

RÉSUMÉ: Le rapport sur la sécurité sociale au Mexique en 2024 met en évidence des progrès importants dans ce domaine, notamment en ce qui concerne les réformes des pensions. Les montants minimaux des pensions de vieillesse ont été augmentés, ce qui permettra à certaines travailleuses et certains travailleurs de bénéficier d'un revenu plus digne lors de leur retraite. De plus, la couverture de la sécurité sociale a été étendue à des secteurs précédemment exclus, tels que les travailleurs indépendants, les travailleurs agricoles et les télétravailleurs. Un autre aspect important a été le renforcement des droits des femmes, avec l'extension des prestations de maternité et de veuvage, ainsi que la mise en place de réglementations pour éradiquer l'écart salarial entre les sexes. Malgré ces progrès, des défis subsistent concernant la durabilité des pensions et l'efficacité des programmes sociaux, ce qui nécessite des efforts constants pour garantir une couverture universelle et inclusive pour toutes et tous.

Mots-clés: sécurité sociale; droit social de la famille; droit international de la sécurité sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto socioeconómico.* III. *Cambios en programas sociales.* IV. *Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Reformas legislativas.* VI. *Derecho internacional del trabajo y de la seguridad social.* VII. *Reflexiones a manera de conclusión.* VIII. *Fuentes de consulta.*

I. Introducción

El 2024 marcó a México con un incipiente crecimiento económico de 1.5%, a pesar del aumento constante hasta este año de las remesas y del salario, el cambio presidencial y las reformas en pensiones, vivienda, trabajadores del campo, y, al final del año, las reformas de género.

En materia política, por un lado, el último año de gobierno del polémico presidente Andrés Manuel López Obrador se destacó por la presentación de 19 iniciativas normativas, de las cuales la mayoría fueron aprobadas, lo que ge-

neró incluso modificaciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Algunas de estas reformas se concretaron después de la toma de protesta de la nueva presidenta. Los temas más relevantes abordados en estas reformas incluyen: derechos de indígenas y afrodescendientes, pensiones, prisión preventiva, bienestar animal, vivienda, atención médica gratuita, becas, trenes de pasajeros, reforma eléctrica, reforma electoral, judicial, de la Guardia Nacional y desaparición de los organismos autónomos. Por otro lado, Claudia Sheinbaum Pardo hizo historia al convertirse en la primera presidenta de México, tras ganar las elecciones del 2 de junio de 2024 con más del 59% de los votos. El 1o. de octubre de 2024 tomó protesta como presidenta constitucional del país.

Algunos de los principales cambios sociales que plantea su gobierno son concretar la reforma en materia de vivienda para las personas trabajadoras y la reforma en materia de bienestar, ambas impulsadas por su antecesor; también sobresale la inmediata reforma constitucional en materia de igualdad sustantiva, perspectiva de género, derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y erradicación de la brecha salarial por razones de género.

Su nombramiento ha traído como consecuencia el posicionamiento inmediato de los temas de género en las agendas públicas de todo el país, impacto que se aprecia no sólo en las normas jurídicas, sino también en la creación inmediata de algunas secretarías de la mujer en diversas entidades federativas y el fomento de programas sociales para mujeres, por mencionar algunos. Por lo que se empieza a concretar su lema: es tiempo de mujeres.

II. Contexto socioeconómico

La economía de México en 2024 ha experimentado un retroceso. El producto interno bruto (PIB), según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) creció sólo un 1.3% con respecto a 2023,¹ eso significa el peor incremento desde 2020, cuando la economía del país se contrajo un 8.5%² debido a

¹ INEGI, *Estimación Oportuna del Producto Interno Bruto Trimestral (EOPIBT)*, 2025, p. 2. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/pibo/pib_eo2025_01.pdf

² INEGI, *Producto interno bruto de México durante el cuarto trimestre de 2020*, 2021. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/pib_pconst/pib_pconst2021_02.pdf

la pandemia por COVID-19. Esta cifra ha quedado considerablemente por debajo de las expectativas. Por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional (FMI) había anticipado un crecimiento del 2.4%,³ al igual que el Banco Mundial, que proyectó un aumento del 2.3%,⁴ y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) proyectó para México un crecimiento económico del 2.5%.⁵ Pero la realidad se presenta aún peor, pues el Banco de México espera que el PIB solo crecerá un 0.6% en 2025.⁶

La reducción del crecimiento se observó principalmente en la debilidad de las actividades primarias que se contrajeron 4.1% en el año, como la agricultura y la ganadería, además de las actividades secundarias, como la construcción y la manufactura, que se contrajeron 2.0% en el año.⁷

Los principales ingresos de dólares para México en 2024 lo constituyeron las remesas, con 64.74 billones de dólares⁸ (\$ 1,316,922.83 MDP),⁹ lo que implicó un avance anual de 2.9% respecto al 2023; la inversión extranjera directa (IED) fue de 35.73 billones de dólares¹⁰ (\$ 726,890.58 MDP), colocándose México

³ Fondo Monetario Internacional, *La recuperación mundial es constante, pero lenta, y hay diferencias entre regiones, Proyecciones de crecimiento de perspectivas de la economía mundial*, 2024. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2024/04/16/world-economic-outlook-april-2024#Projections>

⁴ Banco Mundial, *Competencia ¿el ingrediente que falta para crecer?*, 2024, p. 14. <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/3d754af9-2d15-4353-9ab7-2bf8bceb899d/content>

⁵ CEPAL, *América Latina y el Caribe: proyecciones de crecimiento actualizadas para 2024*. https://www.cepal.org/sites/default/files/pr/files/tabla_actualizacion_proyecciones_pib_mayo-2024-esp.pdf

⁶ Rodríguez, Darinka, “La economía de México creció 1.2% en 2024, su peor desempeño desde 2020”, *El País*. <https://elpais.com/mexico/2025-02-21/la-economia-de-mexico-crecio-12-en-2024-su-peor-desempeno-desde-2020.html>

⁷ INEGI, *Economía y sectores productivos, por actividad económica, información general, producto interno bruto, cifras desestacionalizadas por grupo de actividades económicas*. <https://www.inegi.org.mx/temas/pib/>

⁸ Own elaboration based on Banco de México, *Reporte analítico*, México, 2025. <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?accion=consultarCuadro&idCuadro=CE81&locale=es>

⁹ El tipo de cambio utilizado para este informe es de 20.34 pesos mexicanos MXN = 1 USD, según datos del Banco de México actualizados al 21 de febrero de 2025, disponibles en Banco de México, *Tipo de Cambio*, México, 2025. <https://www.banxico.org.mx/tipocamb/main.do?page=tip&idioma=sp>

¹⁰ Gobierno de México, “Proyectos México. Oportunidades de inversión”, *¿Por qué Mé-*

como el noveno país a nivel mundial receptor de IED, aunque con un ingreso menor al del año pasado; las exportaciones de petróleo, con 28.42 billones de dólares¹¹ (\$578,184.84 MDP) de enero a diciembre de 2024, y el turismo extranjero, con 32,95 billones de dólares (\$ 670,331.14 MDP), 7.4% más comparado con 2023 y 34.1% más que 2019.¹²

En cuanto al empleo, según datos del INEGI, en diciembre de 2024 la población económicamente activa (PEA) en México alcanzó los 61.1 millones de personas, un incremento de 12,000 personas más respecto al tercer trimestre de 2023. La población ocupada alcanzó 59.5 millones de personas. La ocupación masculina disminuyó a 34.9 millones (-237,000), mientras que la femenina creció a 24.6 millones (+321,000).¹³

La población ocupada se distribuyó así: el sector comercial agrupó el 19.7%, lo que significa un incremento anual de 58,000 personas en relación con el tercer trimestre de 2023. En contraste, la industria manufacturera, que concentró el 16.2% de la población ocupada, sufrió una reducción de 122,000 personas. En el ámbito de la agricultura, ganadería, silvicultura, caza y pesca, se observó una disminución de 198,000 personas. Por su parte, los servicios diversos representaron el 10.4% del total de ocupados, con un aumento de 53,000 personas. En los servicios sociales, donde se concentró el 8.5% de la población ocupada, se registró un incremento de 213,000 personas. Asimismo, los restaurantes y servicios de alojamiento, que englobaron el 8.2% de las personas ocupadas, tuvieron un crecimiento de 175,000 personas. Finalmente, el resto de los sectores absorbieron el 25.8% de la población ocupada.¹⁴

xico?, *Flujos de IED*, México, 2025. <https://www.proyectosmexico.gob.mx/por-que-invertir-en-mexico/economia-solida/destino-de-inversion/>

¹¹ INEGI, *Información oportuna sobre la balanza comercial de mercancías de México, Cuadro 1: balanza comercial de mercancías de México*, México, 25 de enero de 2025, p. 1. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/comext_o/balcom_o2025_01.pdf

¹² Gobierno de México, Secretaría de Turismo, *Comunicado 26 /2025*, 2025. <https://www.gob.mx/sector/articulos/el-turismo-mexicano-rebasa-expectativas-con-el-ingreso-de-mas-de-32-mmdd-en-divisas-por-visitantes-internacionales-en-2024-7-4-mas-que-2023#:~:text=%2D%20La%20secretaria%20de%20Turismo%20de,y%2034.1%25%20m%C3%A1s%20que%202019>

¹³ INEGI, *Encuesta nacional de ocupación y empleo 2025*, México, p. 3. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/enoe/enoe2025_02.pdf

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

La tasa de desocupación representa el porcentaje de la PEA sin empleo, pero en búsqueda activa, situándose en 1.6 millones de personas en 2024. Esta situación significó el 2.6% de la PEA, porcentaje menor al del mismo trimestre de 2023 (2.7%). La población femenina desocupada sumó 625,000, lo que significó una reducción de 50,000 respecto al cuarto trimestre de 2023. La población masculina desocupada fue de 943,000, lo que se tradujo en 22,000 hombres desocupados menos.¹⁵

Por último, en relación con el salario mínimo, se puede informar que a partir del 1o. de enero de 2024 comenzó a aplicarse en el país un aumento del 20% en el salario mínimo, lo que resultó un pago diario de 248.93 pesos,¹⁶ es decir 12.24 dólares. Esto implica un incremento mensual adicional de 1,244.70 pesos (61.19 dólares) para las personas trabajadoras, estableciendo un salario mensual de 7,467.90 pesos (367.15 dólares), y en la frontera a 11,246.00 pesos (552.90 dólares).¹⁷

Como se puede observar, el panorama laboral muestra un avance en la inclusión femenina y un impulso al poder adquisitivo con el ajuste salarial, aunque persisten retos en la generación de empleo para hombres y la reducción de la población inactiva.

Y finalmente, en relación con la pobreza, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) mide este aspecto a nivel nacional cada dos años; sin embargo, al momento no se han revelado los datos de la última medición 2024, por lo que no hay información contundente que difiera de la reportada del año pasado.¹⁸

Por su parte, el valor de la canasta alimentaria¹⁹ mensual se estableció, en diciembre 2024, en 2,363.67 pesos (116.21 dólares) en el ámbito urbano, y

¹⁵ *Ibidem*, pp.10 y 11.

¹⁶ Banco de México, *Salarios Mínimos - (CL289)*, México, 2024. <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?sector=10&accion=consultarCuadro&idCuadro=CL289&locale=es>

¹⁷ Elaboración personal basada en Banco de México, *Salarios Mínimos - (CL289)*, *cit.*

¹⁸ Véase Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *Mexico: advances in the recognition of family rights in social security reported period: 2023*. https://www.mpsoc.mpg.de/fileadmin/user_upload/data/Sozialrecht/Publikationen/Schriftenreihen/Social_Law_Reports/SLR_6_2024_Mexico_AR.pdf

¹⁹ Conjunto de alimentos cuyo valor sirve para construir la línea de bienestar mínimo de una persona. Éstos se determinan de acuerdo con el patrón de consumo de un grupo de personas que satisfacen con ellos sus requerimientos de energía y nutrientes. CONEVAL, *Medición*

en 1,799.71 pesos (88.48 dólares) en el ámbito rural; mientras que el salario mínimo vigente mensual para el mismo periodo fue de 7,467.90 pesos (367.15 dólares) general, y de 11,246.70 pesos (552.94 dólares) en la frontera norte.²⁰

III. Cambios en programas sociales

La asistencia social en México cuenta con una gran cantidad de programas sociales que organizan y operan las secretarías de Estado. A nivel nacional, se cuenta con algunos en materia de atención a la salud, protección de los medios de subsistencia y calidad de vida. Los que perduran del sexenio anterior son los siguientes:

- 1) IMSS-Bienestar.
- 2) Beca para el Bienestar Benito Juárez de Educación Básica.
- 3) Beca Universal para el Bienestar Benito Juárez de Educación Media Superior.
- 4) Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores.
- 5) Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad.
- 6) Sembrando Vida.
- 7) Jóvenes Construyendo el Futuro.
- 8) Programa para el Bienestar de Niñas y Niños Hijos de Madres Trabajadoras.
- 9) La Escuela es Nuestra.
- 10) Producción para el Bienestar.
- 11) Bienpesca.
- 12) Fertilizantes para el Bienestar.
- 13) El Programa de Mejoramiento de Vivienda para el Bienestar del Gobierno de México.

de la pobreza. Glosario. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Glosario.aspx>

²⁰ Gobierno de México, Comisión Nacional de Salarios Mínimos, “Incremento a los Salarios Mínimos para 2024”, 2023. <https://www.gob.mx/conasami/articulos/incremento-a-los-salarios-minimos-para-2024#:~:text=El%20salario%20m%C3%ADnimo%20es%20la%20cantidad%20m%C3%ADnima%20recibida%20por%20jornada%20de%20trabajo.&text=El%20salario%20m%C3%ADnimo%20general%20pasa,Contesta%20nuestra%20encuesta%20de%20satisfacci%C3%B3n>

Los nuevos programas sociales que se presentaron en 2024 para empezar a funcionar en 2025 son:

1. Salud Casa por Casa

Es un programa que tendrá un enfoque preventivo para evitar problemas de salud o complicaciones; empezó a funcionar en febrero de 2025 y su objetivo es mejorar la calidad de vida de las y los adultos mayores, así como de las personas con discapacidad. Empleará a aproximadamente 21,500 profesionales de enfermería para realizar visitas domiciliarias periódicas, independientemente de si los beneficiarios están afiliados al IMSS, ISSSTE o algún otro sistema de salud. De manera complementaria, el programa incluirá un centro de apoyo telefónico disponible las 24 horas.²¹

2. Beca Universal para Educación Básica “Rita Cetina Gutiérrez”

Este apoyo está destinado a estudiantes de preescolar, primaria y secundaria en escuelas públicas, con el propósito de brindar asistencia económica a sus familias y asegurar la continuidad de los jóvenes en la educación. El programa se implementará de forma gradual y comenzó en las secundarias a inicios de 2025, y se extenderá a los otros niveles educativos. Cada familia recibirá un apoyo bimestral de 1,900 pesos por estudiante de secundaria, y si hay más de un hijo en este nivel, se añadirán 700 pesos adicionales por cada uno.²²

3. Pensión Mujeres Bienestar

La Pensión Mujeres Bienestar es un programa del gobierno de México dirigido a mujeres de entre 60 y 64 años, diseñado para otorgarles un apoyo económico y reconocer su trabajo no remunerado en labores domésticas y de cuidado familiar. Implementado por la administración de Claudia Sheinbaum, el programa empezó a operar en 2025, con un apoyo bimestral de 3,000 pesos. Inicialmente,

²¹ Secretaría del Bienestar, *Programas para el bienestar, salud casa por casa*, México, 2025. <https://programasparaelbienestar.gob.mx/salud-casa-por-casa/>

²² Secretaría del Bienestar, *Programas para el Bienestar, beca universal para educación básica “Rita Cetina Gutiérrez”*, México, 2025. <https://programasparaelbienestar.gob.mx/beca-universal-para-educacion-basica-rita-cetina-gutierrez/>

se beneficiará a mujeres de 63 y 64 años, para luego incorporar gradualmente a las demás. En municipios con mayoría indígena o afromexicana, todas las mujeres de 60 a 64 años recibirán el apoyo desde el inicio. Al cumplir 65 años, las beneficiarias pasarán al programa de Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores.²³

Como se puede observar, los programas sociales nuevos también van encaminados a atender las necesidades de personas en situación de vulnerabilidad, aunque uno específicamente está dirigido a las mujeres.

IV. Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La SCJN ha emitido diversas resoluciones que fortalecen la protección social y la equidad en México. A continuación se destacan algunas de las más relevantes:

1. Mínimo vital y pensiones por vejez

En este rubro se pueden citar tres resoluciones interesantes de la Corte en este periodo, que contribuyen a materializar el derecho al mínimo vital de las personas adultas mayores.

- a) El primero se presentó durante la etapa de ejecución de un juicio laboral para determinar el monto de una pensión por viudez decretada contra el IMSS. Como resultado de ello la Junta de Conciliación determinó el cálculo de su monto mediante el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC). Sin embargo, al recurrir la demandante, la Corte determinó que las pensiones deben igualarse al salario, ya que son ingresos asimilables al trabajo y deben recibir la misma protección. Si la pensión es menor, debe ajustarse al SMG garantizando el derecho al mínimo vital y asegurando ingresos dignos para los beneficiarios.²⁴

²³ Secretaría del Bienestar, *Programas para el bienestar, pensión mujeres bienestar*, México, 2025. <https://programasparaelbienestar.gob.mx/pension-mujeres-bienestar/>

²⁴ Tesis 2o.27 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, diciembre de 2024, p. 289.

- b) La ley de 1973 señala que los pensionados pueden solicitar créditos que se cubrirán con cargo a su pensión, por lo que los descuentos a unos pensionados eran demasiado altos y por ello demandaron al IMSS la seguridad económica en cuanto a la protección de sus ingresos. Al respecto, el tribunal laboral determinó que la ley no estipulaba cuánto se puede descontar de un salario, por lo que no hay seguridad en topes de descuentos, y con ello existía una incertidumbre la suficiencia del salario. Ante ello, el tribunal colegiado²⁵ resolvió que los descuentos realizados por el IMSS a las pensiones de los beneficiarios para cubrir créditos otorgados por entidades financieras no deben superar el 30% de la pensión mensual, y que la pensión no debía reducirse por debajo de la cantidad mínima garantizada basada en el salario mínimo; además, el plazo de pago de los créditos no debe exceder a los 60 meses; todo esto para proteger el salario de los pensionados y garantizar su derecho al mínimo vital y que su bienestar económico no se vean comprometidos.
- c) Compatibilidad de pensiones por riesgos de trabajo y cesantía en edad avanzada. Al respecto, la Corte reconoce el derecho de una pensionada, que demanda la inaplicación del artículo 125 de la Ley del Seguro Social (LSS) que establece que, la suma de dos pensiones compatibles —esto es, por cesantía en edad avanzada y riesgo de trabajo— no puede exceder del 100% del salario promedio del grupo mayor. Por lo que uno de los argumentos que proporciona la Corte es que las pensiones por cesantía y por riesgo de trabajo son independientes en su origen; es decir, la cesantía en edad avanzada se genera por el trabajo realizado por el trabajador, y la segunda por riesgos de trabajo se genera a consecuencia de un accidente o una enfermedad laboral y tienen fuentes de financiación distintas; la primera, con las contribuciones tripartitas, y la segunda, únicamente por el empleador. Por lo anterior, son compatibles y no excluyentes en su cuantía.²⁶

²⁵ Tesis VII.2o.T.42 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. IV, octubre de 2024, p. 539.

²⁶ Tesis VIII.1o.C.T.8 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. IV, junio de 2024, p. 4220.

2. Ampliación de cobertura de licencias de cuidados para hijos con cáncer

Desde junio de 2019, mediante la Ley Federal del Trabajo (LFT), la Ley del Seguro Social (LSS) y la Ley del Instituto Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE), se otorgan licencias por cuidados médicos a las madres o padres trabajadores asegurados que tengan hijos de hasta 16 años diagnosticados con cáncer de cualquier tipo por esos institutos de seguridad social. Estas licencias permiten a uno de los padres ausentarse de sus labores cuando el menor requiera de sus cuidados y/o apoyo en su tratamiento, sin detrimento económico y conservando sus derechos laborales.

Al respecto, la Corte se pronunció en dos ocasiones e interpretó los artículos aplicables de la LSS y del LISSSTE ampliando su alcance. Señaló que las normas limitativas discriminan injustificadamente, al restringir el beneficio de la licencia únicamente a casos de cáncer, ignorando la gravedad de otras enfermedades que también requieren cuidados médicos por parte de los padres.²⁷

También señaló en otra tesis que las disposiciones que limitan la licencia a un solo progenitor deben entenderse como una prohibición de su uso simultáneo, permitiendo que ambos padres puedan hacer uso de la licencia en periodos alternos o sucesivos.²⁸

3. Pensiones de viudez con perspectiva de género

El artículo 155, primer párrafo, de la LSS establece que la pensión por viudez se pierde al contraer matrimonio o vivir en concubinato. Sobre este tema la Corte estableció un criterio: cuando, debido al fallecimiento de su cónyuge, una mujer fue pensionada por viudez y sus hijos por orfandad; sin embargo, con posterioridad volvió a contraer nupcias, por lo que el IMSS le retiró la pensión, y le exigió además el pago de lo indebido. La SCJN confirmó la inconstitucionalidad del referido artículo, destacando que esta norma perpetuaba desigualdades de género, afectando desproporcionadamente a las mujeres y, en consecuencia,

²⁷ Tesis 2a./J. 47/2024, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, septiembre de 2024, p. 1350.

²⁸ Tesis 2a. I/2024, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, septiembre de 2024, p. 1455.

se determinó que pueda conservar su pensión independientemente de su estado civil.²⁹

4. Ampliación de cobertura a través de medidas precautorias

Una persona que se encontraba ante el tribunal laboral por un conflicto con su empleador demandó, mediante amparo directo, la medida cautelar no prevista en la legislación aplicable, consistente en la continuidad de la prestación de servicios de seguridad social hasta que se resolviera el conflicto, al haberse acreditado que tanto la persona trabajadora como su hija menor de edad tenían diversos padecimientos de salud.

A fin de lograr la máxima protección de los derechos reconocidos en los artículos en la CPEUM y garantizar la máxima medida posible de supervivencia y desarrollo de las personas menores de edad y procurar el más alto nivel de salud, la Corte otorgó las medidas cautelares, y ordenó la continuidad de la prestación de los servicios de seguridad social.³⁰

V. Reformas legislativas

Las reformas legislativas de 2024 están transformando poco a poco a la seguridad social en México, ampliando derechos en pensiones, vivienda y derecho social familiar, es decir, prestaciones con perspectiva de género y que benefician a las familias, y no sólo a las y los trabajadores. Destacan también, la creación del Fondo de Pensiones para el Bienestar, la inclusión de trabajadores independientes en el IMSS y para los trabajadores del campo y teletrabajadores. Aunque buscan mayor protección social, han generado debates legales y desafíos en su aplicación.

²⁹ Tesis 2a./J. 91/2024, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. I, octubre de 2024, p. 407.

³⁰ Tesis 2o.18 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. V, febrero de 2024, p. 4670.

1. Reformas a las pensiones por vejez

El 1o. de mayo del 2024 se expidió el decreto presidencial del Fondo de Pensiones para el Bienestar, que incluía dos reformas importantes:

La primera, puesta en marcha en 2024, pretende que los trabajadores pudieran pensionarse con el 100 % de su salario percibido antes de su jubilación, siempre y cuando fuera igual o menor al monto mensual de 16,777.00 MXN (824.83 USD).³¹

La segunda reforma establece detalles para la creación del Fondo de Pensiones para el Bienestar como un fideicomiso público, gestionado por el Banco de México, bajo la supervisión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Su objetivo era brindar al IMSS y al ISSSTE los recursos económicos necesarios para que las personas trabajadoras que alcanzaran los 65 años de edad y cuya pensión sea menor a 16,777.00 pesos, reciban un complemento para alcanzar dicho monto, que además deberá actualizarse el 1o. de enero de cada año, de acuerdo con la inflación estimada para el año correspondiente. Posteriormente, el 30 de abril de 2024 se creó oficialmente dicho fondo, mediante una serie de reformas jurídicas a diversas leyes de seguridad social y hacienda.³²

El Fondo de Bienestar se conforma de las incautaciones del Instituto para Devolver al Pueblo lo Robado; de los recursos del proceso de liquidación de Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero; de las utilidades de entidades paraestatales como el Aeropuerto Internacional Felipe Ángeles (AIFA) y el Tren Maya, y además, obligará a las AFORE a transferir

³¹ Presidencia de la República, “Decreto del Fondo de Pensiones para el Bienestar”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5725285&fecha=01/05/2024#gsc.tab=0

³² Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, y del Decreto por el que se extingue el organismo público descentralizado denominado Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, y se abroga su Ley Orgánica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2023, para la creación del Fondo de Pensiones para el Bienestar”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5725265&fecha=30/04/2024#gsc.tab=0

al Fondo de Pensiones para el Bienestar los recursos de los trabajadores a partir de los 70 años de edad que no hayan solicitado la devolución de los saldos de sus subcuentas de retiro, cesantía en edad avanzada y vivienda. Se espera recolectar un total de 40,000 millones de pesos (2,36 billones de USD)³³ por este medio. Lo anterior representa una clara violación de los derechos adquiridos de las personas trabajadoras, pues son cuentas de ahorro individuales. Aunque el decreto ya entró en vigor, la controversia que generó aún está en discusión por las barras de abogados y se encuentran en curso amparos y se prevén otras medidas jurídicas.

2. Reforma al Seguro de vivienda

Se trata de una reforma integral al tema de la prestación por vivienda, en la que lo mismo se hicieron cambios al seguro de vivienda de los trabajadores que para las personas con discapacidad y personas adultas mayores; se ha desarrollado a lo largo de todo el 2024 y aún continúan en 2025. Dentro de las principales reformas destacan las siguientes:

- 1) El Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) ajustó las cuatro nuevas “Condiciones Generales de Contratación del INFONAVIT en su versión 1.0, que establecen las reglas para otorgar créditos hipotecarios a trabajadores derechohabientes con o sin relación laboral vigente”,³⁴ para establecer créditos que pueden destinarse a pagar adeudos con entidades financieras o el Infonavit y poder para adquirir vivienda o suelo; asimismo, para construir, reparar, ampliar o mejorar inmuebles destinados a la vivienda. También se reformó su estatuto orgánico,³⁵ su código de ética —se incluyó el cuidado del medio ambien-

³³ González, Luis Miguel, Badillo, Diego y Pérez, Maritza, “Alimentar Fondo del Bienestar con pensiones implicaría tomar hasta 40,000 millones de pesos de cuentas de trabajadores: Guillermo Zamarripa”, México, *El Economista*, 2024. <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Alimentar-Fondo-del-Bienestar-con-pensiones-implicaria-tomar-hasta-40000-millonos-de-pesos-de-cuentas-de-trabajadores-Guillermo-Zamarripa-20240410-0129.html>

³⁴ Secretaría de Gobernación, “Resolución por la que se modifican las Reglas para el Otorgamiento de Créditos a los Trabajadores Derechohabientes del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715930&fecha=02/02/2024#gsc.tab=0

³⁵ Secretaría de Gobernación, “Resolución por la que se reforma el Estatuto Orgánico

te—³⁶ y los lineamientos para el uso de la firma electrónica,³⁷ de transparencia y protección de datos³⁸ y para hacer más eficiente el proceso. Dentro de las citadas reformas, en su estatuto se adicionó que se deberá fomentar la aplicación de prácticas en materia de igualdad, inclusión, no discriminación y respeto a los derechos humanos para prevenir el hostigamiento y acoso sexual y laboral; promover la igualdad laboral en el acceso al empleo, el desarrollo profesional, la capacitación y la promoción.

- 2) El Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Fovissste) aumentó el monto de sus créditos para vivienda, y ahora otorgará créditos para la autoconstrucción y renovación de vivienda.³⁹
- 3) Se reformó la Ley de Vivienda, la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores y la Ley General para la Inclusión de las Personas con

del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5716058&fecha=06/02/2024#gsc.tab=0

³⁶ Secretaría de Gobernación, “Aviso por el que se hacen del conocimiento del público en general las modificaciones al Código de Ética del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, aprobadas por la H. Asamblea General en la Sesión Ordinaria número 128, celebrada el 14 de diciembre de 2023”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5716309&fecha=07/02/2024#gsc.tab=0

³⁷ Secretaría de Gobernación, “Acuerdo del H. Consejo de Administración del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores por el que se aprueban los Lineamientos para el uso de la Firma Electrónica Avanzada como Organismo Fiscal Autónomo cuyo certificado digital sea emitido por el Servicio de Administración Tributaria, en las actuaciones y los actos inherentes al ejercicio de atribuciones legales y reglamentarias, así como de los procesos que realice el personal facultado del Infonavit en su carácter de Organismo Fiscal Autónomo”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5728199&fecha=23/05/2024#gsc.tab=0

³⁸ Secretaría de Gobernación, “Acuerdo por el que se aprueban las modificaciones a los Lineamientos de Transparencia, Acceso a la Información, Archivos y Protección de Datos Personales del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5729320&fecha=03/06/2024#gsc.tab=0

³⁹ Gobierno de México, Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, *Aumentará Fovissste montos para entrega de créditos en 2024*, México, 2023. <https://www.gob.mx/fovissste/articulos/aumentara-fovissste-montos-para-entrega-de-creditos-en-2024-353461?idiom=es#:~:text=%2D%20Con%20la%20finalidad%20de%20atender,vocal%20ejecutivo%2C%20C%3%A9sar%20Buenrostro%20Moreno>

Discapacidad,⁴⁰ con el objetivo de mejorar las condiciones de vivienda y del acceso a créditos para vivienda propia de las personas mayores y con discapacidad, promoviendo la accesibilidad, la adecuación y la sustentabilidad. Para ello, se estableció en la Ley de Vivienda la construcción de estos inmuebles con espacios adecuados, servicios básicos, seguridad estructural, respetando los recursos naturales y se creó la Comisión Nacional de Vivienda como responsable de coordinar las políticas públicas.

- 4) Inclusión de una fracción al artículo 123 de la CPEUM⁴¹ que, en resumen, señala que toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo debe, según la ley, garantizar viviendas adecuadas a sus personas trabajadoras mediante aportaciones al Fondo Nacional de la Vivienda, creando depósitos a su favor. Este fondo impulsará un sistema de vivienda social, ofreciendo créditos accesibles para adquirir, mejorar o construir vivienda, y para adquirir suelo también. Se establecerá un organismo administrativo con representantes del gobierno federal, trabajadores y empleadores, que administre los recursos del fondo, regulando el acceso a créditos y viviendas en arrendamiento social, cuyo pago no superará el 30% del salario. Se priorizará a quienes hayan aportado continuamente y no tengan vivienda propia, evitando injerencias arbitrarias.

3. Derecho social familiar

Además de las normas que se revisaron, como el estatuto orgánico del informe y la reforma constitucional, se pueden resaltar algunas otras que impactan en mejorar la equidad de género y la calidad de vida de las familias. Dentro de estas, destacan los temas que se mencionan a continuación.

⁴⁰ Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Vivienda, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores y de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5730591&fecha=14/06/2024#gsc.tab=0

⁴¹ Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforma y adiciona la fracción XII del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de vivienda para las personas trabajadoras”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5744206&fecha=02/12/2024

A. Normas para erradicar la brecha salarial

El 16 de diciembre de 2024, se publicó el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional (LFTSE),⁴² en materia de erradicación de la brecha salarial por razones de género; con esta se obligó al Estado a erradicar las prácticas retributivas desiguales conforme establece la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, lo que tendrá impactos seguramente en las legislaciones laborales y de seguridad social también.

B. Igualdad de prestaciones por maternidad en caso de adopción

Las prestaciones por maternidad en México reconocen como hecho generador de las prestaciones únicamente el nacimiento biológico, por lo que de manera histórica se reforma la ley que rige el trabajo de los servidores públicos (LFTSE), ampliando la cobertura en caso de adopción. Con ello, las personas trabajadoras tendrán derecho a los permisos maternos y paternos previstos en la normatividad aplicable.⁴³

C. Partería tradicional

La partería tradicional en México ha tenido un avance lento en el reconocimiento institucional y educativo. Durante mucho tiempo, su práctica fue vista más como un saber ancestral o una labor comunitaria que como una profesión formal. A pesar de su relevancia histórica en el cuidado materno y neonatal, especialmente en comunidades rurales e indígenas, la falta de programas educativos y certificaciones oficiales limitó su legitimación en el ámbito de la salud.

⁴² Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, en materia de erradicación de la brecha salarial por razones de género”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5745425&fecha=16/12/2024#gsc.tab=0

⁴³ *Idem.*

Afortunadamente, el 25 de marzo de 2025 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) un decreto que reformó la Ley General de Salud para reconocer y proteger la partería tradicional en México.⁴⁴ La reforma garantizó que esta práctica ancestral sea realizada en condiciones dignas, sin requerir certificación de instituciones de salud, y permitió a las parteras expedir certificados de nacimiento, siempre que el documento sea comprensible y respete la identidad cultural de cada grupo originario.

Además, el 18 de julio de 2024, se emitió la Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-020-SSA-2024,⁴⁵ que estableció criterios para la práctica de la partería profesional en la atención integral materna y neonatal en establecimientos públicos, privados y sociales. Entre sus puntos clave destacan: el reconocimiento de casas de partería con pertinencia cultural, la diferenciación entre parteras profesionales —formadas académicamente— y parteras tradicionales —pertenecientes a comunidades indígenas, afroamericanas o rurales—, la obligación de registrarse en el Registro Nacional de Personas que Brindan Servicios de Partería Profesional, y el cumplimiento de disposiciones para establecimientos vinculados al Sistema Nacional de Salud.

Sin duda, se trata también de un avance en el reconocimiento de las actividades de las mujeres, en favor de las propias mujeres.

4. Ampliación de cobertura de aseguramiento social

A. Incorporación de personas trabajadoras independientes

El 28 de mayo se publicó el acuerdo número ACDO.AS2.HCT.300424/82.P.DIR⁴⁶ por el que se aprobaron las reglas de carácter general pa-

⁴⁴ Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de partería tradicional”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5721551&fecha=26/03/2024#gsc.tab=0

⁴⁵ Secretaría de Gobernación, “Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-020-SSA-2024, para establecimientos de salud y para la práctica de la partería, en la atención integral materna y neonatal”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5733911&fecha=18/07/2024#gsc.tab=0

⁴⁶ Instituto Mexicano del Seguro Social, “Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.300424/82.P.DIR, dictado por el H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro

ra la incorporación voluntaria al Régimen Obligatorio del Seguro Social de las personas trabajadoras independientes o por cuenta propia (PTI), así como su Anexo Único.

Las nuevas disposiciones permiten que las personas independientes se afilien directamente al IMSS, con la facilidad de realizar el trámite hasta el 20 de cada mes, comenzando la cobertura el primer día del mes siguiente. En cuanto a las cuotas obrero-patronales, estas podrán pagarse de manera anticipada con opciones mensuales, bimestrales, semestrales o anuales.

Además, las personas incorporadas tendrán acceso al INFONAVIT mediante aportaciones de vivienda, basadas en el ingreso reportado (conforme al artículo 251, fracción XIV de la LSS). El acuerdo también contempla la simplificación de trámites administrativos, la implementación de medidas tecnológicas y la capacitación para facilitar el uso y la mejora de los servicios, promoviendo así un acceso más ágil y eficiente a los beneficios del seguro social para trabajadores independientes.

Un avance significativo de este acuerdo es que amplía la cobertura a las personas mexicanas en el extranjero, quienes podrán incorporarse al Régimen Obligatorio del Seguro Social como PTI y asegurar a sus beneficiarios. Para ello deberán pagar las cuotas obreras y patronales de los seguros de enfermedades y maternidad; de riesgos de trabajo; de invalidez y vida; de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como de guarderías y prestaciones sociales. De la misma forma, las y los extranjeros en México podrán incorporarse a este régimen, junto con sus beneficiarios. En ambos casos se les otorgará cobertura integral de seguridad social en territorio nacional.

B. *Trabajadores del campo*

En 2024 se implementaron cuatro reformas clave en México para mejorar las condiciones laborales de las personas trabajadoras del campo, una actividad precaria por las condiciones en las que se desarrolla.

Social en sesión ordinaria celebrada el 30 de abril de 2024, por el que se aprobaron las Reglas de carácter general para la incorporación voluntaria al Régimen Obligatorio del Seguro Social de las personas trabajadoras independientes o por cuenta propia, así como su Anexo Único; que entrarán en vigor el 29 de mayo de 2024”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5728817&fecha=28/05/2024#gsc.tab=0

La más importante fue la reforma al artículo 27 constitucional,⁴⁷ del 2 de diciembre, que introdujo los siguientes cambios: el Estado garantizará un salario justo, seguro y permanente a campesinos que cultiven árboles frutales, maderables y especies para procesamiento, además de brindar apoyo anual directo y fertilizantes gratuitos a pequeños productores y pescadores; también se establecerán precios de garantía para maíz, frijol, leche, arroz y trigo panificable.

Anteriormente, el 24 de enero, se publicó en el *DOF* un decreto que reformó la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social,⁴⁸ que ahora regula las condiciones de contratación, garantiza el acceso a la seguridad social y establece salarios mínimos profesionales. Se definió a la persona trabajadora del campo, diferenciando entre trabajadores temporales y permanentes, y se estableció la obligación del patrón de inscribirlos al seguro social. Además, la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (CONASAMI) deberá fijar salarios específicos, y los inspectores laborales realizarán visitas periódicas.

La reforma también modificó la Ley del Seguro Social, en su artículo 50. fracción XIX, y agregó la categoría de persona trabajadora del campo temporal, el tipo de contratación por obra, tiempo determinado o por temporada y establece que si un trabajador permanece 27 semanas continuas deberá ser considerado como permanente.

Posteriormente, el 25 de enero, se ratificó la Norma Oficial Mexicana NOM-003-STPS-2023,⁴⁹ que establece lineamientos de seguridad y salud para actividades agrícolas. Esta norma aborda el uso de agroquímicos, maquinaria, vehículos, herramientas y equipos agrícolas, cubriendo desde la preparación del terreno hasta el empaque de productos. Entre sus aspectos más importantes destacan

⁴⁷ Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 40. y 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de bienestar”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5744205&fecha=02/12/2024#gsc.tab=0

⁴⁸ Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se adicionan distintas disposiciones a la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de derechos laborales de las personas trabajadoras del campo”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715043&fecha=24/01/2024

⁴⁹ Secretaría de Gobernación, “Norma Oficial Mexicana NOM-003-STPS-2023, Actividades agrícolas-Condición de seguridad y salud en el trabajo”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715162&fecha=25/01/2024#gsc.tab=0

la responsabilidad del patrón para identificar peligros, proporcionar equipo de protección y establecer medidas de seguridad.

Finalmente, el 26 de diciembre se extendieron los beneficios fiscales para patrones y trabajadores eventuales del campo.⁵⁰ Este decreto mantiene un estímulo fiscal, que exime del pago de cuotas obrero-patronales en un monto equivalente a la diferencia que resulte entre la suma de las cuotas obrero-patronales de los seguros de riesgos de trabajo; de enfermedades y maternidad; de invalidez y vida, y de guarderías y prestaciones sociales, y 3.3 veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización⁵¹ vigente, siempre y cuando el salario base de cotización sea superior al citado valor.

C. Personas teletrabajadoras

El 22 marzo de 2024, se publicó en el *DOF* el Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.270224/37.P.DIR, emitido por el H. Consejo Técnico del IMSS, que introduce el Criterio número 01/2024/NV/SBC-LSS-27-I;⁵² este acuerdo esta-

⁵⁰ Secretaría de Gobernación, “Decreto que modifica el diverso por el que se otorgan beneficios fiscales a los patrones y trabajadores eventuales del campo, publicado el 24 de julio de 2007”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746163&fecha=26/12/2024#gsc.tab=0

⁵¹ Cabe mencionar que el 27 de enero de 2016, por decreto publicado en el *DOF*, el valor de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) se creó para remplazar el salario mínimo como unidad de cálculo, índice, base y medida o referencia para determinar el monto para el pago de obligaciones y cargas en las leyes Federales, Estatales y del Distrito Federal y sus disposiciones legales. Una UMA es inferior al salario mínimo diario y se utiliza, entre otras cosas, para fijar el monto de las pensiones. Por ejemplo, en 2025, el salario mínimo actual por día es de 278.80 MXN o 13.71 USD, mientras que una UMA equivale a solo 113.14 MXN o 5.56 USD. Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Los salarios mínimos vigentes a partir del 1 de enero de 2025”, *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.gob.mx/conasami/articulos/se-publican-en-el-diario-oficial-de-la-federacion-los-salarios-minimos-vigentes-a-partir-del-1-de-enero-de-2025>; INEGI, *UMA*. <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>

⁵² Instituto Mexicano del Seguro Social, “Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.270224/37.P.DIR, dictado por el H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social en sesión ordinaria celebrada el 27 de febrero de 2024, por el cual se aprobó el Criterio número 01/2024/NV/SBC-LSS-27-I, a efecto de precisar que las prestaciones en materia de teletrabajo derivadas de obligaciones patronales de proporcionar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo, así como de asumir los costos derivados de la citada modalidad de trabajo especial -incluyendo, en su caso, el pago de servicios de telecomunicación y la parte proporcional de electricidad-, no forman parte de los conceptos que integran el salario base de cotización, en términos de la exclusión prevista en el artículo 27,

blece que las prestaciones relacionadas con la modalidad de teletrabajo, como la provisión, instalación y mantenimiento de equipos necesarios y los costos asociados, no formarán parte del Salario Base de Cotización (SBC), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 330 E de la Ley Federal del Trabajo.

La ley estipula que es responsabilidad del empleador cubrir gastos como los servicios de telecomunicaciones y la parte proporcional de la electricidad, garantizando que el teletrabajo no sea usado como un pretexto para reducir sus obligaciones, incluidas las cuotas de seguridad social.

El acuerdo tiene como propósito evitar que los empleadores aprovechen el teletrabajo para disminuir sus responsabilidades legales, asegurando la protección de los derechos laborales y sociales de los empleados. En caso de incumplimiento, se considerará una práctica fiscal indebida, tanto para el empleador, como para la persona asesora que colabore en la implementación de estas prácticas.

Esta medida fortalece la seguridad social de quienes laboran en modalidad remota, promoviendo un entorno laboral más justo y evitando posibles abusos en el marco de las nuevas dinámicas laborales.

5. Personas con discapacidad

En 2024, en México se implementaron tres reformas significativas para las personas con discapacidad. Primero, se introdujo el Certificado Electrónico de Discapacidad (CEDIS),⁵³ que debe ser expedido gratuita y exclusivamente por profesionales médicos autorizados. Esta medida reemplaza los métodos tradicionales de certificación, agilizando el proceso y permitiendo su registro en el Subsistema de Información sobre Discapacidad del Sistema Nacional de Información en Salud (SINAIS).

Segundo, se modificó la Norma Oficial Mexicana NOM-039-SSA-2023⁵⁴ para establecer el procedimiento de evaluación de discapacidad, en la que los profesionales de la salud identifican barreras ambientales, evalúan la salud y

fracción I, de la Ley del Seguro Social, así como su Anexo Único”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5721189&fecha=22/03/2024#gsc.tab=0

⁵³ Secretaría de Gobernación, “Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer el formato de Certificado Electrónico de Discapacidad”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715917&fecha=02/02/2024#gsc.tab=0

⁵⁴ Secretaría de Gobernación, “Norma Oficial Mexicana NOM-039-SSA-2023, En ma-

las deficiencias corporales, asignando un puntaje sobre 100 para determinar la elegibilidad del certificado (requiriendo un mínimo del 25 % de discapacidad). Estas reformas buscan garantizar atención médica adecuada, optimizar los procesos de y proporcionar herramientas esenciales para los profesionales de la salud, todo en conformidad con la Ley General de Salud y la Clasificación Internacional del Funcionamiento.

Tercero, se modificó la redacción del artículo 4o. constitucional para delimitar la obligación del Estado en la federación y las entidades federativas para garantizar la entrega de una pensión no contributiva a las personas con discapacidad permanente menores de 65 años (posteriormente les corresponde la pensión de adultos mayores). Si bien la pensión ya se incluía en la CPEUM, no se delimitaba quién era responsable, dividiendo ahora la responsabilidad entre el gobierno federal y los gobiernos de las 32 entidades federativas. Además, aumentó sus derechos al señalar que se garantizará la rehabilitación y habilitación de las personas que viven con discapacidad permanente, y se da prioridad a las personas menores de 18 años. Cabe aclarar que, si bien la reforma no lo especifica, se refiere a la habilitación académica y ocupacional.

VI. Derecho internacional del trabajo y de la seguridad social

1. Protocolo relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso

El 11 de junio de 2024 entró en vigor Decreto Promulgatorio del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930. Este protocolo busca subsanar algunas lagunas en la aplicación del Convenio sobre Trabajo Forzoso, principalmente sobre prevención y reparación para la supresión del trabajo forzoso busca fortalecer la prevención y reparación frente al trabajo forzoso, instando a los países a desarrollar políticas y planes nacionales en colaboración con empleadores y trabajadores. Además, establece la obligación de adoptar medidas eficaces para erradicar esta práctica, proteger a las víctimas

tería de Certificación de la Discapacidad”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715918&fecha=02/02/2024#gsc.tab=0

mediante acceso a justicia y compensación, sancionar a los responsables y evitar penalizar a las víctimas por delitos cometidos bajo coerción.⁵⁵

2. Instrumentos para proteger a las personas migrantes firmados en la ONU

El 4 de septiembre, el gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la ONU, firmó tres memoranda para fortalecer el modelo mexicano de movilidad humana.

Sobresale el memorándum firmado con la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres),⁵⁶ que constituye una acción de la política exterior feminista del gobierno de México y contribuirá a los esfuerzos para asegurar la inclusión de la perspectiva de género y ampliar la respuesta de atención a las necesidades de mujeres, jóvenes y niñas en toda su diversidad, en situación de movilidad humana en el país, incluyendo la protección de sus derechos sociales.⁵⁷

También se reporta la firma del Acuerdo Específico de Asistencia Técnica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para la Implementación del proyecto denominado “Centros Multiservicios de Inclusión y Desarrollo”.⁵⁸ Las agencias de la ONU colaborarán con el gobierno de México para responder a las necesidades ur-

⁵⁵ Secretaría de Gobernación, “Decreto promulgatorio del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930, adoptado en Ginebra, el once de junio de dos mil catorce”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.diaarioficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5725556&fecha=06/05/2024#gsc.tab=0

⁵⁶ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Instrumentos firmados por la Secretaría de Relaciones Exteriores y el sistema de Naciones Unidas en México*, México, 2024. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/942203/MoU_movilidad._ONU_Mujeres.pdf

⁵⁷ OIM; ONU MIGRACIÓN, *La SRE y ONU México firman proyectos para impulsar y fortalecer el Modelo Mexicano de Movilidad Humana*, 2024 <https://mexico.iom.int/es/news/la-sre-y-onu-mexico-firman-proyectos-para-impulsar-y-fortalecer-el-modelo-mexicano-de-movilidad-humana>

⁵⁸ Gobierno de México, “Acuerdo Específico de Asistencia Técnica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para proyectos, para la Implementación del proyecto denominado «Centros Multiservicios de Inclusión y Desarrollo»”. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/942201/Acuerdo_Especifico_entre_UNOPS_y_la_SRE_CENTROS_MULTISERVICIOS_DE_INCLUSIO_N_Y_DESARROLLO.pdf

gentes de migrantes, refugiados y comunidades de acogida, con enfoque en la integración laboral y educativa, la protección internacional, la portabilidad de derechos, la salud mental, sexual y reproductiva, y la prevención de enfermedades infecciosas, todo ello bajo un enfoque transversal de género, edad, diversidad e inclusión.⁵⁹

3. Declaración conjunta entre México y Colombia para impulsar el trabajo digno y decente

El 31 de enero de 2024 se firmó la Declaración Conjunta entre México y Colombia para impulsar el trabajo digno y decente, para la cooperación y el intercambio de información en materia de movilidad laboral y formación para el trabajo, destinado a impulsar reformas sociales y fortalecer la protección laboral en ambos países. Uno de los aspectos más destacados es su respaldo conjunto las reformas laboral y pensional.⁶⁰

VII. Reflexiones a manera de conclusión

En conclusión, México ha logrado avances importantes en la seguridad social en este año, de las que pueden destacarse reformas a los montos mínimos de las pensiones por vejez, que aseguran un ingreso digno. Además, se ha ampliado la cobertura a sectores antes excluidos, como trabajadores independientes, del campo y teletrabajadores. Se advierte un notorio trabajo hacia la igualdad de género, como las normas para la erradicación de la brecha salarial y la ampliación de prestaciones por maternidad y viudez. Los avances se ven reflejados inclusive en los datos de la última encuesta de ocupación 2024, en la que se presentan breves avances en la PEA ocupada femenil. A pesar de estos logros, persisten desafíos en la sostenibilidad de las pensiones y la efectividad de programas so-

⁵⁹ OIM México, *La SRE y ONU México firman proyectos para impulsar y fortalecer el Modelo Mexicano de Movilidad Humana*, México, 2024. <https://mexico.iom.int/es/news/la-sre-y-onu-mexico-firman-proyectos-para-impulsar-y-fortalecer-el-modelo-mexicano-de-movilidad-humana>

⁶⁰ Correa, Juan Manuel, *México y Colombia firman convenio de cooperación para impulsar reformas sociales*, Colombia, Caracol Radio, 2024. <https://caracol.com.co/2024/02/02/mexico-y-colombia-firman-convenio-de-cooperacion-para-impulsar-reformas-sociales/>

ciales, lo que requiere un enfoque continuo para garantizar una cobertura universal e inclusiva.

VIII. Bibliografía

- Banco de México, *Tipo de Cambio*, México, 2025. <https://www.banxico.org.mx/tipcamb/main.do?page=tip&idioma=sp>
- Banco de México, *Reporte analítico*, México, 2025. <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?accion=consultarCuadro&idCuadro=CE81&locale=es>
- Banco de México, *Salarios Mínimos - (CL289)*, México, 2024. <https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?sector=10&accion=consultarCuadro&idCuadro=CL289&locale=es>
- Banco Mundial, *Competencia ¿el ingrediente que falta para crecer?*, 2024. <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/3d754af9-2d15-4353-9ab7-2bf8bceb899d/content>
- CEPAL, *América Latina y el Caribe: proyecciones de crecimiento actualizadas para 2024*. https://www.cepal.org/sites/default/files/pr/files/tabla_actualizacion_proyecciones_pib_mayo-2024-esp.pdf
- Coneval, *Medición de la pobreza. Glosario*. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Glosario.aspx>
- Correa, Juan Manuel, *México y Colombia firman convenio de cooperación para impulsar reformas sociales*, Colombia, Caracol Radio, 2024. <https://caracol.com.co/2024/02/02/mexico-y-colombia-firman-convenio-de-cooperacion-para-impulsar-reformas-sociales/>
- Fondo Monetario Internacional, *La recuperación mundial es constante, pero lenta, y hay diferencias entre regiones, Proyecciones de crecimiento de perspectivas de la economía mundial*, 2024. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2024/04/16/world-economic-outlook-april-2024#Projections>
- Gobierno de México, “Acuerdo Específico de Asistencia Técnica entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para proyectos, para la Implementación del proyecto denominado «Centros Multiservicios de Inclusión y Desarrollo»”. <https://>

www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/942201/Acuerdo_Especi_fico_entre_UNOPS_y_la_SRE_CENTROS_MULTISERVICIOS_DE_INCLUSIO_N_Y_DESARROLLO.pdf

Gobierno de México, Comisión Nacional de Salarios Mínimos, “Incremento a los Salarios Mínimos para 2024”, 2023. <https://www.gob.mx/conasami/articulos/incremento-a-los-salarios-minimos-para-2024#:~:text=El%20salario%20m%C3%ADnimo%20es%20la%20cantidad%20m%C3%ADnima%20recibida%20por%20jornada%20de%20trabajo.&text=El%20salario%20m%C3%ADnimo%20general%20pasa,Contesta%20nuestra%20encuesta%20de%20satisfacci%C3%B3n>

Gobierno de México, Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, *Aumentará Fovissste montos para entrega de créditos en 2024*, México, 2023. <https://www.gob.mx/fovissste/articulos/aumentara-fovissste-montos-para-entrega-de-creditos-en-2024-353461?idiom=es#:~:text=%2D%20Con%20la%20finalidad%20de%20atender,vocal%20ejecutivo%2C%20C%C3%A9sar%20Buenrostro%20Moreno>

Gobierno de México, “Proyectos México. Oportunidades de inversión”, *¿Por qué México?, Flujos de IED*, México, 2025. <https://www.proyectosmexico.gob.mx/por-que-invertir-en-mexico/economia-solida/destino-de-inversion/>

Gobierno de México, Secretaría de Turismo, *Comunicado 26 /2025*, 2025. <https://www.gob.mx/sectur/articulos/el-turismo-mexicano-rebasa-expectativas-con-el-ingreso-de-mas-de-32-mmdd-en-divisas-por-visitantes-internacionales-en-2024-7-4-mas-que-2023#:~:text=%2D%20La%20secretaria%20de%20Turismo%20de,y%2034.1%25%20m%C3%A1s%20que%202019>

González, Luis Miguel, Badillo, Diego y Pérez, Maritza, “Alimentar Fondo del Bienestar con pensiones implicaría tomar hasta 40,000 millones de pesos de cuentas de trabajadores: Guillermo Zamarripa”, México, *El Economista*, 2024. <https://www.economista.com.mx/economia/Alimentar-Fondo-del-Bienestar-con-pensiones-implicaria-tomar-hasta-40000-millones-de-pesos-de-cuentas-de-trabajadores-Guillermo-Zamarripa-20240410-0129.html>

INEGI, *Economía y sectores productivos, por actividad económica, información general, producto interno bruto, cifras desestacionalizadas por grupo de actividades económicas*. <https://www.inegi.org.mx/temas/pib/>

- INEGI, *Encuesta nacional de ocupación y empleo 2025*, México. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/enoe/enoe2025_02.pdf
- INEGI, *Estimación Oportuna del Producto Interno Bruto Trimestral (EOPIBT)*, 2025. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/pibo/pib_eo2025_01.pdf
- INEGI, *Información oportuna sobre la balanza comercial de mercancías de México, Cuadro 1: balanza comercial de mercancías de México*, México, 25 de enero de 2025. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2025/comext_o/balcom_o2025_01.pdf
- INEGI, *Producto interno bruto de México durante el cuarto trimestre de 2020*, 2021. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/pib_pconst/pib_pconst2021_02.pdf
- INEGI, *UMA*. <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>
- Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *Mexico: advances in the recognition of family rights in social security reported period: 2023*. https://www.mpisoc.mpg.de/fileadmin/user_upload/data/Sozialrecht/Publikationen/Schriftenreihen/Social_Law_Reports/SLR_6_2024_Mexico_AR.pdf
- Instituto Mexicano del Seguro Social, “Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.270224/37.P.DIR, dictado por el H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social en sesión ordinaria celebrada el 27 de febrero de 2024, por el cual se aprobó el Criterio número 01/2024/NV/SBC-LSS-27-I, a efecto de precisar que las prestaciones en materia de teletrabajo derivadas de obligaciones patronales de proporcionar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo, así como de asumir los costos derivados de la citada modalidad de trabajo especial -incluyendo, en su caso, el pago de servicios de telecomunicación y la parte proporcional de electricidad-, no forman parte de los conceptos que integran el salario base de cotización, en términos de la exclusión prevista en el artículo 27, fracción I, de la Ley del Seguro Social, así como su Anexo Único”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5721189&fecha=22/03/2024#gsc.tab=0
- Instituto Mexicano del Seguro Social, “Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.300424/82.P.DIR, dictado por el H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social en sesión ordinaria celebrada el 30 de abril de

- 2024, por el que se aprobaron las Reglas de carácter general para la incorporación voluntaria al Régimen Obligatorio del Seguro Social de las personas trabajadoras independientes o por cuenta propia, así como su Anexo Único; que entrarán en vigor el 29 de mayo de 2024”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5728817&fecha=28/05/2024#gsc.tab=0
- OIM; ONU MIGRACIÓN, *La SRE y ONU México firman proyectos para impulsar y fortalecer el Modelo Mexicano de Movilidad Humana*, 2024. <https://mexico.iom.int/es/news/la-sre-y-onu-mexico-firman-proyectos-para-impulsar-y-fortalecer-el-modelo-mexicano-de-movilidad-humana>
- OIM México, *La SRE y ONU México firman proyectos para impulsar y fortalecer el Modelo Mexicano de Movilidad Humana*, México, 2024. <https://mexico.iom.int/es/news/la-sre-y-onu-mexico-firman-proyectos-para-impulsar-y-fortalecer-el-modelo-mexicano-de-movilidad-humana>
- Presidencia de la República, “Decreto del Fondo de Pensiones para el Bienestar”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5725285&fecha=01/05/2024#gsc.tab=0
- Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforma y adiciona la fracción XII del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de vivienda para las personas trabajadoras”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5744206&fecha=02/12/2024
- Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Vivienda, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores y de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5730591&fecha=14/06/2024#gsc.tab=0
- Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, en materia de erradicación de la brecha salarial por razones de género”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5745425&fecha=16/12/2024#gsc.tab=0

Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, de la Ley Federal de Presupuestos y Responsabilidad Hacendaria, de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, y del Decreto por el que se extingue el organismo público descentralizado denominado Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, y se abroga su Ley Orgánica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2023, para la creación del Fondo de Pensiones para el Bienestar”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5725265&fecha=30/04/2024#gsc.tab=0

Rodríguez, Darinka, “La economía de México creció 1.2 % en 2024, su peor desempeño desde 2020”, *El País*. <https://elpais.com/mexico/2025-02-21/la-economia-de-mexico-crecio-12-en-2024-su-peor-desempeno-desde-2020.html>

Secretaría de Gobernación, “Norma Oficial Mexicana NOM-003-STPS-2023, Actividades agrícolas-Condiciones de seguridad y salud en el trabajo”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715162&fecha=25/01/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Acuerdo del H. Consejo de Administración del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores por el que se aprueban los Lineamientos para el uso de la Firma Electrónica Avanzada como Organismo Fiscal Autónomo cuyo certificado digital sea emitido por el Servicio de Administración Tributaria, en las actuaciones y los actos inherentes al ejercicio de atribuciones legales y reglamentarias, así como de los procesos que realice el personal facultado del INFONAVIT en su carácter de Organismo Fiscal Autónomo”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5728199&fecha=23/05/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer el formato de Certificado Electrónico de Discapacidad”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715917&fecha=02/02/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Acuerdo por el que se aprueban las modificaciones a los Lineamientos de Transparencia, Acceso a la Información, Archivos y Protección de Datos Personales del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5729320&fecha=03/06/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Aviso por el que se hacen del conocimiento del público en general las modificaciones al Código de Ética del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, aprobadas por la H. Asamblea General en la Sesión Ordinaria número 128, celebrada el 14 de diciembre de 2023”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5716309&fecha=07/02/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se adicionan distintas disposiciones a la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de derechos laborales de las personas trabajadoras del campo”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715043&fecha=24/01/2024

Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de partería tradicional”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5721551&fecha=26/03/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 4o. y 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de bienestar”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5744205&fecha=02/12/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Decreto promulgatorio del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930, adoptado en Ginebra, el once de junio de dos mil catorce”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.diariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5725556&fecha=06/05/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Decreto que modifica el diverso por el que se otorgan beneficios fiscales a los patrones y trabajadores eventuales del campo, publicado el 24 de julio de 2007”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024.

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746163&fecha=26/12/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Norma Oficial Mexicana NOM-039-SSA-2023, En materia de Certificación de la Discapacidad”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715918&fecha=02/02/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Proyecto de Norma Oficial Mexicana PROY-NOM-020-SSA-2024, para establecimientos de salud y para la práctica de la partería, en la atención integral materna y neonatal”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5733911&fecha=18/07/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Gobernación, “Resolución por la que se modifican las Reglas para el Otorgamiento de Créditos a los Trabajadores Derechohabientes del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5715930&fecha=02/02/2024#gsc.tab=0

Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Los salarios mínimos vigentes a partir del 1 de enero de 2025”, *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.gob.mx/conasami/articulos/se-publican-en-el-diario-oficial-de-la-federacion-los-salarios-minimos-vigentes-a-partir-del-1-de-enero-de-2025>

Secretaría de Gobernación, “Resolución por la que se reforma el Estatuto Orgánico del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores”, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5716058&fecha=06/02/2024#gsc.tab=0

Secretaría de Relaciones Exteriores, *Instrumentos firmados por la Secretaría de Relaciones Exteriores y el sistema de Naciones Unidas en México*, México, 2024. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/942203/MoU_movilidad_ONU_Mujeres.pdf

Secretaría del Bienestar, *Programas para el bienestar, pensión mujeres bienestar*, México, 2025. <https://programasparaelbienestar.gob.mx/pension-mujeres-bienestar/>

Secretaría del Bienestar, *Programas para el bienestar, salud casa por casa*, México, 2025. <https://programasparaelbienestar.gob.mx/salud-casa-por-casa/>

- Secretaría del Bienestar, *Programas para el Bienestar, beca universal para educación básica “Rita Cetina Gutiérrez”*, México, 2025. <https://programasparaelbienestar.gob.mx/beca-universal-para-educacion-basica-rita-cetina-gutierrez/>
- Tesis 2o.27 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, diciembre de 2024, p. 289.
- Tesis 2o.18 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. V, febrero de 2024, p. 4670.
- Tesis 2a. I/2024, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, septiembre de 2024, p. 1455.
- Tesis 2a./J. 47/2024, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, septiembre de 2024, p. 1350.
- Tesis 2a./J. 91/2024, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. I, octubre de 2024, p. 407.
- Tesis VII.2o.T.42 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. IV, octubre de 2024, p. 539.
- Tesis VIII.1o.C.T.8 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. IV, junio de 2024, p. 4220.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Informe. Seguridad social en México, 2024”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, vol. 21, núm. 41, 2025, pp. 365-397. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.20025>

APA

Mendizábal Bermúdez, G. (2025). Informe. Seguridad social en México, 2024. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(41), 365-3397. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2025.41.20025>

Reseñas

Laveaga, Gerardo, *Leyes, hormonas y neuronas*, México, Taurus, 2021

Erika Barony Vera

 <https://orcid.org/0000-0002-3841-4968>

Universidad Internacional Iberoamericana. México

Correo electrónico: erika.barony@unini.edu.mx

Roberto García Lara

 <https://orcid.org/0000-0002-6718-513X>

Universidad Internacional Iberoamericana. México

Correo electrónico: roberto.garcia@unini.edu.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2025.41.19762>

El soneto a Jesús crucificado, atribuido a Santa Teresa de Jesús o a San Juan de la Cruz, ilustra perfectamente el dilema que presenta el doctor Gerardo Laveaga en su libro, quien plasma unas líneas pertenecientes a este para ejemplificar el interés del por qué actuamos como actuamos, cuestionándose el autor si la voluntad a la cual acusamos de racional actúa por el premio, por el castigo, o el motivo que mueve a la voluntad a mostrarse como lo hace.

Este cuestionamiento sobre la dogmática penal, que para el autor es solamente un conjunto de “ingeniosos presupuestos teóricos para justificar a jueces”, genera el interés para comprender la eficacia jurídica normativa y su cumplimiento más allá de los medios coercitivos con los que la autoridad sanciona la violación de esta, planteándose ¿qué es la voluntad después del todo?

En el libro *Why people obey the law* de Tom Tyler se plantean algunas de las razones del porqué actuamos como lo hacemos, y que son retomadas en el libro

en comentario, motivaciones como “temor a la sanción”, “autointerés”, “apego y miedo” y “pertenencia a la comunidad”. Tópicos que estarán presentes a lo largo del texto y de los capítulos enumerados a continuación, privilegiando, en palabras del autor “el conocimiento científico por encima de las entelequias”, en las interrogantes que esbozan.

En su primer capítulo, “La invención del derecho”, se responde a la naturaleza humana, una cuestión sumamente presente en el análisis del autor que hace referencia a los grandes clásicos de los estados de naturaleza. Los estudios de biología presentes con sus teorías demuestran la presencia constante de violencia para la supervivencia, violencia es justificada como parte de la creación del Estado.

Es debido a ello, que Gerardo Laveaga pugna por mirar las doctrinas filosóficas que justifican el origen del Estado a través de sus grandes expositores. En primera instancia, Thomas Hobbes quien, con sus visiones del monopolio del uso de la violencia en el Estado, permite desentrañar una naturaleza humana salvaje que no sabe seguir reglas y que requiere de la utilización de la fuerza para comportarse socialmente.

El Estado como ente de poder, quien detenta su monopolio, usa esta violencia justificada para convertirlo en un monstruo que, con la libertad de usar su coacción frente a cualquier conducta de desobediencia al Estado, enseña al salvaje a ser parte de la sociedad. Mucho se ha escrito de Tomás Hobbes y sus visiones del salvaje como lobo que termina por dominar a sus homólogos, desde una legitimación ejercida con el poder de la violencia sea física, o como la historia universal narra, desde una violencia divina encarnada en un monarca, capaz de dominar territorios enteros con la voluntad de sus subordinados.

Seguidamente, Laveaga presenta a Jean Jacques Rousseau, un filósofo que pugna por una comprensión pactada del Estado, es decir, por un Estado que surge gracias a los acuerdos de los individuos; Estado cuya función solo es posible a través de la bondad de la naturaleza humana. En el pacto social, Rousseau mira al ser humano de naturaleza moral, capaz de discernir entre el bien y el mal, y que decide arbitrariamente ceder sus libertades, a cambio de la seguridad del Estado.

Es al Estado a quien se le dota del imperio de la ley, solo y en caso, de que cumpla con los apostolados de moralidad, de justicia y demás virtudes compatibles y acordes a la bondad humana. Por lo que, cualquier acción a contrario

sensu, sería invalidada por la propia población, en su capacidad soberana de autodeterminarse.

Esta visión alejada de los planteamientos de Thomas Hobbes permite colocar al individuo como un igual ante el poder, pero que voluntariamente decide ceder ciertas libertades atribuidas a esa igualdad, a cambio de lo que Rousseau ha denominado como seguridad, sea esta desde los espectros de no daño a la persona o a sus afines, hasta la seguridad en torno a la transparencia del actuar “justo” del estado y sus procesos acordes a ello.

Por último, el autor presenta a John Locke como un moderador entre estas dos vertientes jurídico-políticas; para Locke la naturaleza humana se divide entre maldad (naturaleza agresiva enunciada en Hobbes) y bondad (naturaleza pacífica y racional mencionada en Rousseau). Para Locke, y como retoma Lavaega, puesto que a partir de que somos máquinas de supervivencia, el ser humano será capaz de cometer actos bondadosos como actos atroces para lograr mantener su vida. Ese balance moral debe ser vigilado socialmente, por eso, a diferencia de lo esgrimido en Hobbes donde el Estado tiene potestad absoluta y la población es súbdita de éste; en Locke el Estado es un producto humano, un producto social capaz de ser revisado y evaluado, brindando no solo capacidad de supervivencia humana, sino también calidad de vida.

Estos pensamientos son muy bien retomados por una serie de estudiosos de diversas disciplinas: Epicuro, Horacio, Omar Khay-yam, Jeremy Bentham y Sigmund Freud, cuyas visiones son resumidas por el autor como: “no basta con sobrevivir, queremos hacerlo de la mejor manera”. El ser aspiracional, aquel que no se conforma con cumplir sus funciones básicas, sino que busca propósitos para una vida intencional.

Ello lleva a revisar al Estado en relación con otras estructuras reglamentarias, como lo es la religión. En la religión se pugna por una supervivencia apegada a las reglas divinas por un pensamiento racional, pero con temor a las consecuencias de nuestros actos, puesto que la supervivencia no puede ser sosa y vaga, sino llena de espiritualidad y con propósitos de servicio divino.

Estas vertientes religiosas fueron utilizadas por el Estado, quien se fortalece a través del clero por muchos años; siguiendo sus mandatos y justificando su uso del poder —muchas veces de manera arbitraria y desproporcional—, para la supervivencia de las propias estructuras del poder en motivación con su actuar para con la sociedad. Derecho y religión sintonizaban al unísono en ciertas

épocas de la historia humana y ello se ve reflejado en la cita de Cicerón: “la ley en sintonía al mismo tiempo con la razón y la divinidad”.

Estas estructuras del poder que se entendían al servicio humano o por lo menos así lo previeron los grandes clásicos como Hobbes, Locke, Rousseau, Puffendorf y otros tantos; como evidencia el autor al señalar “obedecer la ley debe ser un impulso natural”; recuerda a la ética kantiana y al propio Hans Kelsen, entre el ser y el deber ser. Pero la desvirtualización de principios éticos y el uso desmedido del poder para la autojustificación de la coacción estatal, permite cuestionarse ¿cómo surgen esos impulsos naturales? ¿Biológicamente podemos obedecer la ley naturalmente?

El autor nos invita a adentrarnos a los nuevos descubrimientos en los campos del conocimiento en auge respecto a la naturaleza humana y la posibilidad de responder las cuestiones que van surgiendo a través de la lectura de los capítulos propuestos.

En su segundo capítulo, “El derecho frente a las nuevas disciplinas”, se señala que el derecho interrelacionado a los nuevos descubrimientos y a las nuevas disciplinas científicas no puede ser omiso en la formación de nuevos paradigmas. La conducta humana y su naturaleza es cuestionada también por otras ciencias. En primera instancia las neurociencias, este gran avance del estudio de nuestro cerebro y su funcionamiento; las ciencias cognitivas en sus avances hacia la consciencia y nuestras tomas de decisiones; la genética y epigenética como estudios del comportamiento y plasticidad del cerebro, y cómo influye en la conducta humana; por último, la psicología evolutiva y su utilidad en la supervivencia del ser y de su autodeterminación.

El derecho se enfrenta a estos nuevos hallazgos, que hacen trazar nuevos paradigmas, ya sea fortaleciendo los anteriores, modificándolos o revocándolos. El derecho, en palabras del autor, no puede ser ni omiso ni permanecer estático ante la ciencia. Es debido a ello, que Laveaga se permite hacer introspección sobre la propia naturaleza humana y que tan poco conocemos de ella para autorregularnos.

¿Es posible que la naturaleza humana determine en mayor medida nuestras tomas de decisiones y no la razón? ¿Con base en qué juzgamos nuestras conductas humanas, si desconocemos nuestra naturaleza? Parecería que el constructo funcionalista del derecho como herramienta de resolución y disolución de conflictos se ha edificado, aparte de la ciencia, en su comprensión interdis-

ciplinaría que permiten brindar luz en el actuar humano y en las tomas de decisiones.

Ello ha llevado muy posiblemente a la no comprensión de los procesos conductuales, tanto de infractores como de impartidores de justicia al momento de determinar resoluciones, muchas veces no apegadas a la solución del conflicto o a una verdadera justicia (reparación del daño, derecho de las víctimas, etc.). El acompañamiento de la ciencia en el quehacer jurídico brinda una refrescante mirada de nuestra naturaleza humana y nos invita a reflexionar sobre su esencia.

En el tercer capítulo, “Hacia un nuevo iusnaturalismo”, la naturaleza humana es estudiada como parte del reino animal, desde un abordaje por la zoología, la cual a través de innumerables investigaciones permite la comprensión de tomas de decisiones con base en explicaciones en torno a la supervivencia del individuo (cualquiera que sea, mientras sea un ser vivo). El ser humano no ajeno a sus instintos animales es estudiado como parte de los reflejos e impulsos, productos de las conexiones neuronales y la segregación de sustancias que lo llevan a la conducción de ciertos actos instintivos.

Estos nuevos hallazgos nos permiten cuestionar la punibilidad de los actos, o si éstos deben ser estudiados desde otras perspectivas biológicas que permitan diseñar nuevos límites del Estado y nuevas aproximaciones a nuestra especie. Desarrollando científicamente causas y correlaciones entre nuestro organismo y nuestros actos, a los cuales denominamos libre albedrío.

Estos descubrimientos llevan a cuestionar lo hasta ahora determinado como dogmática jurídica: ¿debemos mutar a un nuevo iusnaturalismo?, ¿el derecho cambiará de enfoques estatistas a naturales?, ¿comprenderemos las acciones como consecuencias de enfoques zoológicos, biológicos o genéticos?, ¿las nuevas resoluciones jurídicas tendrán en cuenta la naturaleza del individuo?, ¿nos cuestionaremos las sanciones no apegadas las visiones transdisciplinarias de la naturaleza humana?

Un iuspositivismo formal y centrado en el ejercicio del poder punitivo puede, en reflexiones de Gerardo Laveaga, estar en declive; ya que estos nuevos descubrimientos nos llevarían por senderos diversos a los hasta ahora ejercidos como parte del Estado, presentándose la disyuntiva que planteó Raúl Zaffaroni, sobre el ejercicio del poder punitivo como medio de supervivencia del propio Estado y su posible presencia eterna en las sociedades humanas.

Es decir, ¿tiene fecha de caducidad el poder punitivo del Estado o su vigencia es ilimitada? Los hallazgos científicos hacen replantear los viejos paradigmas

con los que se construyó el Estado moderno y sobre los que se perpetúa el Estado contemporáneo.

El capítulo cuarto, “Conformidad y obediencia”, se presenta a través de dos parámetros psicológicos estudiados, el apego y el miedo, como parte de los fundamentos del Estado punitivo. Para ello dimensiona una serie de experimentos, en particular, los famosos desarrollos científicos de Milgram y Zimbardo; experimentos que, desarrollados en la segunda mitad del siglo XX y en plena efervescencia de las investigaciones conductuales en el período de la posguerra, logran demostrar lo maleable que puede ser el ser humano, en situaciones de estrés y autoridad.

¿El miedo es capaz de cambiar nuestras conductas? ¿Justificamos nuestro actuar si una autoridad nos lo demanda? ¿Hasta dónde podemos objetar una norma? ¿Actuamos libremente en situaciones de estrés?

Los estudios de Stanley Milgram sobre la obediencia mandatada por una autoridad dejan descubrir cómo el ser humano puede moldear su conducta con base en los requerimientos que hace una persona investida de poder, sea este simbólico o coercitivo. Las investigaciones demuestran que más de la mitad de la población objeto del estudio, es capaz de pasar por alto sus valores morales, su educación y hasta su criterio personal, con tal de cumplir con lo mandatado por quienes consideran es una figura de autoridad, contraviniendo la formulado por los filósofos griegos clásico cuando discernían sobre la cosmovisión como una fuente de pensamientos autónomos, forjados a partir del pensamiento independiente del individuo que se fortalecía con su introspección, estudio y aprendizaje, diseñándose así una persona firme en sus decisiones y voluntad.

Sumado a ello, se presentan los estudios y experimentos de Phillip Zimbardo, quien en sus controversiales aproximaciones analiza la conducta humana condicionada, ya sea por el miedo, o por lo que distingue como el sentido de pertenencia al grupo, donde se actúa conforme lo mandata el grupo social al que se desea pertenecer, aun cuando se vaya en contra de las propias creencias del individuo.

Estos experimentos avizoran que el ser humano no es tan libre al momento de tomar decisiones, sino que se ve influenciado por una serie de aspectos que muy probablemente ni siquiera se detenga a cuestionar la persona cuando actúa. Por lo tanto, ¿podría rehusarse una persona a dicha obediencia ciega?

En el capítulo quinto, “Desobediencia”, ésta se plantea desde dos perspectivas: una como la desobediencia frente a la ley y la otra a espaldas de la ley. Si

bien se encuentran interrelacionadas, la primera corresponde al anarquismo, es decir, a la rebeldía de no obedecer la norma. Cabe señalar que dicha rebeldía ya era estudiada por Piotr Kropotkin, a finales de hace dos siglos, quien planteaba en Rusia un gobierno voluntario y autónomo, capaz de ser un administrador exclusivamente al servicio de la población. Kropotkin como el precursor del anarquismo capitalista, plantea al Estado como un prestador de servicios, no como una autoridad coercitiva general.

La objeción de conciencia es el segundo planteamiento que este capítulo presenta, la desobediencia civil frente a una autoridad, a pesar de la obligación jurídico-política de obediencia; el autor se plantea ¿aún en estos casos es posible aplicar *dura lex, sed lex*? En razón de ello, muchos deciden aplicar la otra perspectiva: a espaldas de la ley. Donde se actúa con desobediencia oculta, no siguiendo los preceptos que no se consideran idóneos y violando sin confrontar al poder político.

En virtud de lo anterior, el autor permite reflexionar ¿el derecho responde a un sentido de justicia o solo al poder?, ¿la justicia permite la violación de la norma o la norma está por encima de esta? La ley ¿a qué responde?, ¿qué persigue?, ¿con base en qué conductualiza? Las reflexiones en torno a cuestionarnos los sistemas normativos, su justificación y fines que persiguen, serán materia del siguiente capítulo.

En el capítulo sexto “La urdimbre biológica de la justicia”, se sensibiliza al lector respecto a la naturaleza humana, muchas veces ignorada por el formalismo jurídico; frases tales como “máquinas biológicas, (que) buscamos y luchamos por conquistar o adaptar un medio que nos permita progresar”. Esa calidad de vida aspiracional es un gran motivador en la vida de las personas, por ello, cuando una norma no permite esa progresividad en la vida de su población, comienzan los debates teóricos sobre lo que se debe o se tiene que hacer, en torno a las circunstancias espinosas a las que se enfrentan los individuos.

El autor cita a Etienne de la Boétie, quien justifica entonces que, si las condiciones planteadas no son las óptimas para perseguir el fin de los individuos, la obediencia es justificada puesto que el ser humano estaría persiguiendo su propio instinto; a contrario sensu de la pasividad contraria a su instinto, que no se encuentra justificado. La ley como instrumento de poder, en palabras de la Boétie, solo sirve para controlar y explotar, por ello, a diferencia de otros autores, el deber de cumplir con el mandato del soberano debe ser cuestionado.

El deber entonces es analizado desde la perspectiva de su cumplimiento ¿se debe hacer solo por obligación?, ¿es posible acudir a nuestros principios morales?, ¿estamos convencidos de su cumplimiento?

Lograr relatos convincentes es uno de los desafíos que impone la exigencia de la norma, la argumentación, el convencimiento, la persuasión; son parte del quehacer normativo y su aseguranza en su legitimación. Los encargados de dicho discurso son los funcionarios del Estado, quienes a través de una serie de postulados justifican lo esgrimido en cualquier norma (sean estas o no al servicio de la población). Luego entonces ¿se encuentran plenamente justificadas las normas? ¿por qué debemos cumplirlas? ¿cumplimos por obligación? ¿cumplimos por deber moral? ¿cumplimos por legitimación racional?

Por último, en el capítulo séptimo “Lo que puede esperarse del derecho”, surgen diversas dudas respecto al futuro del derecho como herramienta y como ciencia. El derecho como herramienta tiene entre sus funciones la de resolver conflictos; pero la resolución de conflictos ¿es justa? Definir lo justo, definir la conducta (sea legal o no), definir lo correcto aun cuando vaya en contra de la norma, es una tarea compleja para los abogados, aun para los más avezados en la materia.

A ese desafío se le suma la competencia con la inteligencia artificial y sus intrincados algoritmos precisos y certeros respecto a la lectura estadística y probabilística del comportamiento humano en conflictos de muy diversas índoles. ¿Podría estar en extinción la profesión de abogacía o licenciados en derecho? ¿Serán ahora médicos al frente tratando de calibrar niveles hormonales a los individuos? ¿O serán maquinas determinando el comportamiento correcto o no de las personas?

Como bien señalaba M. Foucault “las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber que no solo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas; sino que hacen totalmente nacer nuevas formas de sujetos y de sujetos de conocimiento”. Los tiempos cambiantes en la ciencia, y en particular, en la ciencia jurídica, dan apertura a nuevas posibilidades del derecho, desde su visión como herramienta de orden y paz social, hasta en el tratamiento metodológico de la construcción de sus figuras jurídicas.

El texto creado por Gerardo Laveaga es una pequeña muestra de los muchos desafíos que se avizoran en el campo científico del Derecho. Los nuevos paradigmas transdisciplinarios permiten cuestionar la eficacia de la herramienta normativa en sus preceptos sancionadores y coactivos, cuando son aplicados a

sujetos de los cuales desconocemos la motivación de su actuar y la justificación neurobiológica que posiblemente los “obligue” a cierto comportamiento.

El derecho como herramienta entonces, se obliga a profundizar en el derecho como ciencia; uniendo esfuerzos que permitan conocer a los sujetos de estudio más allá de ser merecedores de premios o castigos, sino como una red intrincada de impulsos, conexiones y reacciones que no pueden ser alineadas libremente a un mandato normativo, solo por existir o por ser del deseo del poder mandante y vigente.

¿Ello llevaría inevitablemente a los seres humanos ser tratados como objetos de estudio en laboratorios? El neuroderecho se encuentra incipiente en su definición y límites de lo que se debe o no hacer en aras de la ciencia. Ello implica áreas de oportunidad en la salvaguarda de la dignidad humana, abriendo nuevos debates en torno a los retos que se avecinan: voluntad, miedo y libertad como premisas y consignas de análisis que la bioética estará obligada a revisar.

Leyes, hormonas y neuronas se convierte así en un precursor de los nuevos textos jurídicos y en un obligado en la biblioteca de los abogados que desean aproximarse al futuro cercano de lo que deviene en el derecho.