

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 33, julio-diciembre de 2021



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

María Marván Laborde

Secretario técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica de manera alguna que esta *Revista* se solidarice con su contenido.

Edición: Efrén Chávez Hernández / Ilayali Labrada Gutiérrez

Formación en computadora: Edna María López García

Diseño de interiores: Wendy Vanesa Rocha Cacho



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

Raúl Márquez Romero

Secretario técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Albuquerque (República Dominicana); Alfonso Bouzas (México); Carlos de Buen Unna (México); José Dávalos Morales (México); Alexander Godínez (Costa Rica); Óscar Hernández Álvarez (Venezuela); Ursula Kulke (OIT); María Aurora Lacavex Berumen (México); José Manuel Lastra y Lastra (México); Germán López (México); 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); Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México); Humberto Villasmil Prieto (OIT).

CONSEJO ASESOR

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

MIEMBROS FUNDADORES

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

VOCAL

Miguel Ángel Pastrana González.

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

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

Número de certificado de licitud de título: en trámite

Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

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

Número de reserva al título en versión electrónica: 04-2015-060912251700-203

ASISTENTE DE REVISTA

Kate Aurora Gómez Díaz de León

Teléfono: 56227250 / ext. 85231

Email: rlds.ij@unam.mx

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

Primera edición: 30 de septiembre de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Hecho en México

ISSN 1870-4670

CONTENIDO

ARTÍCULOS

El perfil del nuevo juez en la reforma laboral	3
Karen Yarely GARCÍA ARIZAGA	
El caso Uber en Uruguay y la vigencia de la subordinación como elemento central en la determinación de la laboralidad del vínculo	21
Andrea RODRÍGUEZ YABEN	
Los retos del derecho al trabajo y al ocio de las mujeres en Ecuador.	41
Adriana MORA BERNAL	
Ximena RON ERRÁEZ	
Javier ÁVILA LARREA	
Marcela SÁNCHEZ	
La estabilidad en el empleo y la reinstalación obligatoria. Apartado A del artículo 123 constitucional mexicano.	69
Luis Enrique MORALES ARREDONDO	
La expansión del derecho del trabajo. Weimar y sus antepasados. . . .	103
José Luis UGARTE CATALDO	
La dimensión de género: ausente en la reforma de pensiones en México.	135
María Ascensión MORALES RAMÍREZ	
El desarrollo jurisprudencial del derecho a la vivienda en Bolivia. Una ruptura jurídica en ciernes	157
Fernando CASADO GUTIÉRREZ	



Reforma laboral y constitucionalismo social en República Dominicana. El efecto transformador de las relaciones laborales a través del control concentrado de constitucionalidad	195
---	-----

Ramón Jorge TAVERAS

COMENTARIOS

Comentarios a la jurisprudencia 2a./J. 40/2018. De la innecesaria obtención de título profesional para ser designado asesor en juicios agrarios.	229
--	-----

Edwin LÓPEZ HERNÁNDEZ

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, <i>Derecho internacional de la seguridad social</i> , México, Porrúa, 2020, 335 pp.	245
--	-----

Fermín ESQUIVEL DÍAZ

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL

Informe: avances y retrocesos de la seguridad social en México, 2020	255
--	-----

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

ARTÍCULOS



EL PERFIL DEL NUEVO JUEZ EN LA REFORMA LABORAL*

THE PROFILE OF THE NEW JUDGE IN THE LABOR REFORM

LE PROFIL DU NOUVEAU JUGE DANS LA RÉFORME DU TRAVAIL

Karen Yarely GARCÍA ARIZAGA**

RESUMEN: Estamos viviendo una trascendental reforma laboral que trae consigo la construcción de un nuevo derecho procesal del trabajo, donde encontramos reglas y figuras procesales, pero, sobre todo, resalta la figura del juez en los nuevos tribunales laborales. La actividad jurisdiccional es fundamental para la construcción de un Estado constitucional y democrático de derecho, es innegable que la reforma trajo consigo exigencias nuevas para un titular que deberá asumir grandes responsabilidades y cumplir un perfil específico.

Este trabajo tiene como objetivo analizar el nuevo perfil del juez laboral, siguiendo los métodos deductivo y analítico, partiendo de algunos antecedentes de la reforma laboral, arribando a la idea de un nuevo derecho procesal del trabajo de México hasta llegar al perfil del nuevo juez laboral para estudiar los requisitos formales para ocupar el cargo, algunas actitudes y habilidades que se requerirán en la actividad jurisdiccional diaria y, de manera particular, destacar algunos principios que deben conducir los actos de los nuevos jueces laborales. Finalmente se pre-

* Recibido el 18 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Licenciada en derecho, maestra en ciencias jurídicas y doctora en ciencias jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California, todas con mención honorífica. Fue coordinadora de la Maestría en Ciencias Jurídicas y del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la UABC. Profesora investigadora de tiempo completo, responsable del área de Derecho Social y coordinadora de Investigación y Posgrado en la Facultad de Derecho en Mexicali de la UABC. La autora cuenta con el Reconocimiento a Perfil Deseable PRODEP, ha realizado diversas publicaciones y capítulos de libros y es abogada postulante.



sentan algunas consideraciones, además de las correspondientes fuentes de investigación.

Palabras clave: reforma laboral, justicia laboral, juez, principios.

ABSTRACT: We are experiencing a transcendental Labor Reform that brings with it the construction of a new Procedural Labor Law, where we find procedural rules and figures, but, above all, the figure of the Judge in the new labor courts stands out. Jurisdictional activity is essential for the construction of a constitutional and democratic State of Law, it is undeniable that the reform brought with it new requirements for an owner who will assume great responsibilities and fulfill a specific profile.

This aims to analyze the new profile of the labor judge, following the deductive and analytical work methods, starting from some antecedents of the Labor Reform, arriving at the idea of a new Procedural Labor Law in Mexico until reaching the profile of the new judge to study the formal requirements to occupy the position, some attitudes and skills that are required in daily judicial activity and, in particular, highlight some principles that should guide the actions of the new labor judges. Finally, some considerations are presented, in addition to the corresponding research sources.

Keywords: labor reform, labor justice, judge, principles.

RÉSUMÉ: Nous vivons une réforme du travail mémorable qui entraîne la construction d'une nouvelle loi de procédure du travail, où l'on retrouve des règles de procédure et des chiffres, mais surtout la figure du juge dans les nouveaux tribunaux du travail se démarque. L'activité juridictionnelle est essentielle pour la construction d'un État de Droit constitutionnel et démocratique, il est indéniable que la réforme a entraîné de nouvelles exigences pour un propriétaire qui doit assumer de grandes responsabilités et remplir un profil spécifique.

Ce travail vise à analyser le nouveau profil du juge du travail, en suivant les méthodes déductives et analytiques, à partir de certains antécédents de la réforme du travail, en arrivant à l'idée d'une nouvelle loi procédurale du travail au Mexique jusqu'à atteindre le profil du nouveau juge du travail étudier les conditions formelles pour occuper le poste, certaines attitudes et compétences qui seront requises dans l'activité judiciaire quotidienne et, en particulier, mettre en évidence certains principes qui devraient guider l'action des nouveaux juges du travail. Enfin, quelques considérations sont présentées, en plus des sources de recherche correspondantes.

Mots-clés: réforme du travail, justice du travail, juge, principes.

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Algunos antecedentes*. III. *El nuevo derecho procesal laboral mexicano*. IV. *El perfil del nuevo juez laboral*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. PREÁMBULO

Tanto en el contexto internacional como en el nacional, la labor jurisdiccional ha transitado de ser considerada una simple función inspirada e influenciada por la doctrina liberal de la Revolución francesa, a un verdadero poder jurisdiccional. Una actividad considerada puramente técnica, se ha transformado poco a poco en un verdadero poder.¹ Se podría pensar que las Juntas de Conciliación y Arbitraje (en adelante, JCA) encuentran su razón de ser en la misma historia del derecho del trabajo, y en particular en la forma en que se ha concebido la impartición de justicia laboral en México.

Referirnos al modelo mexicano de JCA significa evocar el concepto de justicia social, implica analizar la aspiración de toda sociedad para la búsqueda constante de un trato más equitativo e igualitario entre todos sus miembros, lo cual implica lograr que el desequilibrio natural entre patrones y trabajadores se atempere. Es esa búsqueda parte importante del fin del derecho social. De ahí que podamos entender al derecho procesal del trabajo como el conjunto de normas con las que se trata de hacer realidad aquella aspiración de justicia social.²

II. ALGUNOS ANTECEDENTES

El tripartismo y el modelo mexicano de JCA, reconocidos constitucionalmente por primera vez en 1917, no fueron del todo novedosos en el contexto global. Se ubican algunos antecedentes internacionales en Francia y Nueva Zelanda, aunque también en varias entidades federativas se identifican algunas instancias especializadas que conocían y resolvían los conflictos de trabajo; como ejemplos: las juntas municipales en el estado de Jalisco reguladas en la Ley Berlanga, y en Yucatán, en su ley del trabajo se reconocieron los Consejos de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje, en 1914.³

¹ Fix-Zamudio, Héctor, “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional”, *Dereito, Revista Xurídica da Unniversita de Santiago de Compostela*, vol. 5, núm. 1, 1996, p. 130.

² Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 1.

³ *Ibidem* p. 16.

Con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, y su emblemático artículo 123, tuvimos el reconocimiento de las JCA como órgano jurisdiccional especializado y competente para resolver conflictos entre el capital y el trabajo. Asimismo, se les dio competencia a los estados de la República para legislar en materia de trabajo, siempre con base en los innovadores y representativos principios constitucionales.

En 1924, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tras una serie de controversias y dudas respecto de su naturaleza jurisdiccional, reconoció a las juntas como verdaderos tribunales del trabajo. Posteriormente, ante las distintas y variadas formas de asumir la jurisdicción laboral de las entidades federativas, pero siguiendo el modelo del tripartismo, en 1927 se creó la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, y en 1931 se federalizó la legislación laboral.

A nivel internacional, el tránsito de la justicia laboral del Poder Ejecutivo hacia el Poder Judicial ya ha sido recomendado desde hace más de 70 años por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En 1949, la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo de los Estados Americanos, miembros de la OIT, aconsejó la constitución de tribunales del trabajo con integración de personas que ostentan las calidades para ejercer la judicatura, y a quienes se reconozca la seguridad de una absoluta independencia, señalándose en las consideraciones previas que en ello radican “las más puras y seguras garantías”.⁴

El artículo 4o. de la Recomendación producto de la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo, señala: “Los tribunales del trabajo deberían establecerse sobre las bases permanente y con entera independencia de las autoridades ejecutivas”; en su artículo 5o. dispone: “Los jueces del trabajo deberían ser seleccionados entre las personas que posean una profunda experiencia de las cuestiones del trabajo y que reúnan los requisitos para ejercer funciones judiciales”.⁵

La transición de juntas a tribunales tuvo un impulso importante con los Foros y Diálogos de Justicia Cotidiana, los cuales surgieron luego de que el 27 de noviembre de 2014, el presidente Enrique Peña Nieto⁶ solicitara al Centro

⁴ Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La jurisdicción laboral: de juntas tripartitas a tribunales de trabajo”, en Esquivel, Gerardo *et al.*, (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Instituto Belisario Domínguez, 2017, p. 399.

⁵ *Cfr.* OIT, *Tribunales del trabajo en América Latina*, Ginebra, 1949, pp. 90-91.

⁶ “Antecedentes. Diálogos por la Justicia Cotidiana”, *Justicia Cotidiana*, 13 de noviembre de 2015. Consultado el 20 de julio de 2020; disponible en <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/antecedentes-dialogos-por-la-justicia-cotidiana?idiom=es>,

de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) la organización de foros de consulta para elaborar un conjunto de propuestas y recomendaciones para garantizar el mejor acceso a la justicia. El CIDE realizó diversos foros de justicia cotidiana y publicó una serie de recomendaciones.⁷

De los resultados de estos foros, el titular del ejecutivo presentó el 28 de abril de 2016 ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, la iniciativa con proyecto de reforma de diversos artículos de la Constitución en materia de justicia laboral, justificándola en tres ejes fundamentales: 1) la justicia laboral se impartirá por órganos del Poder Judicial, ya sea de la Federación o locales, según la competencia de la instancia; 2) la existencia de una etapa conciliatoria previa, obligatoria y fuera de la instancia judicial, a cargo de un órgano descentralizado creado para ese efecto; y 3) el fortalecimiento de la negociación colectiva y de sindicalización, a cargo de un ente descentralizado a nivel federal, el cual tendría funciones registrales.

III. EL NUEVO DERECHO PROCESAL LABORAL MEXICANO

Tras seguir el proceso legislativo en un tiempo atípicamente breve, en octubre de 2016 se aprobó en comisiones de la Cámara de Senadores y en noviembre de ese mismo año se aprobó en la Cámara de Diputados. El 7 de febrero de 2017 la reforma ya era constitucional, tras haber sido aprobada por la mayoría de los congresos estatales (17 legislaturas).⁸

El 24 de febrero de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se modificaron los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia laboral.⁹ En ese

⁷ López Ayllón, Sergio (coord.), “Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana”, *Justicia Cotidiana*, 2015, consultado el 20 de julio de 2020; disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/90289/Informe_Justicia_Cotidiana_-_CIDE.pdf,

⁸ Cámara de Diputados, LXIV Legislatura, H. Congreso de la Unión; disponible en www.diputados.gob.mx/, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2017/Febrero/07/3010-Camara-de-Diputados-emite-declaratoria-de-constitucionalidad-en-materia-de-justicia-laboral-y-la-envia-al-Senado>, consultado el 10 de agosto de 2020.

⁹ Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral; disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017, consultado el 10 de agosto de 2020.

decreto se establecieron diversas obligaciones para el Congreso de la Unión y las legislaturas locales para comenzar las adecuaciones legislativas y darle cumplimiento en su parte reglamentaria. Esta reforma supone el cambio más importante y sustancial desde la promulgación de la Constitución de 1917 y la inclusión del artículo 123.

Después de poco más de dos años, el 1º de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reforma a diversos ordenamientos y la Ley Federal del Trabajo.¹⁰ Dentro de los principales cambios, tenemos la extinción de las JCA y la nueva impartición de justicia laboral por tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales locales. Le dimos la bienvenida al nuevo derecho procesal del trabajo mexicano.

No está sujeto a discusión que se está construyendo un nuevo derecho procesal del trabajo mexicano, del que no podemos sustraer la necesaria transición hacia nuevas figuras e instituciones que no deben separarse de los principios propios del derecho social. Al considerarlo un tema tan interesante como amplio, en esta ocasión haremos referencia únicamente al titular de los nuevos órganos jurisdiccionales.

IV. EL PERFIL DEL NUEVO JUEZ LABORAL

En este nuevo derecho procesal laboral resaltan los nuevos tribunales, y en estos nuevos órganos jurisdiccionales resalta la figura del juez. Según el régimen transitorio, el plazo máximo para que sean creados los nuevos tribunales es de tres años para los locales y cuatro años para los federales.¹¹

En la exposición de motivos del decreto del 1º de mayo de 2019, se reconocieron algunos problemas de la justicia laboral: se le consideraba lenta, costosa, de difícil acceso, opaca, falta de parcialidad, con simulación y discrecionalidad. Con la reforma se asumió el reto de lograr una verdadera y radical transfor-

¹⁰ Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019, consultado el 10 de agosto de 2020.

¹¹ Molina Martínez, Sergio Javier, “Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 46, 2018, p. 1.

mación en la administración y la impartición de la justicia laboral, para lograr abandonar esas serias deficiencias.

No se puede negar que los problemas mencionados son totalmente lo opuesto de lo que se espera de un sistema de justicia, el cual, para garantizar el derecho humano al debido proceso y el pleno acceso a la justicia, requiere de características como legalidad, imparcialidad, independencia, transparencia, equidad, eficacia, objetividad, certeza, autonomía, profesionalismo, y desde luego debe ser pronta, expedita, efectiva y en un marco de certeza jurídica para las partes.

1. *Los requisitos para desempeñar el cargo de juez*

Para la construcción de un Estado constitucional y democrático de derecho es imprescindible la actividad jurisdiccional, ya hemos transitado de la idea del juez como un simple aplicador de la ley hacia una función compleja de interpretación y argumentación judicial donde resolver conflictos requiere variadas características y virtudes.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 123, apartado A, fracción XX, una pincelada del perfil del nuevo juez laboral, pues señala en general que los operadores de los nuevos tribunales laborales “deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia”.

Para profundizar en los requisitos necesarios para desempeñar la función jurisdiccional, tenemos que la Ley Federal del Trabajo dispone en el artículo 604 que, en su actuación, los jueces y secretarios instructores deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como las leyes orgánicas de los poderes judiciales de los estados, determinan los requisitos para ocupar el cargo de juez. Por cuanto hace a los jueces federales, se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiera otra nacionalidad, estar en pleno ejercicio de sus derechos, ser mayor de treinta años, contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente, un mínimo de cinco años de ejercicio profesional, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año.

2. *Actitudes y habilidades del nuevo juez laboral*

No se quieren resaltar en este documento sólo los requisitos formales, sino también y de manera particular, aquellos aspectos del perfil del nuevo juzgador que están íntimamente relacionados con actitudes y aptitudes que resultan novedosas al menos en la justicia laboral.

Definitivamente, no sólo porque lo establece la norma constitucional sino porque así lo exige el encargo, los nuevos jueces deberán de conocer a profundidad el derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social; en general, deberán tener gran entendimiento de los principios y normas del derecho social; asimismo, deberán poseer la sensibilidad que se requiere para atender a los sujetos en conflicto, tomando en consideración que probablemente algunas personas que acudan a la instancia judicial hayan sufrido discriminación o vulneración de sus derechos humanos laborales.

No sólo deben ser suficientemente competentes para resolver conflictos individuales. Los jueces laborales deberán tener actitudes y aptitudes que les permitan conocer y resolver conflictos de naturaleza colectiva, tanto jurídicos como económicos, deberán asumir el reto de continuar y mejorar el conocimiento y buenas prácticas que se han venido acumulando en más de cien años de justicia laboral tripartita en México.¹²

En consecuencia, el nuevo juzgador en materia laboral deberá cumplir, además de los requisitos formales, con las siguientes aptitudes y actitudes: *a)* Dominio de los principios del derecho del trabajo y del derecho internacional del trabajo; *b)* Bases sólidas en derecho sustantivo y adjetivo, incluyendo teoría general del proceso y desde luego el derecho del trabajo (individual y colectivo); *c)* Razonamiento lógico-jurídico, y dominio de técnicas de argumentación, respetando el principio de legalidad (motivación y fundamentación); *d)* Templanza y profesionalismo, esto implica que deberá abstenerse de responder a cualquier tipo de provocación; *e)* Comunicación asertiva y sensibilidad para la negociación y la conciliación; y por último, pero no menos importante, *f)* Ética profesional impecable.

Todas estas habilidades, aptitudes y actitudes son sólo algunas de las muchas que deberán asumirse como exigencias. En este apartado, se hicieron

¹² No se ignoran las malas prácticas y vicios de las Juntas de Conciliación y Arbitraje; para efectos de este apartado, se resaltan sólo las fortalezas de ese sistema de justicia. *Cfr.* La conferencia “Reforma en materia procesal laboral”, de Hugo Ítalo Morales, Facultad de Derecho BNA oficial; disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=0azJoD1Rjog>, consultado el 10 de agosto de 2020.

señalamientos con la firme creencia de que el juez (y todos los operadores jurídicos) perfeccionan sus actos cotidianamente con miras a la excelencia, entendiéndolo a la judicatura también como un servicio público.

3. *Los principios que conducen la actuación del juez*

En nuestro sistema jurídico, como en todos, sobresalen los principios: desde aquellos que permean en todo el sistema hasta aquellos que son propios de un área específica de la ciencia jurídica. Para el caso particular, se puede afirmar que los principios son cánones de conducta para obrar conforme a los valores esperados por la ciudadanía en la administración e impartición de justicia.¹³

En su actuación, todos los integrantes de órganos jurisdiccionales, incluyendo a los jueces laborales, deben, por obligación constitucional pero también por ética profesional, observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, independencia y autonomía. Pudiera pensarse que aludir expresamente a dichos principios resulta innecesario “ya que se encuentran naturalmente inmersos en la actividad jurisdiccional”;¹⁴ por el contrario, se sostiene que tales principios deben siempre ser objeto de nuestro estudio porque “apelan a la situación particular de los bienes jurídicamente tutelados por el derecho laboral, parte importante del derecho social”.¹⁵

El principio de legalidad implica que todas las conductas del juez sean conformes y adecuadas al ordenamiento jurídico constitucional y legal. Este principio se encuentra en la Constitución, y se traduce en la garantía para todas las personas de que cualquier actividad o fase del proceso judicial debe estar fundado y motivado en la ley; implica también el respeto al principio del debido proceso y al cumplimiento de las formalidades que la ley establece.

Necesariamente, este principio comprende no sólo a las conductas de las partes dentro del proceso, obligándolos a ceñirse al marco de la ley, sino de manera especial a los jueces, quienes, como directores de todo el proceso, con mayor responsabilidad y obligatoriamente deben fundar y motivar sus actos.

¹³ Macedo Barceñas, Aidé, *Principios que deben regir las decisiones de un magistrado electoral en el ejercicio de sus funciones*; disponible en [https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Magistra do1/MB_A_ensayo.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Magistra%20do1/MB_A_ensayo.pdf), consultado el 12 de agosto de 2020.

¹⁴ Rodríguez Cebreros, Jesús, *Tópicos selectos de las reformas constitucional y reglamentaria a la materia laboral en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2019, p. 120.

¹⁵ *Id.*

Definitivamente es un principio esencial del que depende incluso una de las históricas exigencias de los justiciables, pues el respeto de la legalidad redundará en actos de autoridad válidos. Por el contrario, cualquier vulneración de este principio, aunque sea mínima, podría traer como consecuencia una denegación de justicia o vulneración al debido proceso.

La imparcialidad es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.¹⁶

Conforme a este principio, el juez laboral evitará conceder cualquier tipo de ventaja o mejor tratamiento, entendido como privilegio a cualquiera de las partes, asimismo deberá rechazar cualquier dádiva de las partes y de terceros interesados o ajenos al conflicto. Asimismo, el juez evitará aceptar o hacer cualquier invitación de la que considere que pueda verse afectada su imparcialidad. Debe en todo momento abstenerse de citar a las partes o personas vinculadas con ellas, fuera de las oficinas del órgano jurisdiccional. De manera importante, deberá abstenerse de comentar de cualquier asunto que haya sido sometido a su jurisdicción.

La transparencia, como principio del actuar del juzgador, se entiende como una condición fundamental para la independencia judicial; las condiciones para la actuación independiente de los jueces deben poder ser comprobadas por los ciudadanos, accediendo a información relevante, no sólo de tipo jurisdiccional sino también de tipo administrativo sobre las decisiones judiciales y la gestión administrativa de la judicatura.

No puede dejar de mencionarse aquí un gran paso en materia de transparencia judicial: el recientemente publicado Decreto por el que se reforma la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública,¹⁷ del que se desprende como obligación del Poder Judicial de la Federación, así como de los poderes judiciales de las entidades federativas, el poner a disposición del público y actualizar las versiones públicas de todas las sentencias que emiten. Sin duda, con esta nueva obligación se fortalecerá no sólo el principio de transparencia, sino también, el derecho de acceso a la justicia.

¹⁶ Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, Poder Judicial de la Federación, 2004; disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/codigo-de-etica.pdf, consultado el 10 de agosto de 2020.

¹⁷ Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforma la fracción II del artículo 73 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598265&fecha=13/08/2020, consultado el 13 de agosto de 2020.

En ese sentido, se coincide con Zavala Arredondo en que las obligaciones en materia de transparencia no se satisfacen solamente con poner al alcance de la población, en la medida en que la naturaleza del asunto lo permita, los documentos en los cuales constan las determinaciones judiciales. “La transparencia exige, asimismo, que esa información sea entendible para quien la lee. Esto supone, entre otras cosas, abandonar fórmulas y expresiones innecesariamente complejas o rebuscadas, sin que ello se traduzca en una pérdida de rigor técnico”.¹⁸ Por tanto, la tarea de lograr sentencias cercanas a la ciudadanía o en un lenguaje ciudadano, sigue en la agenda pendiente.

El principio de independencia se entiende como la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél.¹⁹ Esto se implica con el principio de autonomía, según el cual el juez tiene la posibilidad de permanecer ajeno a cualquier influencia, ya sea de sus compañeros en la judicatura o superiores, preservando en todo momento su individualidad.

No deben confundirse los principios que rigen las actuaciones de los jueces con aquellos que se aplican o inciden en los procesos. En la materia laboral, con relación a las nuevas reglas procesales, tenemos principios como el de intermediación, veracidad, oralidad, conciliatorio, economía y sencillez. De todos los principios, para relacionarlos con el perfil del nuevo juez laboral, nos referiremos con mayor detalle, al principio de realidad, y de manera particular, al de proactividad.

4. *El principio de realidad y la proactividad del juez*

Dentro de la actividad del nuevo juez laboral, destacan dos principios que resultan novedosos en este cambio trascendental en la justicia laboral mexicana. El principio de realidad, también denominado de primacía de la realidad, lo encontramos en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución, en el cual encontramos que “Siempre que no se afecte la igualdad entre las

¹⁸ Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Manual para la elaboración de sentencias de justicia electoral cercana a la ciudadanía, 2015; disponible en <https://www.te.gob.mx/srm/media/files/250fb90d26e4cce.pdf>, consultado el 12 de agosto de 2020, p.19.

¹⁹ *Id.* Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, Poder Judicial de la Federación, 2004; disponible en https://www.sjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/codigo-de-etica.pdf, consultado el 10 de agosto de 2020.

partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”. Esto desde luego aplica, como la propia norma señala, para todos los juicios o procedimientos en todas las materias.

Este principio, también llamado de realidad, se presenta renovado en el nuevo proceso laboral mexicano, y conforme a la Ley Federal del Trabajo exige que el juez deba atender a los elementos fácticos o de la realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, exige que el juzgador privilegie la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo.

De conformidad con dicho principio, las relaciones jurídicas sustanciales surgidas entre el patrón y el trabajador, con ocasión de una relación laboral, priman sobre las formas jurídicas que de manera general permiten documentar una relación de este estilo. Este principio de orden constitucional se aplica tanto a las relaciones reguladas por el apartado A del artículo 123 constitucional, como aquellas que se regulan por el apartado B. Ahora bien, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales se sustenta en la existencia de una relación de trabajo que se convalida por la situación real y las condiciones en que se encuentra el trabajador respecto de su empleador, y no depende de las situaciones subjetivas, ni de la apariencia contractual que se haya adoptado.

Por lo anterior, este principio exige del juez una sensibilidad muy especial, para que en cada conflicto que le sea sometido a su conocimiento, distinga los elementos particulares que lo lleven a descubrir lo verosímil de lo que no lo es, para que en todo momento pueda atender a los hechos y a la realidad ante otros elementos que se contrapongan.

Para este estudio, decidimos analizar el principio de primacía de la realidad paralelamente al de proactividad, entendiendo este último no sólo como principio sino como una actitud que debe asumir el juez laboral.

Por cuanto hace a la proactividad del juez, la Ley Federal del Trabajo, en el párrafo segundo del artículo 873-K, señala: “el juez deberá asumir un desempeño proactivo, en el que impulse permanentemente el procedimiento, evitando que las deficiencias o inconsistencias formales cometidas durante su desarrollo trasciendan en perjuicio de las partes provocando su dilación a futuro, por lo que de advertirlas podrá subsanarlas”.

De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, el término proactivo se refiere al adjetivo de aquel “que toma activamente el control y decide qué

hacer en cada momento, anticipándose a los acontecimientos”.²⁰ En el contexto de la reforma de justicia laboral se distingue, dentro del perfil del nuevo juez, esta cualidad, ya que le corresponde la obligación de estar presente en todas las audiencias, conduciendo en todo momento el proceso (inmediación), sino que también tiene la facultad de tomar decisiones para impulsar el procedimiento e incluso subsanar deficiencias o inconsistencias, siempre dentro del marco del principio de legalidad.

En la prueba testimonial encontramos ejemplos de esta proactividad, del artículo 815 de la Ley Federal del Trabajo se desprenden dos facultades especiales y novedosas para el juez laboral: *a)* deberá requerir a la persona que comparezca a desahogar la prueba para que se identifique con cualquier documento oficial; y si no lo hiciera en el momento de la audiencia, dejará sin efectos la declaración correspondiente, y *b)* si a juicio del juez hubiere puntos no suficientemente esclarecidos, podrá ordenar al testigo que lo aclare.

Se desprende claramente que la intención del legislador fue dotar al juez de nuevas y útiles herramientas para que pueda lograr el cumplimiento de otros principios procesales, como el de celeridad, continuidad, veracidad; llegando inclusive a dotarlo de la facultad de interrogar libremente a los testigos y de poder desechar una declaración. Todo lo anterior con el objeto de contar con los elementos para llegar al esclarecimiento de la verdad.

5. *Coincidencias con el juez español*

Encontramos bastantes paralelismos entre el perfil del nuevo juez laboral mexicano con pares de otros sistemas; de manera particular, muy brevemente resaltemos algunas coincidencias con el proceso de reforma de la justicia laboral española y su juez laboral.

En España,²¹ la justicia laboral fue reformada debido a la insuficiencia e inadecuación del proceso civil para satisfacer pretensiones originadas en los conflictos laborales o sociales. Esta nueva jurisdicción laboral es contemplada por la propia Constitución de 1978, reglamentada en la Ley de Procedimiento Laboral, así como en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La jurisdicción mantiene el carácter de un juicio verbal, regulado por los principios de oralidad,

²⁰ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario; disponible en <https://dle.rae.es/proactivo>, consultado el 11 de agosto de 2020.

²¹ Guillén Olcina, Jorge, “La intervención del juez en el proceso laboral español”, en *Modernización de la justicia laboral en América Latina*, disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjuplo/ad/laboral/pdf/drguillen.pdf>.

concentración, intermediación, celeridad y gratuidad, con una alta participación de los juzgadores.²²

En el sistema judicial español existe una instancia de conciliación previa para las partes en caso de que no se logren avenir, el juez asume la fase contenciosa, en una única instancia, por medio de una única audiencia oral de juicio, teniendo en todo momento la conducción de las fases del juicio. Existe una distinción de los procesos (ordinario y especial) que atiende las pretensiones reclamadas, sea por cuestiones burocráticas, despidos, conflictos colectivos, libertad sindical, entre otros.²³

V. CONSIDERACIONES FINALES

En este apartado se recogen algunas consideraciones que constituyen en sí mismas proyecciones, ello porque nos encontramos ante la recién implementación de una reforma laboral que, sin dudar, nos llevará años consolidar. Por lo anterior, no se deben tomar como meras aspiraciones sino como verdaderos retos que deben asumirse por todos desde los distintos ámbitos, incluyendo la academia.

La reforma en materia de justicia laboral se justifica en tres ejes fundamentales: 1) la justicia laboral se impartirá por órganos del Poder Judicial, ya sea de la Federación o locales, según la competencia de la instancia; 2) la existencia de una etapa conciliatoria previa, obligatoria y fuera de la instancia judicial, a cargo de un órgano descentralizado creado para ese efecto; y 3) el fortalecimiento de la negociación colectiva y de sindicalización, a cargo de un ente descentralizado a nivel federal, el cual tendría funciones registrales.

El nuevo derecho procesal del trabajo mexicano se está construyendo, esto hace necesaria la transición hacia nuevas figuras e instituciones que no deben separarse de los principios propios del derecho social. En este nuevo derecho procesal laboral encontramos los tribunales como nuevos órganos jurisdiccionales que son dirigidos por el juez.

Los nuevos jueces en materia laboral deberán cumplir con el dominio de los tradicionales principios del derecho del trabajo y del derecho internacio-

²² Luelmo Millán, Miguel Ángel y Rabanal Carbajo, Pedro, *Los principios inspiradores del derecho procesal laboral*, Madrid, McGraw-Hil, 1999, p. 62.

²³ Tomado de la conferencia impartida por el magistrado Jorge Juan Guillén del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, España, en el curso de “Especialidad en la reforma a la justicia laboral” del Instituto de la Judicatura Federal.

nal del trabajo y, además, deberán poseer bases sólidas en derecho sustantivo y adjetivo, incluyendo teoría general del proceso, un especial razonamiento lógico-jurídico, y dominio de técnicas de argumentación. Si duda, todo juzgador debe actuar con templanza y profesionalismo, y conducir sus actos bajo una impecable ética profesional.

Todos los integrantes de órganos jurisdiccionales, incluyendo a los jueces laborales, deben, por obligación constitucional pero también por ética profesional, observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, independencia y autonomía, y paralelamente atender a los bienes jurídicamente tutelados por el derecho social.

El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales exige del juez una sensibilidad muy especial para que en cada conflicto que le sea sometido a su conocimiento distinga los elementos particulares que lo lleven a descubrir lo verosímil de lo que no lo es, para que en todo momento pueda atender a los hechos y a la realidad ante otros elementos que se contrapongan.

El juez laboral deberá de ser proactivo y hacer valer su facultad de tomar decisiones para impulsar el procedimiento e incluso subsanar deficiencias o inconsistencias, siempre dentro del marco del principio de legalidad.

Finalmente, las exigencias requeridas a los jueces sólo pueden alcanzarse a través de la consecución de una serie de principios éticos y virtudes morales, los cuales no sólo se quedan en el ámbito de su función pública, sino incluso alcanzan aspectos de su vida privada. El juez ha de constituirse como un ser humano que cultive las virtudes para el mejor desempeño de sus funciones.

VI. FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho procesal del trabajo*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo en materia de trabajo y la Ley Federal del Trabajo de 1931”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2 ed., México, Porrúa-UNAM, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *“Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, en la obra colectiva, Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al Maestro Cipriano Gómez Lara*”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Saíd Ramírez, Alberto (coords), México, UNAM-IIDP, 2013.

- LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel y RABANAL CARBAJO, Pedro, *Los principios inspiradores del derecho procesal laboral*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1999.
- REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa-UNAM, 2014.
- RODRÍGUEZ CEBREROS, Jesús, *Tópicos selectos de las reformas constitucional y reglamentaria a la materia laboral en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2019.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “La jurisdicción laboral: de juntas tripartitas a tribunales de trabajo”, en ESQUIVEL, Gerardo *et al* (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Instituto Belisario Domínguez, 2017.

Hemerográficas

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional”, *Dereito, Revista Xurídica da Unniversita de Santiago de Compostela*, vol. 5, núm. 1, 1996.
- MOLINA MARTÍNEZ, Sergio Javier, “Un nuevo modelo de justicia en materia laboral. El reto para el Poder Judicial de la Federación”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 46, p. 1, 2018.

Informáticas

- “ANTECEDENTES diálogos por la Justicia Cotidiana”, *Justicia Cotidiana*, 13 de noviembre de 2015; consultado el 20 de julio de 2020; disponible en: <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/antecedentes-dialogos-por-la-justicia-cotidiana?idiom=es>.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIV Legislatura, H. Congreso de la Unión; disponible en www.diputados.gob.mx, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/es/Comunicacion/Boletines/2017/Febrero/07/3010-Camara-de-Diputados-emite-declaratoria-de-constitucionalidad-en-materia-de-justicia-laboral-y-la-envia-al-Senado>, consultado el 10 de agosto de 2020.
- CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Poder Judicial de la Federación, 2004; disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/codigo-de-etica.pdf, consultado el 10 de agosto de 2020.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral; disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017, consultado el 10 de agosto de 2020.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019, consultado el 10 de agosto de 2020.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se reforma la fracción II del artículo 73 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598265&fecha=13/08/2020, consultado el 13 de agosto de 2020.

GUILLÉN OLCINA, Jorge, “La intervención del juez en el proceso laboral español”, en *Modernización de la justicia laboral en América Latina*; disponible en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/laboral/pdf/drguillen.pdf>.

MACEDO BARCEINAS, Aidé, “Principios que deben regir las decisiones de un magistrado electoral en el ejercicio de sus funciones”; disponible en https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Magistrado1/MBA_ensayo.pdf, consultado el 12 de agosto de 2020.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (coord.), “Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana”, *Justicia Cotidiana*, 2015. Consultado el 20 de julio de 2020; disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/90289/Informe_Justicia_Cotidiana_-_CIDE.pdf.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario; disponible en <https://dle.rae.es/proactivo>, consultado el 11 de agosto de 2020.

“REFORMA en materia Procesal Laboral”, Hugo Ítalo Morales, Facultad de Derecho BNA oficial; disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=oaZJoD1Rjog>, consultado el 10 de agosto de 2020.

SALA REGIONAL MONTERREY DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Manual para la elaboración de sentencias de justicia electoral cercana a la ciudadanía, Primera Edición, 2015; disponi-

ble en <https://www.te.gob.mx/srm/media/files/250fbf0d26e4cce.pdf>, consultado el 12 de agosto de 2020.

Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Gaceta Parlamentaria.

Ley Federal del Trabajo.

EL CASO UBER EN URUGUAY Y LA VIGENCIA DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA LABORALIDAD DEL VÍNCULO*

THE UBER CASE IN URUGUAY AND THE CURRENCY
OF THE LEGAL SUBORDINATION AS A CENTRAL
ELEMENT IN DETERMINING THE LABOUR NATURE
OF A RELATIONSHIP

LE CAS UBER EN URUGUAY ET LA MONNAIE
DE LA SUBORDINATION JURIDIQUE COMME ÉLÉMENT
CENTRAL POUR LA DÉTERMINATION DE LA NATURE
DE TRAVAIL D'UNE RELATION

Andrea RODRÍGUEZ YABEN**

RESUMEN: Gracias a las nuevas tecnologías se han desarrollado novedosos modelos de negocios y han aparecido nuevas formas de trabajo. La particularidad que es común a la mayoría es que el prestador del servicio se vincula en forma autónoma, aunque —en la mayoría de los casos— existan elementos o indicios manifiestos de que esa no es la verdadera naturaleza de la relación. A efectos de resolver esta cuestión, las distintas tradiciones jurisprudenciales han presentado elementos variados para identificar la naturaleza laboral o autónoma del vínculo; algunas —la mayoría— moviéndose dentro de la noción clásica de dependencia y subordinación jurídica y sus elementos característicos; y otras, dentro de una noción más amplia que no se agota en la existencia de subordinación y toman en consideración otros elementos que no son típicamente laborales. Utilizando como referencia el reciente pronunciamiento de la

* Recibido el 4 de noviembre de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Abogada egresada de la Universidad de la República (Uruguay). Diplomada en derecho laboral colectivo en la Universidad Diego Portales (Chile). Magister (c) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Talca (Chile).



justicia uruguaya vinculado a la temática en cuestión, en el presente trabajo pretendemos identificar que sin perjuicio de que pueden existir distintos estándares de laboralidad (entendiendo por éstos, un conjunto omnicomprendivo de elementos, criterios o indicios utilizados para tomar la decisión), la subordinación jurídica sigue siendo el elemento central para determinar la laboralidad del vínculo.

Palabras clave: plataformas digitales, trabajo autónomo, subordinación, indicios de laboralidad.

ABSTRACT: Due to new technologies, new business models have been developed and new ways of working have appeared. The peculiarity that is common to most of these new ways of providing work is that the service provider is linked to the company as a self-employed worker, although—in most cases—there are clear indications that this is not the true nature of the relationship. In order to resolve this problem, the different jurisprudential traditions have presented varied elements to identify whether the nature of the relationship is labour or not. Most have applied the classic notion of legal dependence and subordination and its characterizing elements; and others have opted for a broader notion that is not exhausted by the existence of subordination and takes into consideration other elements that are not typically labor. Taking as a reference the recent pronouncement of the Uruguayan justice regarding the issue, in this paper we intend to identify that without prejudice to the fact that there may be different labor standards (understanding by these, an all-encompassing set of elements, criteria or indications used to take the decision), legal subordination continues to be the central element in determining the employment status of the relationship.

Keywords: digital platforms, self-employment, legal subordination, indications of labour relationship.

RÉSUMÉ: Grâce aux nouvelles technologies, de nouveaux business models ont été développés et de nouvelles façons de travailler sont apparues. La particularité qui est commune à la plupart est que le fournisseur de services est lié de manière autonome, bien que—dans la plupart des cas—il existe des éléments ou des indications évidentes que ce n'est pas la vraie nature de la relation. Pour résoudre ce problème, les différentes traditions jurisprudentielles ont présenté divers éléments pour identifier la nature de travail ou d'autonomie du lien, certains—la majorité—s'inscrivant dans la notion classique de dépendance et de subordination juridiques et ses éléments caractéristiques; et

d'autres, dans une notion plus large qui n'est pas épuisée par l'existence de la subordination et prend en considération d'autres éléments qui ne sont pas typiquement du travail. En prenant comme référence le récent prononcé de la justice uruguayenne lié à la question en question, dans ce travail, nous essaierons d'identifier cela sans préjudice du fait qu'il peut y avoir des normes du travail différentes (comprendre par celles-ci, un ensemble complet d'éléments, de critères ou d'indications prendre la décision), la subordination juridique continue d'être l'élément central dans la détermination du statut d'emploi du lien.

Mots-clés: plateformes numériques, travail indépendant, subordination, signes d'emploi.

SUMARIO: I. *El trabajo en el capitalismo de plataformas como punto de partida.* II. *El rol de la subcontratación en la calificación jurídica de la relación entre chofer y la empresa de plataforma.* III. *Más allá de la subordinación.* IV. *Reflexiones finales.*

I. EL TRABAJO EN EL CAPITALISMO DE PLATAFORMAS COMO PUNTO DE PARTIDA

Asistimos a una época de profundos cambios en nuestras vidas, motivados —entre otros factores— por el desarrollo de las tecnologías digitales y la irrupción de la economía digital. Si bien este escenario se ha denominado de diversas maneras con la finalidad de ilustrar sus virtudes o interpelar los riesgos y peligros que lo acompañan (economía disruptiva, cuarta revolución industrial, *gig economy*, economía colaborativa, economía *on-demand*, etc.), hay una realidad de fondo que se mantiene sin cambio, y es que seguimos viviendo en una sociedad capitalista en la cual la competencia y la búsqueda de ganancias proporcionan los parámetros de acción. La especialidad que el capitalismo del siglo XXI presenta es su materia prima: los datos; ya que, precisamente, la acción de extracción y análisis de esos datos es la fuente de creación de valor e ingresos.

En este contexto es que emergen las plataformas digitales, ya que irrumpen como novedosos modelos de negocios que, además de proporcionar enormes cantidades de información, cuentan con la capacidad para almacenarla y analizarla.

Si bien esta nueva realidad adopta múltiples formas, de acuerdo al tipo de prestaciones que se brinda al usuario,¹ las que están generando que se debata acerca de la “huida” del derecho del trabajo² son aquellas que importan un modelo de negocios que opera sin activos, salvo la propiedad del *software* y el análisis de los datos. Se trata de plataformas que “operan a través de un modelo hipertercerizado, en el que los trabajadores están deslocalizados, el capital fijo, los costos de mantenimiento y el *training* están deslocalizados. Todo lo que queda es el mínimo extractivo básico —el control de la plataforma que permite ganar una renta monopólica—”.³ Este es precisamente el modelo de negocio de Uber, empresa que resulta demandada en el caso objeto del presente análisis.

La forma en que se organiza el trabajo incluye trabajadores sujetos a formas de trabajo flexible y condicionados por la demanda de servicios, en donde la empresa intermediaria tiene el gobierno absoluto sobre la forma en que se desarrolla la actividad objeto del negocio. Estas formas de trabajo fragmentadas, informales y basadas en tareas se han ampliado enormemente, al punto de que asistimos a un cambio desde el modelo de producción fordista a un modelo de producción robotizada, flexible y diversificada que organiza y ordena el trabajo en forma distinta, de modo tal que el poder empresarial se ejerce de manera diferente, por tanto

...las viejas dimensiones jerárquicas y piramidales de la empresa entran en crisis, con los principios tayloristas y el sistema fordista de producción, para

¹ En este sentido, Srnicek realiza una división analítica y distingue entre “plataformas publicitarias” como Google o Facebook que extraen información de los usuarios para vender espacio publicitario; “plataformas de la nube” como Amazon Web Services que son propietarias del *hardware* y del *software* de negocios que dependen de lo digital y que los rentan de acuerdo con las necesidades; “plataformas industriales” como Siemens, que producen el *hardware* y *software* que se necesita para transformar la manufactura tradicional en procesos conectados por Internet que bajan los costos de producción y transforman bienes en servicios; “plataformas de productos” como Spotify que generan ganancias mediante el uso de otras plataformas para transformar un bien tradicional en un servicio y cobrar por ellos un alquiler o una tasa de suscripción; y finalmente están las “plataformas austeras” como Uber o Airbnb que intentan reducir a un mínimo los activos de los que son propietarias y obtener ganancias mediante la mayor reducción de costos posible. Srnicek, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra, 2018, pp. 51-83.

² Baylos, Antonio, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Alarcón, M. y Mirón, M., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, 2000, p. 68.

³ Srnicek, Nick, op. cit., p. 72.

dar lugar a procesos de control productivo más horizontales y más hetero-dirigidos en los que el trabajador goza de mayor autonomía en la ejecución de su trabajo, que hace que formalmente haya un cierto relajamiento de las prácticas de dependencia.⁴

Así, los debates acerca del capitalismo de plataformas y su impacto en el espacio laboral parecen remitirnos a los albores del siglo XIX y, en particular, a la viva controversia sobre la calificación de la laboralidad del vínculo de quienes prestan servicios para estas empresas digitales. Desde luego, resulta novedoso el uso de la tecnología y el diseño del negocio, no así el hecho de que, ante una anomalía en la forma típica de prestaciones del trabajo en donde se opta por la contratación de autónomos, se discuta sobre si esta es la verdadera naturaleza de ésta.

II. EL ROL DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL CHOFER Y LA EMPRESA DE PLATAFORMA

En la actualidad, la mayoría de las tradiciones jurídicas no proporcionan una solución legal expresa o fórmula clara para determinar si quien presta servicio inmerso en este contexto debe clasificarse como trabajador dependiente o autónomo, así que la resolución de esta ambigüedad, cuando se contrata, queda a criterio de la empresa, la que resuelve ir por la autonomía del vínculo con el prestador del servicio a través de fórmulas civiles o mercantiles.

¿Por qué el trabajo autónomo como modalidad para vehicular este modelo de negocio? La respuesta a esta interrogante está en los propios caracteres de éste: por un lado, la flexibilidad en la disposición de la mano de obra, rasgo básico para atender la demanda; por otro, los amplios espacios dejados a la autonomía de las partes, lo que trasunta es una escasa protección para quienes prestan servicios; y finalmente, la reducción de los costos para la empresa.

No obstante, en los hechos se ha demostrado que la demanda impredecible de los consumidores hace que la flexibilidad sea ilusoria, la recopilación de datos invasiva, hasta el punto de afectar la privacidad de los usuarios,⁵ y el control ya no resulta ejercido en forma directa (o más bien física) sino que

⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en varios autores, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo*, Tecnos, 1999, p. 37.

⁵ Prassl, Jeremias, *Humans as a Service*, Oxford University Press, 2018, p. 27.

es delegado a una aplicación, la que resulta ser la herramienta principal de administración, dirección y control del negocio.⁶ Así, las nuevas tecnologías aplicadas al trabajo en plataformas, si bien permiten construir una relación mediada por la distancia física entre la empresa y el trabajador (bajo la narrativa de la autonomía en la prestación del servicio), no impiden en ningún sentido la formación de una relación de trabajo con base en la presencia de control y dirección, por tanto, desde el punto de vista jurídico laboral, la cuestión que se presenta es la de tratar de dilucidar si la relación que surge a través de estas plataformas digitales con los prestadores de servicios, corresponde a una relación de las protegidas por el derecho del trabajo.

Este es precisamente el problema jurídico planteado por el trabajador, y el objeto de las decisiones judiciales que se analizan.⁷

Así, la sentencia de primera instancia señala que se discute

...la naturaleza del vínculo trabado entre las partes, pues mientras el promotor aduce la existencia de un vínculo de trabajo subordinado entre las partes y las califica como de conjunto económico. La demandada alega la existencia de un vínculo de carácter comercial entre el reclamante y Uber, siendo el primero un prestador de servicios de transporte independiente, autónomo y Uber es una empresa de tecnología, no de transporte, por lo cual mal podría ser empleadora.

En idéntico sentido, el Tribunal de Apelaciones precisa que se trata de un problema de “calificación jurídica del vínculo en debate”.

A efectos de resolver la controversia, ambas instancias edifican su razonamiento con base en la noción de subordinación, y especialmente a la Recomendación núm. 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como premisa normativa. Si bien existe consenso en cuanto al material normativo aplicable, no es así en cuanto al alcance e interpretación de éste, ya que mientras en primera instancia se consigna a la subordinación como “elemento infaltable para determinar o no la existencia de la relación laboral”, el Tribunal de Apelaciones plantea una superación de esta noción a efectos de determinar

⁶ Ivanova, Mirela *et al.*, “The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management”, *Arbeit | Grenze | Fluss - Work in Progress Interdisziplinärer Arbeitsforschung*, N° 2, 2018, pp. 7-8.

⁷ “*Queimada, Esteban c/ Uber Technologies Uruguay S.A. y otro*”, IUE 2-3894/2019. Entendiéndose en primera instancia el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno (11.11.2019) y en segunda el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno (3.6.2020).

la laboralidad del vínculo al señalar que “tal característica puede estar o no estar”. Este aspecto resulta central, ya que interpretaciones divergentes pueden dar lugar a respuestas distintas a la cuestión que ha de resolverse, no obstante, este no fue el caso, ya que en ambas instancias se decidió a favor de la laboralidad del vínculo, poniendo el énfasis del análisis jurídico en la presencia fáctica de subordinación y dependencia del trabajador que se desempeña como chofer.

Evidentemente el juez, en tanto aplicador de normas, aunque esté vinculado por las directrices establecidas en las mismas, tiene libertad para seguir distintos métodos de interpretación, exigiéndose —a efectos de la justificación en la premisa adoptada— solidez en la argumentación, la identificación de los criterios hermenéuticos utilizados y un razonamiento enmarcado en el material jurídico vigente.⁸ Asimismo, dicha construcción debe tener conexión con la decisión final, ya que de lo contrario la elaboración resulta estéril. Tal como relevaremos, este estándar no resulta ser superado en el razonamiento del Tribunal de Apelaciones en cuanto a la superación de la subordinación que propone.

En mérito a lo referido, nos proponemos analizar las decisiones judiciales y las razones que determinaron las mismas. Para ello, dejaremos a un lado la lógica formal⁹ como instrumento para explicar el proceso decisorio para centrarnos en cuestiones materiales, es decir, en los motivos sobresalientes que condicionaron el contenido de las decisiones y los criterios empleados por el juez de instancia y por el Tribunal.

1. *La subordinación jurídica como elemento normativo esencial en la operación de calificación de las relaciones protegidas por el derecho del trabajo*

Actualmente existe consenso en la doctrina uruguaya¹⁰ en identificar a la subordinación jurídica como el criterio calificador de las relaciones de trabajo

⁸ Al respecto, véase Segura, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 73-114.

⁹ Entendiendo por ésta el modelo conforme al cual “los sujetos encargados de realizar la tarea de aplicación desarrollan una labor puramente cognoscitiva que se reduce a la realización de una serie de operaciones lógicas. La aplicación de la ley consiste básicamente en subsumir los hechos que se presentan ante el juez bajo la norma legal y de un modo silogístico extraer las consecuencias previstas en la norma”. *Ibidem*, p. 75.

¹⁰ A modo de ejemplo, Américo Plá Rodríguez afirma que “La subordinación es el criterio distintivo del contrato de trabajo y, por consiguiente, la llave de paso para la aplicación del de-

protegidas por el sistema normativo laboral, y ello por cuanto se encuentra dotado de mejores cualidades a efectos de cumplir la finalidad de calificación, ya que “a lo largo de su amplia andadura histórica, la noción de dependencia ha mostrado poseer una extraordinaria capacidad de adaptación a la diversidad de perfiles bajo los cuales comparece en la realidad el fenómeno económico y social de trabajo asalariado”.¹¹

Por su parte, la jurisprudencia¹² ha acompañado esta posición, lo que en su momento resulta plasmado en las decisiones que se comentan, aunque con algunas diferencias en cuanto a su centralidad como figura normativa para determinar la naturaleza laboral de la relación.

Así, la sentencia de primera instancia precisa a la subordinación y la remuneración como elementos imprescindibles en la calificación jurídica de la relación como de naturaleza laboral, previniendo que “no basta con poner sus energías al servicio de otro para conformar la relación laboral”.

En su oportunidad, la sentencia del Tribunal de Apelaciones —basándose en una interpretación de lo establecido en la Recomendación núm. 198 de la OIT— señala que, si bien el instrumento internacional

...considera la subordinación, la desfocaliza como el aspecto principal y excluyente en la solución del conflicto, y lo focaliza en un elenco mucho más abierto que de todos modos lo incluye. Pero en pie de igualdad en cuanto a su trascendencia. Por lo que admite la relación de trabajo aun sin la subordinación en su concepto clásico, si se detectan uno o varios de los restantes indicadores.

Si bien dicho párrafo resulta impreciso en cuanto a la determinación de si es la subordinación o no el elemento fundamental para calificar una relación como laboral, seguidamente lo clarifica, ya que expresamente señala que

recho del trabajo”. Al respecto, véase Rivas, Daniel, *La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 17.

¹¹ Sanguinetti, Wilfredo, “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 40, 1996, p. 53.

¹² La mayoría de las tradiciones jurisprudenciales, a efectos de determinar la naturaleza del vínculo, analizan la existencia de indicios de subordinación y dependencia del que presta el servicio a favor de la empresa digital. A modo de ejemplo, puede verse el exhaustivo análisis de varias tradiciones jurisprudenciales realizado en University of Oxford, “The Employment Status of Uber Drivers. A Comparative Report Prepared for the Social Law Project, University of the Western Cape”; disponible en <https://obrhr.law.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2017/10/OPBP-Uber-Project-Final.pdf>.

...la subordinación o dependencia deja de ser una condición necesaria y excluyente, para reposicionarse en una condición suficiente. Ello se infiere de la interpretación del texto de la Recomendación cuando, en sede de las políticas a adoptar por los Estados sugiere la subordinación o dependencia a título de ejemplo. Ello autoriza a inferir que tal característica puede estar o no estar, y si puede estar o no estar también podría adoptar una resolución intermedia consistente en su reformulación.

A nuestro entender, el razonamiento incurre en una confusión entre tipo normativo y manifestaciones de aquél; en otras palabras, entre subordinación e indicios, ya que del propio texto de la sentencia se infiere que se otorga a los indicios un valor propio y distinto de la noción de subordinación, aunque equivalente, cuando en rigor no lo son.

2. ¿Qué justifica que sea la subordinación el elemento fundamental para determinar la laboralidad del vínculo?

Básicamente, la existencia de poder. En efecto, el poder es “un punto clave en el campo de las relaciones laborales” ya que las mismas “están centradas en los procesos de influencia y control sobre el trabajo”.¹³ En efecto, la relación de trabajo se construye como un espacio en donde existe una desigual distribución de poder, siendo los trabajadores los que se encuentran en situación de sujeción respecto del otro, en tanto “la empresa es quien decide si habrá trabajo o no, y la gerencia quien disfruta el derecho a decidir cómo se va a organizar el trabajo”,¹⁴ en este sentido, “individualmente considerado, el empleado [...] no detenta normalmente poder social alguno, puesto que, en cuanto individuo, sólo muy excepcionalmente posee poder de negociación”.¹⁵

En este sentido, la protección del derecho del trabajo se justifica en aquellos casos en los cuales el trabajador se encuentra en una situación de contracción a su libertad, en el sentido de pérdida de autonomía o autodeterminación en la ejecución de la tarea encomendada, poniéndose bajo el control y la dirección de otro (empleador). Ahora bien, para hacer operativa esa protección

¹³ Kirkbride, Paul, “El poder”, en varios autores, *Relaciones laborales. La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 121.

¹⁴ Kennoy, Tom, “La creación de mecanismos de control”, en varios autores, *Relaciones laborales...*, *cit.*, p. 159.

¹⁵ Kahn-Freund, Otto, *Trabajo y derecho*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 59.

...se utiliza un tipo abierto —la subordinación— cuyo contenido se refiere a la dirección y control que un tercero —el empleador— ejerce sobre ese trabajador. La forma de la existencia de esa subordinación es determinar para el caso concreto la presencia relevante de manifestaciones —denominados indicios— de esa pérdida de libertad en la forma en que se presta o se ejecuta el trabajo convenido.¹⁶

Así, mientras que la subordinación se construye como el elemento que permitirá determinar quiénes serán protegidos por las normas del derecho del trabajo —los trabajadores en dependencia jurídica—, los indicios permitirán evidenciar en el caso concreto la presencia relevante de manifestaciones de esa pérdida de autonomía.

La interpretación sostenida por el Tribunal de Apelaciones se aparta de esta construcción, y de la posición histórica en Uruguay respecto a la noción de subordinación como criterio central de distribución de la protección del derecho del trabajo, y postula una superación o desborde de la misma, pero sin argumentar con claridad cuál es el otro criterio de configuración del derecho del trabajo y cuáles son las razones subyacentes al mismo, a la vez que se pierde de vista que los indicios o indicadores son expresión de algo más, y no tipos normativos autónomos con un valor en sí mismo, por lo que mal pueden constituirse como criterios equivalentes a la subordinación.

A pesar de estas diferencias interpretativas en cuanto a la premisa normativa, el planteamiento del razonamiento judicial en ambas instancias se estructura con base en manifestaciones que expresan el contenido propio de la subordinación, tal como afirma el Tribunal: “la ostensible constricción a la libertad en la ejecución de la tarea y en el beneficio que ella podría reportarle, no habilitan reconstruir un contrato comercial sino una relación de trabajo”. Por tanto, la construcción que apuesta a una superación de esta noción no resulta justificada.

3. *La técnica indiciaria como mecanismo de aplicación del tipo normativo*

Relevada la centralidad de la subordinación como criterio de distribución de la protección laboral, y despejado que el contenido propio de la misma consiste en el control y dirección ejercidos sobre el trabajador, surge la siguiente interrogante: ¿cómo se determina su presencia para el caso concreto?

¹⁶ Ugarte, José Luis, “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, Universidad Diego Portales, núm. 35, 2020, p. 7.

Ambos pronunciamientos consideran que dicha operación es a través del haz de indicios postulados en la Recomendación núm. 198 de la OIT como el marco teórico aplicable en Uruguay cuando existe controversia en la calificación de una relación jurídica que compromete trabajo, pues no existe en dicho país expresión normativa alguna que defina la frontera entre el trabajo al amparo del derecho del trabajo y el prestado en forma autónoma, considerando el documento emitido por el organismo internacional como una fuente de derecho.

Así, el protagonismo de la Recomendación mencionada resulta central en ambas decisiones, y opera como una suerte de guía argumentativa en la determinación de las notas caracterizantes de una relación laboral, no obstante hay una diferencia en cuanto al valor jurídico otorgado a dicho instrumento, ya que mientras la sentencia de primera instancia señala que se trata de “una herramienta de interpretación para determinar la posición de cada sujeto en la relación debatida”, la sentencia del Tribunal advierte que “debe ser utilizada como modelo normativo para sustituir o complementar la elaboración doctrinaria desarrollada antes de su vigencia”, con el fin de “apreciar y calificar los hechos de la realidad en situaciones en las que se compromete trabajo y la naturaleza del vínculo se encuentra en debate”.

Si bien la Recomendación mencionada es un elemento útil a considerar por el juez con el fin de edificar el razonamiento jurídico, no puede perderse de vista que dicho instrumento internacional nace como una propuesta ante la restricción de libertad evidenciada en aquellas relaciones de trabajo típicas, por lo que los indicadores propuestos para identificar una relación como de naturaleza laboral tienen que ver con la sujeción física del trabajador en un lugar determinado, es por ello que los indicios que se expresan aluden a instrucciones directas de otra persona, la integración organizacional, un horario determinado, trabajar en el lugar o local de la empresa, suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte del empleador, continuidad, etc.

Como se señaló anteriormente, el desarrollo de las tecnologías, la transformación digital y su integración en novedosos modelos de negocios, han llevado a que surjan nuevas formas de trabajo, en este sentido, el espacio de trabajo se transforma, “se deslocaliza por intermediación tecnológica, se trabaja a distancia y las relaciones se establecen a través de redes. Las redes neuronales, los robots y aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental de la producción: procesos enteramente gestionados por las máquinas”.¹⁷

¹⁷ Mercader, Jesús, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 31.

En este sentido, la objeción podría residir en que un apego muy estricto al catálogo de indicadores que allí se mencionan podría importar el desconocimiento de otras manifestaciones que responden a una forma de trabajo que no existía (o al menos no en la relevancia que tiene hoy) en la época en que dicho instrumento fue confeccionado. Así, darle un valor normativo que pretenda capturar la esencia de la subordinación como tipo abstracto puede hacer muy rígida la operación de calificación y omitir elementos que sí dan cuenta de que el trabajador está en una situación de sujeción pero que no se relevan por no encontrarse previstos en dicho haz indiciario.

Por ejemplo, el trabajador ya no se encuentra desempeñando la actividad en un espacio determinado, la intensidad y ritmo productivo no requieren integrar laboralmente al trabajador a la organización, la jornada no es continua ni la remuneración necesariamente periódica o exclusivamente la única fuente de ingresos del prestador del servicio, las herramientas no son proporcionadas por el empleador, etc.

Si bien la operación de calificación se logra a través de la técnica indiciaria, es decir, a través del análisis de las manifestaciones presentes en el caso concreto que den cuenta del ejercicio de dirección y control por parte del empleador, esto va a depender de la realidad productiva del momento en cuanto a formas de expresarse el poder en la relación de trabajo. Al respecto, se ha precisado que no existe un conjunto “estructuralmente inherente de indicios en la subordinación, ya que su presencia es contingente para cada caso”, por tanto, “no es que, en rigor, existan nuevos indicios que reemplacen o sustituyan a los antiguos sobre la misma base o contenido, sino que hay indicios propios de otra forma de control/dirección que comienza a extenderse en el trabajo asalariado: el control virtual o algorítmico”.¹⁸

En este sentido, el análisis del aplicador del derecho debería enfocarse en el examen específico de la forma en que se presta el servicio o las tareas encomendadas, para evidenciar si de la misma surge que no existe autonomía del trabajador en su ejecución, ya que, por el contrario, un tercero ordena, controla y disciplina el proceso productivo, lo que da mérito a la tutela laboral. En este sentido, los indicadores pueden ser múltiples y variados dependiendo de la actividad, el tipo de negocio, la organización productiva en la que esté inmerso el trabajador, etc. De allí que pueda afirmarse que el procedimiento de calificación debe estar encaminado al examen de la realidad a la luz de las nociones de dirección y control, y no a la identificación o subsunción a indicios o indicadores señalados en forma general y abstracta.

¹⁸ Ugarte, José Luis, *op. cit.*, pp. 8-9.

4. *Manifestaciones de la sujeción del trabajador al poder del empleador*

Ambas instancias fueron coincidentes en inclinar la balanza hacia la laboralidad del vínculo entre el chofer y la empresa Uber, otorgándole un valor significativo al grado de dirección y control que se ejerce sobre el trabajo prestado, y, por tanto, al sometimiento del trabajador al círculo rector, disciplinario y organizativo de la empresa digital. Asimismo, es coincidente el rol central que se otorga al principio de primacía de la realidad como criterio interpretativo.

En este contexto, exponiéndose la prevención de que los indicadores que se describen no pueden apreciarse aisladamente de los restantes, sino en su conjunto y en forma integral, se observan los siguientes indicios como relevantes.

A. Uber se benefició principalmente con el trabajo prestado

Señala el Tribunal de Apelaciones que el trabajo realizado en beneficio de otro cobra una nueva dimensión en la Recomendación, ya que prevé que el beneficio del trabajo puede ser o bien únicamente para otro, o bien “principalmente” para otro. Así, se señala que basta que el sujeto a quien se entrega el trabajo haya asumido el riesgo en forma principal para entenderlo como un indicio de laboralidad. Así, se señala que Uber se hizo cargo de la tecnología —la *driver app*— así como del diseño y establecimiento de las tarifas y del porcentaje de cada uno en el reparto de lo recaudado. Esto no lo fijó el trabajador, ni éste en negociación con Uber, sino Uber unilateralmente. A tal punto, que como surge de la plataforma fáctica, el conductor aceptaba el viaje sin saber exactamente cuánto recibiría, en tanto que la distancia recorrida y los importes por tiempo únicamente podría ser determinados por la empresa.

B. Integración del trabajador a la organización de Uber independientemente de la naturaleza de la empresa

Si bien Uber argumentó que lo que proporcionaba en el vínculo jurídico era la tecnología, la realidad es que el conductor efectivamente la utilizó, y además lo hizo en forma gobernada por la empresa, quien era la que recibía las solicitudes de traslado, las asignaba a cada conductor, resolvía unilateralmente los criterios mediante los cuales distribuía tal asignación,

cobraba directamente la tarifa al usuario y gestionaba el cobro del servicio. En rigor, el trabajador solamente se encargaba de la ejecución del traslado de los pasajeros.

Este aspecto es considerado en las decisiones judiciales. Así, en primera instancia se precisa que “la labor desempeñada por el accionante durante años constituyó un eslabón de la actividad de la demandada por su cuenta y riesgo y parte de su organización”. En su oportunidad, señala el Tribunal que el debate acerca de si Uber es una empresa de transporte o una empresa de tecnología, carece de incidencia, este aspecto podría gravitar luego de haberse concluido en la calificación como relación de trabajo, para poder conocer el salario y las condiciones de trabajo. Lo relevante es que la empresa utilizaba la herramienta tecnológica para organizar su sistema productivo, conectar la demanda de servicios de transporte con la oferta respectiva, y gestionar el cobro del servicio al usuario. En su momento, el trabajador se ocupaba de realizar el transporte del usuario que Uber le adjudicaba con la sola opción de tomar o dejar la actividad que la empresa disciplinaba. Por lo que se infiere, sin obstáculo, que la labor del trabajador constituye un eslabón del proceso productivo organizado y comandado por Uber, y al que se lo somete y se lo integra, ocupando una función concreta que armoniza con el propósito de Uber, y que sin ella la labor de traslado de pasajeros no existiría como negocio.

C. Realización del trabajo según instrucciones o bajo el control de otra persona

Señala el Tribunal de Apelaciones que este indicador que prevé la Recomendación aludida es de “textura abierta en tanto no refiere a la forma de emitir instrucciones ni a su alcance, y tampoco a la entidad del control”. Para interpretarlo entonces, en la sentencia de segunda instancia se indagaron dos aspectos conexos: por un lado, si Uber emitió algún tipo de instrucción y si ejerció algún tipo de control; y, por el otro, el grado de libertad en la ejecución de la tarea comprometida por el trabajador.

Referente al último aspecto señalado, se precisa un elemento potente en la argumentación y es que ello debe apreciarse desde la faz de ejecución de la tarea, lo que trae aparejado que no interese como elemento a valorar la intensidad de la libertad para conectarse o no, sino después de conectarse y a partir de que asume la realización del traslado. En definitiva, lo relevante es si el trabajador en la ejecución del transporte de pasajeros podía desenvolverse con libertad en el sentido de autodeterminación, resolviendo cómo

y para quién hacerlo o si estaba sujeto a las indicaciones de Uber. Tal como apunta acertadamente el Tribunal “Este es el sesgo de la libertad que interesa, por cuanto es la libertad a la hora de la realización de la tarea asumida la que caracteriza al trabajo autónomo”. El autónomo organiza la tarea y la ejecuta siguiendo sus decisiones, sin perjuicio de que el comitente del trabajo controle el resultado. En el caso, el trabajador ejecutaba los traslados conforme las instrucciones que surgen del contrato previstas unilateralmente por la empresa: trasladaba al pasajero que Uber le atribuía, no conocía ni al usuario ni sus datos hasta que Uber se lo comunicaba, no podía contactarse directamente con usuarios, debía trasladarlos en el automóvil registrado que, además, debía mantener en determinadas condiciones de higiene, no podía realizar paradas ni interrupciones en el trayecto, tenía prohibido mostrar cualquier tipo de elemento que lo identificaran con Uber (nombre, colores, uniforme u otra prenda, logotipos, etc.), no podía realizar viajes durante más de ocho horas consecutivas o doce discontinuadas por día. Asimismo, debía realizar la tarea teniendo en cuenta las actualizaciones o modificaciones realizadas “por Uber a su discreción de cuando en cuando” (así lo estipulaba el contrato firmado).

También estaba sujeto a control por parte de la empresa, le examinaba la ruta que realizaba, pudiendo calificarla en caso de entenderla poco eficiente, o si no finalizaba el servicio o si se producía una falla técnica, de hecho, la empresa podía reducir o cancelar la tarifa. Por su parte, Uber elabora un perfil del conductor a partir de las calificaciones de los usuarios y les exige mantener una calificación mínima. Incluso, la empresa insta a los usuarios a notificarle inmediatamente de cualquier incumplimiento o sospecha de incumplimiento o uso o revelación de una ID del conductor.

D. Poder disciplinario y sancionador

En el material fáctico, se pone de relieve que si el trabajador tiene una calificación por debajo de aceptable, y el conductor no lo soluciona en el tiempo que Uber le asigna, la empresa podía desactivarle el acceso a la aplicación. Además, el rechazo repetido de peticiones de transporte generaba una experiencia negativa para el conductor y debía cerrar la aplicación. En consecuencia, señala el Tribunal, “Uber dirige y controla toda la actividad del conductor. Incluso responde con actos que perjudican al chofer representando una modalidad de ejercicio del poder sancionador típico de un empleador y no de un contratista comercial”.

Se relevan asimismo otros indicios como la continuidad del trabajador en la empresa (tres años aproximadamente), la retribución periódica, el suministro de herramientas (entendiendo por éstas la *driver app* y todo su gobierno) y la dependencia económica.

III. MÁS ALLÁ DE LA SUBORDINACIÓN

La operación de calificación de laboralidad toma especial relevancia para los jueces, ya que son quienes deben definir si la relación es laboral o no en función de diversos criterios emanados de la ley o la doctrina. Así pues, a efectos de resolver esta dicotomía, las distintas tradiciones jurisprudenciales han presentado elementos variados para identificar la naturaleza laboral o autónoma del vínculo, algunas —la mayoría— moviéndose dentro de la noción de dependencia y subordinación jurídica y sus elementos caracterizantes (tal como en el caso analizado); y otras, dentro de una noción más amplia que no se agota en la existencia de subordinación y toma en consideración otros elementos que no son típicamente laborales. Un ejemplo de ello es el denominado “Test ABC”, estándar sostenido en el estado de California (primero por la jurisprudencia y luego recogido en una ley¹⁹), que pone el acento más allá del control y dirección del trabajador, exigiendo un escrutinio más exigente para descartar la calificación de laboralidad.

El 30 de abril de 2018, la Corte Suprema de California²⁰ adoptó por primera vez un estándar para determinar la laboralidad de una relación, el mismo (que resulta ser distinto al utilizado anteriormente por la misma jurisdicción)²¹

¹⁹ La Ley denominada “AB-5 Worker status: employees and independent contractors”, vigente desde enero de 2020, modifica el Código del Trabajo del estado de California y señala que el “Test ABC” resulta de aplicación para todos los trabajadores salvo excepciones referidas expresamente como algunas ocupaciones o vínculos contractuales específicos. Así, esta norma ordena a las empresas a cumplir con dicho estándar al momento de calificar la naturaleza del vínculo con sus trabajadores, estableciéndose que en caso de que clasifiquen erróneamente a sus trabajadores como autónomos pueden ser sancionados con multas, además de ser objeto de demandas por los trabajadores o por el propio Estado.

²⁰ *Dynamex Operations West, Inc. v. Tribunal Superior del Condado de Los Angeles* (Sentencia de fecha 30 de abril de 2018); disponible en <http://www.courts.ca.gov/opinions/documents/S22732.PDF>.

²¹ En su decisión, la Corte Suprema dejó a un lado el “Test Borello” tomado como referencia a partir del caso *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Departamento de Relaciones Industriales* (1989); disponible en <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/48/341.html>. El mismo evaluaba múltiples elementos para determinar si un prestador de servicios era un trabajador

impone una carga significativamente más alta a las empresas, ya que parte de una presunción de existencia de la relación laboral, que puede superarse si la empresa puede acreditar copulativamente tres elementos: a) que el prestador del servicio esté libre de control y dirección sobre el desempeño de su trabajo; b) que el trabajo proporcionado esté fuera del giro habitual de la empresa; y c) que el trabajador se dedique habitualmente a un oficio, ocupación o negocio en forma independiente de la misma naturaleza que el trabajo realizado.

Uno de los aspectos más destacables es la carga de la prueba que se impone a la empresa, ya que el punto de partida es una presunción de laboralidad, la que, a todas luces, no resultará fácil derribar, salvo que la relación verdaderamente sea autónoma.

Así, a diferencia del estándar clásico analizado antes, los indicios de subordinación y la existencia de control no son los elementos más importantes para determinar si existe una relación de trabajo, sino sólo uno de los tres elementos a considerar. Concretamente, forman parte de la primera interrogante (parte “A”) que se hace este estándar: ¿el trabajador presta sus servicios libres de control y dirección por parte de la empresa? A efectos de responderla, se analizan los mismos criterios que los analizados en el estándar anterior, es decir, indicios de subordinación.

La segunda interrogante que debe responderse (parte “B”) tiene relación con un aspecto más amplio y que refiere a la organización del negocio: ¿el trabajador realiza un trabajo que está fuera del giro habitual de la empresa? La presente fórmula sugiere que se evalúe si los trabajadores participan realmente en una actividad marginal o si el negocio está siendo utilizado por el empleador para cumplir servicios propios de su giro, y por tanto se utiliza la figura autónoma para evadir las obligaciones salariales, impositivas y de otro tipo.²²

Finalmente, la última interrogante a plantearse con el propósito de superar esta prueba (parte “C”) es: ¿el trabajador desarrolla habitualmente una profesión, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la empresa contratante? Para cumplir con esta parte, la empresa debe demostrar que el trabajador desarrolla una actividad de manera independiente por fuera de la empresa a la cual presta servicios, debe ser una actividad

dependiente o autónomo, siendo el principal de ellos el ejercicio de control sobre la forma en que se realiza el trabajo.

²² Deknatel, Anne y Hoff-Downing, Lauren, “ABC on the Books and in the Courts: An Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statutes”, *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, núm. 53, 2015.

autónoma estable y duradera que sobrevivirá a la terminación de la relación con la empresa contratante.

Este estándar utilizado a efectos de la calificación del vínculo no se agota en los indicios de subordinación, sino que se pretende ver más allá de esos elementos e incorpora al análisis aspectos vinculados a la forma de organización del negocio y de la naturaleza del servicio en particular, en rigor conjunta elementos típicamente laborales con otros que no lo son. Pero, además, parece comprender a cabalidad el nuevo fenómeno y ampliar la protección del derecho del trabajo a quienes se encuentran prestando servicios para las empresas de plataformas, al partir de una presunción de laboralidad —lo que parecería ser la realidad de estos trabajadores— y trasladar a la empresa la carga de probar la existencia de autonomía en la prestación del servicio.

IV. REFLEXIONES FINALES

La generalización del trabajo a través de las empresas digitales, y en particular las condiciones en las que se presta el mismo, han iniciado un debate legislativo, doctrinal y jurisprudencial vinculado a la adecuada protección laboral de quien actúa en el negocio como trabajador. Se trata de una situación muy particular, en tanto la “autonomía” o flexibilidad en la cual se encuentra inmerso el trabajador de plataformas viene de la mano de nuevas herramientas de control a disposición de la empresa, lo que nos pone de frente a un conflicto que es del interés de todas las tradiciones jurídicas ordenar.

La cuestión es la siguiente, ¿la relación que surge a través de estas empresas digitales con sus “colaboradores” corresponde a una relación de las protegidas por el derecho del trabajo?

En un escenario como el actual, con falta de orientación política y legal que establezca una dirección determinada, la labor jurisprudencial resulta fundamental. Debido a lo anterior, toma relevancia desmenuzar las fórmulas utilizadas por las distintas tradiciones jurisprudenciales con el fin de determinar la naturaleza del vínculo.

Así, es posible señalar que la mayoría de las tradiciones jurídicas consideran la subordinación como elemento central para determinar la laboralidad del vínculo, dando señales de querer insistir en la senda de flexibilizar el alcance del concepto de subordinación para hacerlo aplicable a esta nueva forma de organizar el trabajo, y no de moverse por fuera del mismo. En general, se estima la laboralidad del vínculo en tanto el trabajador es ajeno a la organi-

zación, al dominio de la demanda de los usuarios y a la determinación de la tarifa, su ajuste y cambios. En efecto, la prestación del servicio es dirigida y controlada por la empresa de plataformas desde la etapa inicial, a través de la firma de un contrato de adhesión, sin el mínimo poder de negociación para el trabajador, y durante toda la ejecución.

En el caso presentado ante la justicia uruguaya, la estructura argumentativa de las decisiones judiciales se construye justamente a partir de la noción de subordinación, ya que para descartar la calificación realizada por Uber en cuanto a que el trabajador era autónomo, se advierte que gravitan mayoritariamente los indicadores del dominio de la empresa a través del ejercicio constante de dirección y control sobre el trabajador. Así, la ostensible constricción a la libertad del trabajador en la ejecución de la tarea permite ubicar al trabajador dentro del colectivo protegido por el derecho del trabajo. En esta operación de calificación, la técnica de indicios —propia del estándar de la subordinación— resulta esencial y se ve enriquecida por la concurrencia de nuevos elementos, sin perjuicio de ello, la importancia y centralidad que se da a la Recomendación núm. 198 de la OIT resulta una diferencia ostensible si la comparamos con la construcción argumentativa de decisiones que se han adoptado en otras tradiciones jurídicas.

En definitiva, Uruguay se suma a la lista de países en donde la jurisprudencia se inclina por la condición de asalariado de los trabajadores de plataformas, considerando para su calificación la presencia de subordinación como el elemento normativo esencial en la operación de calificación de las relaciones protegidas por el derecho del trabajo.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYLOS, Antonio, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en ALARCÓN, M. y MIRÓN, M., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, 2000.
- DEKNATEL, Anne y HOFF-DOWNING, Lauren, “ABC on the Books and in the Courts: An Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statutes”, *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, núm. 53, 2015.
- IVANOVA, Mirela *et al.*, “The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management”, *Arbeit | Grenze | Fluss-Work in Progress Interdisziplinärer Arbeitsforschung*, núm. 2, 2018.

- KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y derecho*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- KENNOY, Tom, “La creación de mecanismos de control”, en varios autores, *Relaciones laborales. La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- KIRKBRIDE, Paul, “El poder”, en varios autores, *Relaciones laborales. La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- MERCADER, Jesús, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- PRASSL, Jeremías, *Humans as a Service*, Oxford University Press, 2018.
- RIVAS, Daniel, *La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en varios autores, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo*, Tecnos, 1999.
- SANGUINETTI, Wilfredo, “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 40, 1996.
- SEGURA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.
- SRNICEK, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra, 2018.
- UGARTE, José Luis, “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, Universidad Diego Portales, núm. 35, 2020.
- UNIVERSITY OF OXFORD, “The Employment Status of Uber Drivers. A Comparative Report Prepared for the Social Law Project, University of the Western Cape”; disponible en <https://obrhr.lam.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2017/10/OPBP-Uber-Project-Final.pdf>, 2017.

LOS RETOS DEL DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO DE LAS MUJERES EN ECUADOR*

THE CHALLENGES OF WOMEN'S RIGHT TO WORK
AND LEISURE IN ECUADOR

LES DÉFIS DU DROIT DES FEMMES AU TRAVAIL
ET AUX LOISIRS EN ÉQUATEUR

Adriana MORA BERNAL**
Ximena RON ERRÁEZ***
Javier ÁVILA LARREA****
Marcela SÁNCHEZ*****

RESUMEN: El presente artículo se propone analizar la desigualdad que sufren las mujeres en el ejercicio de los derechos humanos al trabajo y al ocio en el Ecuador. En cuanto a la metodología, la presente investigación utilizó el análisis económico del derecho, pretendiendo determinar los efectos del ejercicio del derecho al trabajo y al ocio por parte de las mujeres. El estudio se centró en estos derechos sobre la base de información disponible en el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos y el Índice Global sobre Brechas de Género del Foro Económico Mundial. Con estos datos se evidenció la situación de desigualdad de las mujeres respecto a salarios, empleo pleno, desempleo y ocio en el Ecuador, a pesar de contar con normas internacionales y nacionales que protegen sus derechos fundamentales. Situación que se muestra mucho más compleja con la llegada de la pandemia, pero que a su vez trae el desafío por

* Recibido el 11 de noviembre de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Docente e investigadora en la Universidad Católica de Cuenca.

*** Abogada litigante. Docente de posgrado e investigadora en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

**** Docente e investigador en la Universidad Católica de Cuenca.

***** Docente e investigadora en la Universidad Católica de Cuenca.



parte de los Estados a generar empleo tomando en cuenta los aspectos económicos y ambientales.

Palabras clave: derechos de la mujer, derecho al trabajo, desigualdad social, igualdad de oportunidades, ocio.

ABSTRACT: This article aims to analyze the inequality suffered by women in the exercise of the human rights to work and leisure in Ecuador. In terms of methodology, this research used the economic analysis of the right to determine the effects of the exercise of the right to work and leisure by women. The study focused on these rights based on information available from the National Institute of Statistics and Census and the Global Gender Gap Index of the World Economic Forum. These data showed the unequal situation of women concerning salaries, full employment, unemployment, and leisure in Ecuador, despite the existence of international and national norms that protect their fundamental rights. This situation is much more complex with the arrival of the pandemic, but at the same time brings the challenge for the States to generate employment considering economic and environmental aspects.

Keywords: women rights, right to employment, social inequality, equal opportunity, leisure.

RÉSUMÉ: Cet article vise à analyser les inégalités subies par les femmes dans l'exercice des droits humains au travail et aux loisirs en Équateur. En ce qui concerne la méthodologie, cette recherche a utilisé l'analyse économique du droit, procurant de déterminer les effets de l'exercice du droit au travail et aux loisirs par les femmes. Pour analyser ces droits, l'étude a utilisé les informations de l'Institut National des Statistiques et des Recensements et l'Indice Mondial de l'écart entre les genres du Forum Économique Mondial. Ces données mettent en évidence la situation inégale des femmes en termes de salaire, plein emploi, chômage et loisirs en Équateur, malgré les normes internationales et nationales qui protègent leurs droits fondamentaux. Ceci est d'autant plus complexe avec l'arrivée de la pandémie, ce qui à son tour pose le défi des États de créer des emplois en tenant compte des aspects économiques et environnementaux.

Most-clés: droits des femmes, droit au travail, inégalités sociales, égalité d'opportunités, loisir.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos humanos de las mujeres*. III. *La igualdad de género en el derecho ecuatoriano*. IV. *El derecho al trabajo y al ocio. Dos temas relevantes en la igualdad de género en Ecuador*. V. *Discusión y resultados*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia ha provocado grandes impactos económicos a nivel mundial, y para América Latina y el Caribe éstos se presentaron en un momento de debilidad y vulnerabilidad macroeconómica,¹ profundizando las desigualdades y exacerbando los impactos hacia las mujeres y niñas únicamente por su sexo.² Naciones Unidas ha identificado que serán las mujeres y niñas quienes reciban mayoritariamente sus efectos, ya que generalmente ganan menos, ahorran menos, tienen trabajos inseguros y viven cerca de la pobreza.³

La COVID-19 ha traído devastadoras consecuencias sociales y económicas, debiendo los gobiernos limitar los efectos adversos que sufrirá el mercado de trabajo.⁴ Este reto estará latente más allá de la posibilidad de que una vacuna esté disponible a inicios o mediados de 2021 en los países de la región.⁵ “Este escenario provocará la mayor crisis económica y social de la región de las últimas décadas, que afectará de manera muy negativa al empleo, la lucha contra la pobreza y la reducción de la desigualdad, compromisos asumidos en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.⁶ En este marco, el Sistema de Naciones Unidas priorizó el reporte de avance y desafíos de los objetivos 4, 8, 10, 13, 16 y 17, siendo los más importantes para este trabajo el objetivo 8 y 10 que abordan el empleo digno y crecimiento económico, así como la reducción de la desigualdad.

¹ CEPAL/OIT, *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. El Trabajo en Tiempos de Pandemia: Desafíos frente a la Enfermedad por Coronavirus (COVID-19)*, Santiago, 2020, p. 7.

² Naciones Unidas, *The Impact of COVID-19 on Women*, 2020; disponible en <https://www.unwomen.org/-/media/HEADQUARTERS/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&rs=1406>.

³ *Idem*.

⁴ OIT, *Brindar Apoyo a los Ingresos y al Empleo en Tiempos de la COVID-19: Articular las Transferencias en Efectivo con Políticas Activas del Mercado de Trabajo (PAMT)*, p. 1.

⁵ OIT, *Panorama Laboral 2020. América Latina y el Caribe*, 2020, p. 58.

⁶ CEPAL/OIT, *op. cit.*, p. 7.

Así también, en 2015 la OIT adoptó las “Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos”, que sitúa como eje principal el trabajo decente. La agenda de transición justa permite identificar la relación entre el empleo y el medio ambiente y los impactos que se evidencian entre éstos. Como información relevante, en América Latina y el Caribe, alrededor de 64 millones de empleos dependen de los servicios ecosistémicos.⁷

En consecuencia, los efectos de la pandemia conllevan muchos desafíos para los gobiernos, pero también nuevas propuestas deben ser analizadas por los Estados para la recuperación postcovid-19; estas últimas tienen que dirigirse hacia la creación de empleos verdes y un crecimiento sostenible, como lo sugiere la OIT. En esta línea argumentativa, el secretario general de Naciones Unidas hace un llamado a que los países trabajen para que los fondos que se gastarán en la recuperación de los efectos del coronavirus generen empleos y negocios que permitan un crecimiento sostenible.⁸

Entonces, por un lado, nos encontramos frente al desafío de plantear la posibilidad de abordar los impactos económicos del coronavirus, y, por otra parte, la promoción de la descarbonización y la protección ambiental. En este sentido, la agenda de transición justa y empleo verde ha identificado sectores claves como la bioeconomía, energía y minería, turismo, movilidad y transporte, construcción, residuos y economía circular y manufactura. Sectores que para el Ecuador representan el 58%⁹ y que se han visto afectados por la COVID-19, pero que al mismo tiempo podrían convertirse en una potencial fuente de creación de empleos.

En conclusión, antes de la pandemia, los derechos laborales de las mujeres se enfrentaban a grandes retos, y en el contexto actual “en América Latina y el Caribe la COVID-19 ha ocasionado una devastación sin precedente en el mundo del trabajo con estimaciones de pérdida de 47 millones de empleo en la región”.¹⁰ Por ello, la presente investigación plantea analizar la situación de las mujeres respecto a las brechas existentes en salarios, empleo, subempleo, desempleo y ocio, antes y durante la pandemia, así como los retos a los que se enfrenta el mercado laboral, el cual debe evitar la permanencia de las brechas

⁷ OIT y BID, *Jobs in a Net-Zero Emissions Future in Latin America and the Caribbean*, 2020, p. 27; disponible en <http://dx.doi.org/10.18235/0002509>.

⁸ Sánchez, Ana Belén y Torres, Braulio, *Una recuperación verde y justa en América Latina y el Caribe: una perspectiva desde el mundo del trabajo*, OIT, 2020, p. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 7.

¹⁰ *Ibidem*, p. 3.

entre hombres y mujeres; aquí, el gobierno debe mejorar las condiciones de trabajo decente dentro de un marco de diálogo social, para que nadie se quede atrás y los países creen los empleos y la estructura productiva necesaria para la gestión sostenible de los recursos naturales.¹¹

II. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Cuando hablamos de derechos humanos, nos referimos a unos derechos que —si bien teóricamente han incluido tanto a hombres como a mujeres—, en la práctica, bajo su máscara de supuesta neutralidad, han excluido indefectiblemente a las mujeres.¹² Por lo que, “desde el movimiento de las mujeres y feministas, así como de distintos grupos sociales, se han hecho muchas críticas a los derechos humanos, poniendo en evidencia su falta de universalidad”.¹³ En 1991, con la campaña mundial “Los derechos de las mujeres son derechos humanos” se abordó la existencia de brechas entre la teoría y la práctica de derechos humanos, resultando insuficiente el concepto de igualdad formal ante la ley, emergiendo la necesidad de transitar a una igualdad material.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París en 1948 en el artículo 1, afirmó que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El reconocimiento, aplicación y ejercicio de los derechos de las personas, de acuerdo con lo que señala ese mismo cuerpo normativo, no responde a distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.¹⁴

Más de siete décadas después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, casi todos los instrumentos internacionales en esta materia insisten en la igualdad entre las personas e incluso realizan menciones expresas a la igualdad entre los sexos. Ejemplos de esto se encuentran contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, los cuales consagran el compromiso de los Estados Parte de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos.

¹¹ *Ibidem*, p. 2.

¹² Navarro, Marysa, “Los derechos humanos de las mujeres”, Foro de la Filantropía y Mujeres, México, 1993, p. 217.

¹³ Eusko Jaurlaritzta Gobierno Vasco *et al.*, *Tribunal Internacional de Derechos de las Mujeres. Viena +20. Euskalherria 2013*, Mugarikgab, 2013, p. 11; disponible en www.mugarikgabe.org.

¹⁴ Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

En función del fortalecimiento de la igualdad elevada a categoría de principio general del derecho, se han desarrollado, además, instrumentos internacionales de derechos humanos enfocados exclusivamente en erradicar la discriminación por sexo, como una de las formas específicas de transgresión al principio de igualdad. Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, adoptados en 1979 y 1999, respectivamente, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.¹⁵

Nótese que en el derecho internacional de los derechos humanos el principio de igualdad opera casi siempre junto al principio de no discriminación, mostrado como su consecuente inevitable. Sobre esta base, se fundamenta la prohibición de un trato desigual o diferente hacia ciertas personas por condiciones personales o sociales. Estos principios han sido ratificados por la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, estableciendo en sus párrafos 5 y 18 que los Estados deben promover y proteger los derechos humanos de la mujer y la niña en condiciones de igualdad, erradicando todas las formas de discriminación.¹⁶

Precisamente en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala, en su Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, que: “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”. Ahora bien, la evidente importancia en el contexto internacional de los principios de igualdad y no discriminación, especialmente en cuanto a la condición relacionada con el sexo y el género, se replica también en las legislaciones domésticas. Casi todos los países cuentan con normas jurídicas que garantizan la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Todo soportado en la noción de dignidad de las personas, que restringe actuaciones y tratos con privilegio o con hostilidad hacia y en contra de determinados grupos.

A pesar de que los principios de igualdad y no discriminación se encuentran contenidos en distintos instrumentos internacionales, desafortunadamente, la

¹⁵ Asamblea General de Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1979. Adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

¹⁶ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993.

realidad sigue demostrando que, a pesar de existir esta prohibición, aún existen actos que constituyen discriminación contra las mujeres, justificados debido a la cultura, la religión o la tradición.¹⁷ Aún no se ha llegado a alcanzar el resultado esperado de igualdad entre hombres y mujeres, esto debido a que existen diferentes factores que hacen que se postergue el disfrute pleno de los derechos de las mujeres.¹⁸ Por ello, “es necesario que los Estados deconstruyan las nociones esencialistas de la cultura y revisen críticamente las propias prácticas culturales sexistas que discriminan a las mujeres y que frecuentemente son normalizadas o justificadas”.¹⁹

III. LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO ECUATORIANO

Para contextualizar la situación de los derechos de las mujeres en Ecuador, es necesario hacer referencia al proceso de constitucionalización del orden jurídico, que ha tenido a lugar en países europeos y latinoamericanos; siendo un elemento característico, el reconocimiento de la fuerza normativa vinculante de la Constitución.²⁰ En este sentido, Ecuador, con la Constitución del 2008, se constituyó en un Estado constitucional de derechos y justicia, y tiene como deber primordial garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (artículo 1o.), transitando de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia.

Bajo estas consideraciones, a lo largo de su texto en la Constitución del 2008, se consagran derechos de no discriminación a favor de los ciudadanos. El artículo 3o. numeral 1 dispone que se debe “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en

¹⁷ Facio, Alda y Victoria, Anya, “Los derechos culturales y los derechos de las mujeres son Derechos Humanos y como tales, deben ser gozados en igualdad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 29, 2017, p. 69; disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6143999>.

¹⁸ Gil Acevedo, Juan Carlos, “Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia”, *Estudios de Derecho*, núm. 72, 2015, p. 169; disponible en <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a07>.

¹⁹ Facio y Victoria, *op. cit.*, p. 69.

²⁰ Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 666; disponible en <https://doi.org/10.14198/doxa2007.30.55>.

los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”. Esto en concordancia con el artículo 66 numeral 4 que reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal y material y la no discriminación. Así como la igualdad formal y material consagrada en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, que establece el derecho de todas las personas de gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

En concordancia con lo anterior, antes de la vigencia de la Constitución mencionada, los planes nacionales de desarrollo realizaron una mirada integradora, basada en un enfoque de derechos, que tiene como ejes la sostenibilidad ambiental y las equidades de género, generacional, intercultural y territorial. Bajo esta misma orientación, en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, se consolidó el enfoque de género como uno de los ejes transversales. Asimismo, el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida, plantea la reducción de los niveles de inequidad socioeconómica y de género.²¹

En este sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas fija como plan para conseguir los objetivos de desarrollo sostenible a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, la cual indica que no es posible realizar todo el potencial humano y alcanzar el desarrollo sostenible si se sigue negando a la mitad de la humanidad el pleno disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades.²² Asimismo, la Agenda Regional de América Latina y El Caribe identifica cinco enfoques propositivos relacionados a los derechos de las mujeres: igualdad de género, derechos humanos de las mujeres, interseccionalidad e interculturalidad, democracia paritaria, representativa, participativa y laicidad, y desarrollo sostenible e inclusivo.²³

En lo correspondiente al derecho humano al trabajo, éste se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 23, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones laborales equitativas y satisfactorias, y a la protección contra el desempleo,²⁴ que le asegure, así como a toda su familia, una existencia conforme a la dignidad humana que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. El Comité de Derechos Económicos, Socia-

²¹ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Atlas de Género*, 2018; disponible en https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Libros/Atlas_de_Genero_Final.pdf.

²² Asamblea General de Naciones Unidas, Transformar nuestro Mundo. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

²³ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *op. cit.*, p. 13.

²⁴ Naciones Unidas, Declaración..., *cit.*

les y Culturales, detalla a cada uno de los Estados cómo debe garantizar y proteger el derecho al trabajo, e indica los requisitos esenciales e interdependientes, como el de la disponibilidad, accesibilidad, la aceptabilidad y calidad.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República, al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, fija como uno de los objetivos del régimen de desarrollo la generación de trabajo digno y estable, y otros derechos relacionados al trabajo que están debidamente garantizados y que se derivan de los convenios y tratados ratificados por el Estado. Sin embargo, aún persiste la “reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral”,²⁵ impidiendo su realización como seres humanos tanto en su dimensión personal, así como económica. Esto a pesar de que la norma constitucional establece al trabajo como un deber social y como derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

En este marco, es importante no perder de vista que a las mujeres se les ha negado el pleno goce del principio de igualdad, tanto en lo que se refiere a su dimensión formal como material. En la normativa, esta distinción se encuentra recogida en la Constitución ecuatoriana en el artículo 11.2 y artículo 66.4; y a nivel de jurisprudencia, la sentencia núm. 292-16-SEP-CC, emitida en el caso núm. 0734-13-EP por la Corte Constitucional del Ecuador, indica que la igualdad formal implica que ante el sistema jurídico todas las personas deben tener un trato igualitario; mientras que la igualdad material se refiere a un análisis de la realidad de la persona. Esto significa que “la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, la igualdad sustancial está en proceso; así lo demuestran la subsistencia de realidades sociales desiguales”.²⁶

De esta manera, según asevera la Corte Constitucional, las mujeres tienen aún que enfrentar una dura realidad relacionada con la falta de una plena igualdad material o sustancial que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad que soportan, puesto que las mujeres tienen que luchar contra un *statu quo* que históricamente se expresa en marginación económica, política, jurídica y social.²⁷ Además,

²⁵ Caamaño Rojo, Eduardo, “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”, *Revista de Derecho*, núm. 34, 2010, p. 186; disponible en <https://doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005>.

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia núm. 292-16-SEP-CC emitida en el caso núm. 0734-13-EP.

²⁷ Valenzuela Reyes, María Delgadina, “Evolución legislativa sobre los derechos e igualdad jurídica de la mujer en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 10, 2010, p. 343.

cabe señalar que “la discriminación basada en el sexo, así como su incidencia, varía con el tiempo y según la estructura y la dinámica de los mercados laborales”.²⁸

El anterior razonamiento resulta congruente si se piensa que los principios de igualdad y no discriminación se aplican, principalmente, frente a grupos que han sido histórica y estructuralmente discriminados, como es el caso de las mujeres. Resultando la discriminación, como se vio *supra*, en una negación de la dignidad de una persona o grupo; de ahí que se muestre la relación entre el principio de igualdad y el principio de dignidad, siendo que la transgresión al primero deriva siempre en una vulneración del segundo.

No se trata entonces, únicamente, de lograr que las mujeres sean iguales a los hombres ante la ley, eliminando por ejemplo normas jurídicas aún subsistentes que las excluyen de la titularidad o el ejercicio de ciertos derechos; sino también, que se reconozca realmente su dignidad plena, en función de erradicar las desigualdades sustanciales, palpables en la realidad más allá de lo que dice la ley.

En este contexto, el empoderamiento económico de las mujeres es un requisito *sine qua non* para el desarrollo económico; al respecto, ONU Mujeres sostiene que las mujeres han de poder transformar sus propias vidas, así como sus comunidades al participar en los procesos y espacios que afectan su independencia económica (mercado laboral, mercados de productos y servicios y los eslabonamientos globales de dichos mercados).²⁹

Es preciso indicar que “las relaciones entre la economía y las mujeres es una tarea que cobra una creciente relevancia y provoca cada vez mayor interés”,³⁰ puesto que resulta difícil pensar en igualdad entre hombres y mujeres, así como un desarrollo sostenible, si no se incorpora a las agendas públicas la igualdad de oportunidades. Aunque en varios países se avanza hacia la paridad de género como señala el Índice Global sobre Brechas de Género, a menudo es a un ritmo lento, siendo la segunda brecha más grande la de *participación y oportunidad económica*, ocupando el Ecuador el puesto 74 de 153 países.

²⁸ Tomei, Manuela y Vega-Ruiz, María Luz, “La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 4, 2007, p. 150; disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/4/art/art8.pdf>.

²⁹ Qué Hacemos. Empoderamiento Económico, ONU Mujeres, América Latina y el Caribe; disponible en <https://lac.unwomen.org/es/que-hacemos/empoderamiento-economico>.

³⁰ Carcedo, Ana *et al.*, *Apertura económica, género y pobreza en el istmo centroamericano*, 2009, p. 7; disponible en http://www.gemlac.org/attachments/article/313/Informe_septiembre_2009.pdf, consultado el 19 de junio de 2020.

IV. EL DERECHO AL TRABAJO Y AL OCIO. DOS TEMAS RELEVANTES EN LA IGUALDAD DE GÉNERO EN ECUADOR

El derecho al trabajo es un derecho humano “que permite la realización de otros derechos como el de vida digna”.³¹ Y aunque ha existido “un cambio importante a escala global en los últimos cien años ha sido el aumento en la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo y en el empleo remunerado [...] en la práctica, todavía no se ha logrado la equidad de género en el mercado de trabajo”.³² Las mujeres todavía se enfrentan a un “andamiaje institucional (que) se arraiga una y otra vez en las mujeres, convirtiéndolas en el sujeto prioritario de responsabilidades y derechos relativos a la conciliación, y con el mercado formal”,³³ lo que dificulta que los actores del cambio asuman su papel en la transformación de las relaciones sociales/familiares de género.

Esto a pesar de que el Estado ecuatoriano debe garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas, y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.³⁴ Al respecto, la Corte Constitucional estableció que el derecho al trabajo es un derecho social y económico,³⁵ y que está inexorablemente relacionado con la materialización de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida digna, vivienda o los derechos de libertad, ya que permite un desarrollo integral del trabajador, tanto en una esfera particular como en una dimensión social. Es decir, el trabajo se constituye como fuente de ingresos económicos y como fuente de realización personal y profesional; el cual, a su vez, permite al trabajador materializar su proyecto de vida y el de su familia.³⁶

Si bien entre los años 2015 y 2019 en América Latina y el Caribe las tasas de participación y ocupación femenina crecieron (1.8% y 0.8%) respectivamente, por efectos de la pandemia estos indicadores han sufrido retrocesos,

³¹ May Cantillano, Hubert, “El derecho constitucional al trabajo”, *Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina*, núm. 6, 2011, p. 117; disponible en <https://revistas.ur.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13601>.

³² OIT, *Panorama laboral temático. Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 22.

³³ Faur, Eleonor, “Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo”, *Nómaditas*, núm. 24, 2006, p. 132.

³⁴ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia núm. 016-13-SEP-CC, caso núm. 1000-12-EP.

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia núm. 241-16-SEP-CC, caso núm. 1573-12-EP.

siendo el más significativo la baja de 10.4% en la participación laboral. Según el Informe Laboral 2020 realizado por la OIT, incluso pueden extenderse más allá de la crisis sanitaria sin los soportes de los sistemas públicos de cuidados (enfermos, ancianos, niños), así como el sistema escolar presencial, afectando también la futura reinserción en el mercado laboral.³⁷

Al referirnos al ocio, en el contexto que analizamos estamos tratando el tiempo libre, el tiempo que se dedica al descanso o a la realización de una tarea no obligatoria más bien placentera. En contraposición, la palabra que representa la negación del ocio es “negocio”, que proviene del latín *neg otium* cuya traducción se reconoce como “sin ocio” o “no ocio”. Es decir, el derecho al ocio comporta la facultad que tiene una persona para suspender sus tareas productivas y dedicarse al descanso o a la realización de actividades que le generen placer.

De todos los derechos en el marco constitucional ecuatoriano, probablemente el derecho al ocio, que forma parte de la vida digna, es el menos reconocido. La carga emocional negativa que se establece alrededor de la palabra “ocio”, genera ideas tales como pereza, holgazanería, vagancia, etc., con lo que parece pasarse por alto que se trata no sólo de un derecho constitucional, sino además de un derecho humano cuyo pleno ejercicio garantiza la protección de otros derechos tales como la salud, el desarrollo de la capacidad creativa, la realización de actividades espirituales, entre otras.

En el contexto internacional de los derechos humanos, este derecho está plenamente reconocido. Es así que la Declaración de los Derechos Humanos se refiere al ocio en su artículo 24, al señalar que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas” (Naciones Unidas, 1948). Por su lado, el PIDESC del 29 de septiembre de 1967, contiene en su artículo 7o. literal d) el compromiso de los Estados parte en el reconocimiento del derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren, entre otros, el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 15 señala a su vez que “toda persona tiene derecho al descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”. De conformidad con lo señalado, se evidencia la importancia de este derecho humano que debe ser considerado también, en su relación con otros factores que

³⁷ OIT, Panorama Laboral 2020..., *cit.*, p. 37.

generan impacto, tal como la cuestión etaria. Así, los niños y las niñas tienen derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, y a participar libremente en la vida cultural y en las artes; y las personas adultas mayores tienen derecho al descanso vinculado con la jubilación. En lo que se refiere al Ecuador, la Constitución contiene varias normas que se orientan hacia el ejercicio del derecho al ocio, como el artículo 24 que establece el derecho de las personas a la recreación y al esparcimiento, a la práctica del deporte y al tiempo libre; y el artículo 66 numeral 2 que reconoce y garantiza el derecho a una vida digna que asegure el trabajo, empleo, descanso y ocio.

Visto así, el derecho al ocio se orienta a una acción o inacción libre y satisfactoria para las personas, no debería tener la connotación negativa que se le reconoce. Sin embargo, la Constitución del Ecuador, en función de su pluralidad inherente, incurre en una contradicción en cuanto al término ocio. Esto debido a que se refiere inicialmente a éste como derecho que configura la vida digna junto a la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, el saneamiento ambiental, la educación, el trabajo, entre otros, de conformidad con el artículo 66 numeral 2. Mientras que el artículo 83 numeral 2 del texto constitucional categoriza al ocio como prohibición en cuanto constituye un incumplimiento de los deberes ciudadanos, ordenándose a las ecuatorianas y ecuatorianos a “no ser ociosos”, traducción del término quichua *ama killa*.

Siendo que el ocio se refiere a un momento de satisfacción o disfrute, éste en tanto forma de placer no es accesible a toda la población de la misma forma. De hecho, el ejercicio del ocio como derecho está limitado por factores como el tiempo y/o el dinero, lo que determina que, por ejemplo, la posición económica, la edad, el sexo o el género se conviertan en limitantes para su pleno goce. En lo que se refiere a las mujeres, no es ajeno al conocimiento general que ellas encuentran menos oportunidades de ejercer el derecho al ocio, tanto si se encuentran insertas en el mercado laboral, ejecutando un trabajo remunerado como si no, e incluso estas oportunidades son aún más limitadas en el caso de las mujeres con vulnerabilidades adicionales, tales como las mujeres pobres, migrantes, jefas de hogar, entre otras.

Las labores domésticas o de cuidado que asumen las mujeres, debido a una construcción cultural, cubren casi totalmente su tiempo libre. Algunos autores inclusive establecen que las mujeres ven limitadas sus experiencias de ocio debido a sentimientos de culpa, sumisión, y en general por la satisfacción del deber de cuidar, establecido por la cultura patriarcal como un deseo propio y una necesidad social,³⁸ a esto le debemos añadir lo referido

³⁸ Lagarde, Marcela, *Mujeres cuidadoras: entre la obligación y la satisfacción*, Emakunde, 2003.

en líneas anteriores, que es el cierre de los centros de cuidado, que tienen como resultado el agravamiento de la situación de las mujeres en este contexto en momentos de pandemia. Resulta útil resaltar, además, lo que señala María Ureta Sosa respecto de las razones que limitan en las mujeres el tiempo de ocio:

...el cuidado de niños, niñas y de otro tipo de dependientes (enfermos o personas adultas mayores discapacitadas) contiene una gran carga ética, moral y subjetiva. Para las mujeres hacerse cargo de los cuidados de menores en el hogar es parte de lo que se espera de ellas, el mandato les impone que cubran las necesidades de otros, no importa si esto implica dejar de lado sus propias necesidades. (...) Este concepto trae consigo implícita la idea de inferioridad, de súbdita y de no merecer tener un tiempo propio o necesidades personales, por ejemplo, la necesidad/derecho de ocio.³⁹

De ahí que resulte indispensable que este derecho sea plenamente ejercitado tanto por hombres y mujeres, para contribuir a la erradicación de la desigualdad de género, y que hoy con los efectos de la pandemia se han visto exacerbados. En este sentido, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género considera que, en la crisis sanitaria, el aislamiento social ha incrementado las tareas y responsabilidad en el hogar por parte de las mujeres, contando con menos tiempo para actividades de desarrollo personal, profesional y productivo.⁴⁰

V. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

En materia de salario, el artículo 2.1 del Convenio número 100 de la OIT desarrolló el principio de igualdad de remuneración y de prohibición de discriminación en salarios.⁴¹ Según ONU Mujeres, en todo el mundo las mujeres

³⁹ Ureta Sosa, María Ximena, “Roles tradicionales de género y constricciones de ocio en mujeres. Una propuesta de resistencia a las injusticias sociales desde las experiencias de ocio”, *OcioGune. Ocio e innovación social. Hacia un ocio comprometido con el desarrollo humano*, 2011, p. 57; disponible en https://www.academia.edu/28273426/Roles_tradicionales_de_g%C3%A9nero_y_constricciones_de_ocio_en_mujeres._Una_propuesta_de_resistencia_a_las_injusticias_sociales_desde_las_experiencias_de_ocio.

⁴⁰ Consejo Nacional para la Igualdad de Género, Lineamientos del Consejo Nacional para la Igualdad de Género frente a la Crisis Sanitaria, para su Implementación en las Instituciones del Estado, 2020.

⁴¹ Convenio sobre Igualdad de Remuneración, núm. 100, 1951.

apenas ganan 77 centavos por cada dólar que gana un hombre.⁴² Esto provoca una desigualdad de ingresos entre mujeres y hombres de por vida y hace que más mujeres sean abocadas a la pobreza.⁴³ “La brecha de género en las remuneraciones de América Latina y el Caribe es del 19%, comparado con el 24% a escala mundial”.⁴⁴

A pesar de que de manera amplia el derecho a la igualdad y al trabajo son contemplados en la normativa internacional, “la economía feminista ha demostrado que en la dinámica del mercado de trabajo se manifiestan las desigualdades de género”.⁴⁵ En este sentido, la brecha salarial de género se mantiene justo por debajo del 15% en todo el mundo y las mujeres ganan menos que los hombres,⁴⁶ siendo las diferencias salariales entre hombres y mujeres una forma persistente de desigualdad de género, ya que ningún país ha alcanzado la paridad en lo correspondiente a salarios.⁴⁷ A esto se suma la marcada división sexual del trabajo, y “la desigualdad salarial de género constituye una de las problemáticas económicas más analizadas por la literatura feminista”.⁴⁸

En el contexto ecuatoriano, el Plan Nacional de Desarrollo. Toda una Vida, establece una doble problemática sobre este aspecto, como es la no remuneración igual a las personas por un mismo trabajo y, por otro lado, la existencia de estructuras laborales que afectan de manera diferenciada a hombres y mujeres, presentándose casos en los que las mujeres realizan dobles o triples jornadas para aumentar sus ingresos.⁴⁹

⁴² ONU Mujeres-Sede, Una Remuneración Igual por Trabajo de Igual Valor; disponible en <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/csw61/equal-pay>.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2015-2016. Transformar las economías para realizar los Derechos; disponible en <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/pomw-2015-factsheet-latinamericacaribbean-es.pdf?la=es&vs=1541>.

⁴⁵ Ascencio, Débora *et al.*, “Desigualdades de género en el mercado de trabajo argentino: salarios, empleo e informalidad laboral en las mujeres, 2004-2016”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, núm. 165, 2019, p. 80. Pineda A, Javier A., “Trabajo de cuidado: mercantilización y desvalorización”, *Revista C.S.*, 2018, p. 117; disponible en <https://doi.org/10.18046/recs.iespecial.3218>.

⁴⁶ OECD, *The Pursuit of Gender Equality*, París, 2017; disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264281318-en>.

⁴⁷ Foro Económico Mundial, *Insight Report Global Gender Gap Report 2020*, 2019; disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf.

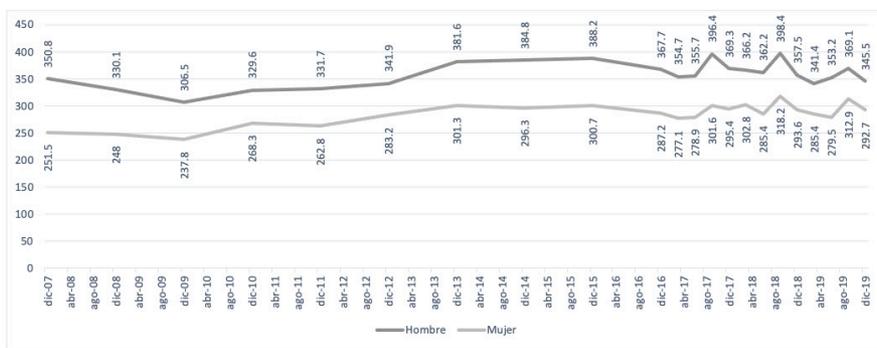
⁴⁸ Ascencio, Débora *et al.*, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida*, 2017; disponible en http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf.

Esta realidad se muestra aún más compleja, ya que la OIT estima que la crisis por la pandemia causará una reducción del 10.3% de las horas de trabajo, según las cuales afectará mayormente a América en 12.4%, y Europa y Asia Central en 11.8% de pérdida de horas de trabajo.⁵⁰ Lamentablemente, a la reducción de horas de trabajo hay que añadir que “durante los eventos de contracción económica que América Latina y el Caribe ha registrado a través de su historia, el mercado laboral de la región experimentó aumentos en la informalidad del empleo”.⁵¹

En lo correspondiente a la brecha en el ingreso laboral promedio, el gráfico 1, con datos a valores reales a diciembre de 2007, nos muestra que, en diciembre de 2010, el ingreso laboral promedio de un hombre que posee empleo fue de 329.60 dólares; en cambio, las mujeres obtuvieron un ingreso de 268.30 dólares. Por otro lado, a diciembre de 2019, se observa una leve mejoría en esta brecha, llegando a los 345.50 dólares en el promedio de los hombres y a los 292.70 dólares en el caso de las mujeres; es decir, en el periodo señalado existió una leve mejoría. Por cada dólar que ganaba un hombre, las mujeres pasaron de ganar 81 centavos a 85 centavos, situación que si bien muestra un incremento, evidencia de forma clara la desigualdad salarial entre hombres y mujeres.

GRÁFICO 1. INGRESOS LABORALES POR SEXO
 ECUADOR



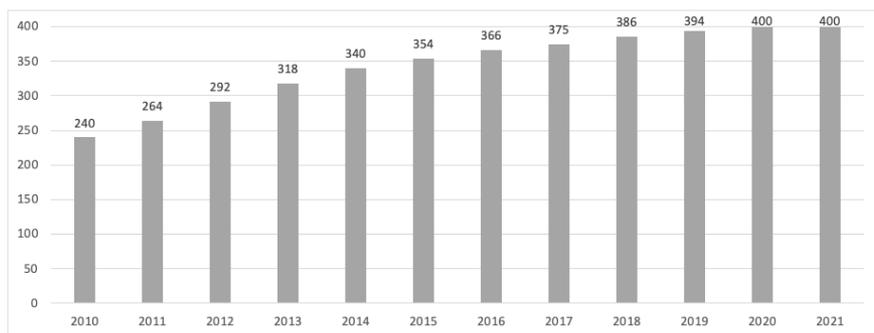
FUENTE: INEC-ENEMDU. Elaboración propia.

⁵⁰ OIT, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Tercera edición; disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf.

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo OIT, *Panorama laboral temático...*, cit., p. 46.

Se observa que las brechas entre los salarios se mantienen a pesar de que en varios Estados existen salarios mínimos establecidos por ley. En el 2020 algunos países efectuaron incrementos en los salarios mínimos, situación distinta ocurrida al Ecuador, en donde para 2021 se mantuvo el salario básico de 400 dólares de los Estados Unidos de América, a pesar de que en años anteriores éste se vio incrementado.

GRÁFICO 2. SALARIO BÁSICO
ECUADOR (2010-2021)



FUENTE: INEC-ENEMDU. Elaboración propia.

Al abordar el tema de las mujeres, nos damos cuenta de que “en todas las regiones, la proporción de mujeres es mayor entre quienes perciben el salario mínimo a un monto inferior que entre quienes perciben un monto superior al del salario mínimo”.⁵² Situación que lleva a que quienes realizan trabajos agrícolas y trabajo doméstico, sean los grupos que con más frecuencia quedan excluidos de la cobertura legal de los sistemas de salario mínimo.⁵³

La OIT insta por la adopción de respuestas políticas urgentes y significativas para proteger tanto a las empresas, en particular las más pequeñas, como a los trabajadores, sobre todo aquellos que operan en la economía informal.⁵⁴ Esto se debe a que más de 2000 millones de personas en el mundo trabajan en la economía informal, y por lo tanto no cuentan con

⁵² OIT, Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021. Los Salarios y el Salario Mínimo en Tiempos de la COVID-19. Resumen Ejecutivo, Suiza, 2020, p. 4.

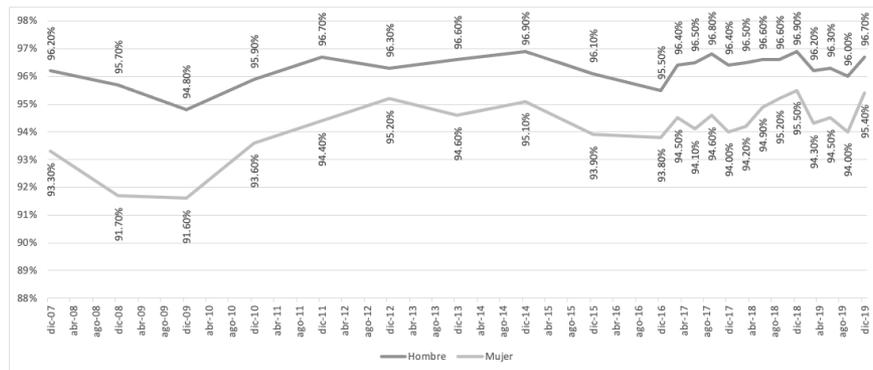
⁵³ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁴ OIT, Observatorio de la OIT..., *cit.*

protección como la seguridad social, situación que deriva a un acceso limitado a los servicios de atención de la salud y también a no poseer ingresos en caso de enfermedad o confinamiento.⁵⁵ América Latina y el Caribe son regiones en donde una de cada dos personas trabajadoras tiene un empleo informal⁵⁶ y según las proyecciones para 2021 existe incertidumbre, particularmente por los efectos asociados a segundas olas y rebrotes de la pandemia de la COVID-19, que impliquen nuevas medidas de confinamiento, reducción de la movilidad de las personas y sus consecuentes efectos en la actividad económica, la participación laboral y el empleo.⁵⁷

Entonces, el desarrollo de estas medidas afectará de sobremanera la posibilidad del ejercicio del empleo informal, ya que no pueden realizarse actividades como el teletrabajo. El trabajo informal en las mujeres tiene grandes impactos, ya que el 42% de los trabajadores de este sector son mujeres, frente al 32% que representan los hombres, trayendo consigo un incremento de la tasa de pobreza y por tanto su perpetuación.⁵⁸ Esta situación de desigualdad la podemos también observar en las tasas de empleo global (véase gráfico 3).

GRÁFICO 3. TASA DE EMPLEO GLOBAL POR SEXO
ECUADOR



FUENTE: INEC-ENEMDU. Elaboración propia.

55 *Idem*.

56 Sánchez y Torres, *op. cit.*, p. 2.

57 OIT, Panorama Laboral 2020..., *cit.*, p. 58.

58 OIT, Observatorio de la OIT..., *cit.*

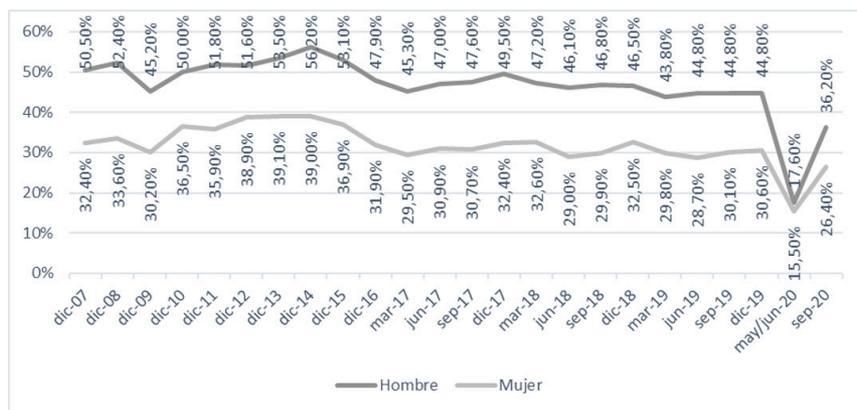
Para el año 2010, los hombres se ubicaron en el 95.9%, pero, la tasa de las mujeres se ubicó en un 93.6%, siendo ésta 2.3 puntos porcentuales menor que la de los hombres. En lo correspondiente a la tasa de empleo, existe una mejoría para diciembre de 2019 en donde se reduce a 1.3 puntos porcentuales, ubicándose en 96.7% para los hombres y 95.4% para las mujeres.

Esta brecha se profundiza al analizar la tasa de empleo adecuado/pleno por sexo (véase gráfico 4); si observamos diciembre de 2010, para los hombres se tiene una tasa de 50.0% y de 36.5% para las mujeres, existiendo una diferencia de 13.5 puntos porcentuales a favor de los hombres.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el contexto de la pandemia, en septiembre de 2020 (con una muestra menor a periodos anteriores a la pandemia) la tasa de los hombres con empleo adecuado/pleno cae a un valor del 36.20%, y las mujeres cuentan con una tasa del 26.40% el cual es un valor en extremo reducido; en este caso, la diferencia porcentual entre sexos es de casi diez puntos.

En este gráfico, es clara la caída de las tasas para el periodo mayo/junio de 2020, esto puede explicarse debido a los efectos de la pandemia, pero también se debe al cambio de metodología muestral empleada para el levantamiento de datos, la cual fue llevada a través de una encuesta telefónica en donde los estratos más empobrecidos tuvieron menor representación.

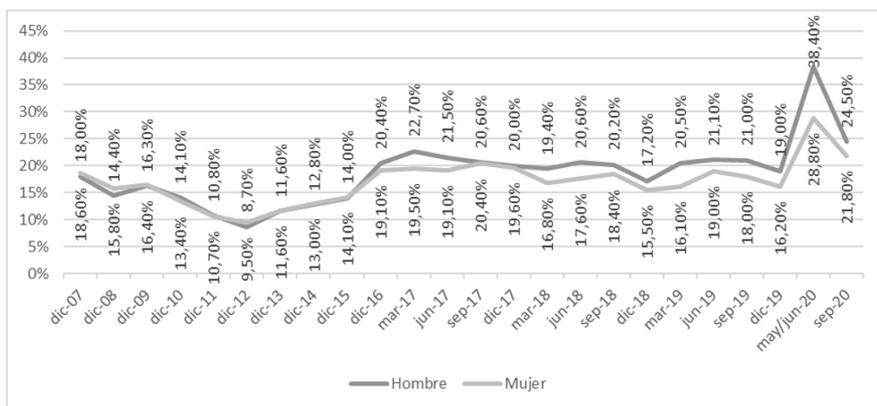
GRÁFICO 4. TASA DE EMPLEO ADECUADO/PLENO POR SEXO
 ECUADOR



FUENTE: INEC-ENEMDU. Elaboración propia.

Dentro del mismo periodo, respecto al indicador de subempleo (véase gráfico 5), la tasa en diciembre de 2010 para los hombres se ubicó en 14.1% y para las mujeres en 13.4%, por lo cual existió menos de un punto porcentual de diferencia entre sexos; y para septiembre de 2020, esta diferencia se vio incrementada a 2.7 puntos porcentuales, en donde superaron los hombres a las mujeres.

GRÁFICO 5. TASA DE SUBEMPLEO POR SEXO
 ECUADOR



FUENTE: INEC-ENEMDU. Elaboración propia.

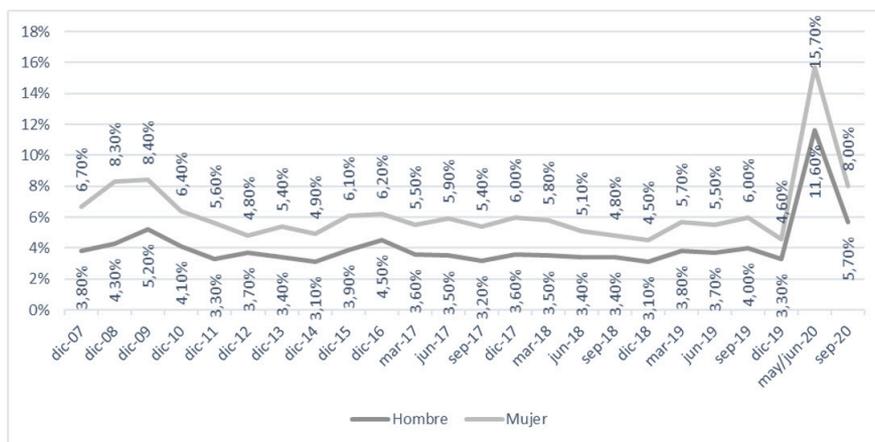
Mientras la pandemia continúe y las medidas de aislamiento se apliquen, el efecto del desempleo seguirá incrementándose.⁵⁹ En cuanto a las cifras de desempleo, el gráfico 6 nos señala que, en diciembre de 2010, las mujeres tuvieron una tasa de desempleo del 6.4%, mientras que los hombres una tasa del 4.1%; estos 2.3 puntos porcentuales de diferencia se mantienen aún diez años después y en contexto de pandemia; cabe señalar que entre 2011 y 2019, la diferencia entre sexos se mantuvo en promedio en un valor inferior a los dos puntos porcentuales: su interpretación es que esta tasa sufrió un impacto negativo en la brecha entre sexos debido a la pandemia sufrida a nivel mundial.

En América Latina aún no existen políticas orientadas al género femenino, esto porque aún persisten las responsabilidades claramente diferenciadas tanto en el trabajo productivo como reproductivo, “donde se promueven la estructuración o el sostenimiento de una determinada matriz de responsabi-

⁵⁹ CEPAL/OIT, Coyuntura..., cit., p. 7.

dades de provisión y de cuidado según el sexo, como las representaciones que los sujetos construyen acerca de dicha estructuración”.⁶⁰

GRÁFICO 6. TASA DE DESEMPEÑO POR SEXO
 ECUADOR



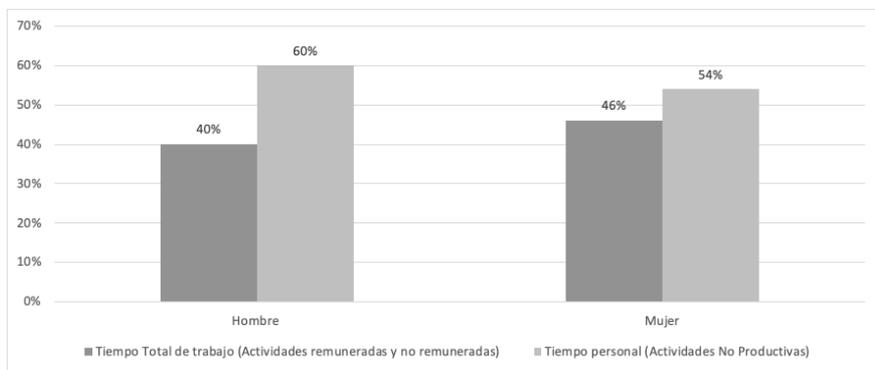
FUENTE: INEC-ENEMDU. Elaboración propia.

Persiste la necesidad de que el Estado ecuatoriano y cada una de sus instituciones busquen claridad en su desarrollo económico y social, el mismo que potencialice el trabajo femenino a través de políticas de género que incrementen la inserción y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, generando un verdadero imperativo de justicia de género y se logre cerrar la brecha existente que se ha planteado como meta hasta el 2021, reduciendo la brecha de empleo adecuado entre hombres y mujeres, del 33.5% al 28.7%, y la brecha salarial entre hombres y mujeres del 21.9% al 18.4%.

Por otra parte, en lo que respecta a la brecha de género relacionada al derecho al ocio, se observa que a pesar de su reconocimiento constitucional, en el Ecuador, las mujeres, en comparación con los hombres, dedican un menor porcentaje de su tiempo no laboral a asuntos de naturaleza personal. En el caso de las mujeres, el tiempo personal o el tiempo dedicado a actividades no productivas (2012) llega a un valor del 54%; mientras que en el caso de los hombres llega al 60% (véase gráfico 7).

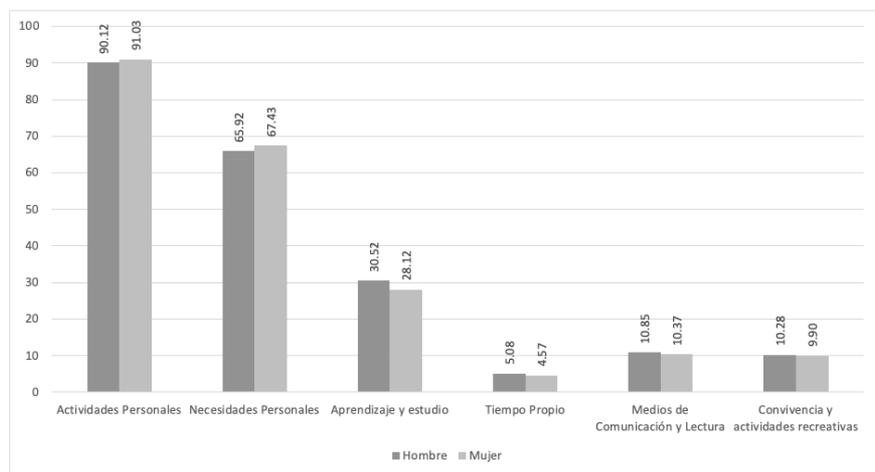
⁶⁰ Faur, *op. cit.*, p. 130.

GRÁFICO 7. DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO TOTAL POR SEXO:
 POBLACIÓN OCUPADA DE 12 AÑOS Y MÁS
 ECUADOR



FUENTE: INEC-EUT. Elaboración propia.

GRÁFICO 8. TIEMPO ACTIVIDADES
 PERSONALES-HORAS SEMANALES
 ECUADOR



FUENTE: INEC-EUT. Elaboración propia.

En la misma línea, en cuanto al manejo del tiempo personal, en horas promedio a la semana, conforme se desprende del gráfico 8, las mujeres tienen menos tiempo de dedicación a actividades no laborales de crecimiento particular o placer, tales como el aprendizaje y estudio, tiempo propio, medios de comunicación y lectura, y convivencia y actividades recreativas. En todos estos casos, las mujeres dedican menos horas que los hombres a estas actividades de ocio.

Todos estos datos, respecto de Ecuador, son además un reflejo de lo que sucede en América Latina y en el resto del mundo. Las mujeres no sólo no acceden al mercado laboral con facilidad, y cuando lo hacen, las condiciones no son las mismas de las que gozan sus pares masculinos; además, tampoco tienen las mismas oportunidades para acceder a momentos de ocio o recreación. De esta manera, el trabajo remunerado puede ser un pilar fundamental para la igualdad sustantiva de las mujeres, pero sólo cuando exista una responsabilidad compartida en el trabajo de cuidados no remunerado, ya que esto permitirá a las mujeres disponer de tiempo para el ocio y el aprendizaje.⁶¹

VI. CONCLUSIONES

Al analizar el derecho al trabajo, se observa que es un derecho social y económico que es interdependiente de otros derechos constitucionales, como la vida digna. Esto en cuanto permite a la trabajadora o trabajador lograr un desarrollo integral desde el fuero personal, pero que al mismo tiempo genera un desarrollo sostenible en el modelo económico. No obstante, la realidad nos muestra que en Estados que poseen estructuras estatales y sociales desiguales, el ejercicio de estos derechos no es equitativo entre hombres y mujeres. Estas situaciones se han visto más afectadas por la pandemia de la COVID-19, en la cual las mujeres están sometidas a diversas circunstancias que limitan su pleno acceso al derecho al trabajo o a un trabajo en condiciones dignas.

De manera que el pleno ejercicio del derecho al trabajo en igualdad sólo será posible cuando se reduzcan las diferentes brechas sociales, políticas, culturales y económicas a las que se enfrentan las mujeres en el mundo y en nuestro país. Para que esto ocurra, se deben generar políticas públicas sobre la igualdad entre hombres y mujeres en materia educativa; ya que la educación se correlaciona con los salarios en la medida en que las mujeres menos educadas

⁶¹ OIT, *Panorama laboral temático...*, cit.

generalmente ganan menos, como lo manifiesta la OCDE. Por esta razón, organismos como la OIT insisten en la importancia de la educación y formación profesional para el fomento a la igualdad de oportunidades laborales.

Esto expone la real importancia de caminar hacia una transición justa, ya que para el Ecuador el sector de la bioeconomía: agricultura, ganadería, forestal y pesca, representa el 29% del total de la población ocupada; y en éstas se sostiene importantes desigualdades de género, ya que es un sector con empleo informal, y la principal fuente de ingresos para las personas con menos recursos económicos. Algo similar ocurre en el sector de turismo, que es uno de los principales impulsores del empleo y el crecimiento,⁶² que ha sido impactado por la COVID-19; y se prevé que se contraiga entre el 45% y 70%.⁶³ El sector de residuos y economía circular se suma a su alto nivel de informalidad,⁶⁴ en el cual el 27% de personas ocupadas en la gestión de desechos son mujeres.⁶⁵

Es importante destacar que para reducir las brechas de género en el empleo se debe transitar hacia un equilibrio entre la vida laboral y familiar, así como la distribución equitativa de las responsabilidades laborales no remuneradas promoviendo no sólo la mayor participación laboral femenina, sino a través del ejercicio de los derechos de los trabajadores varones en conciliar las responsabilidades laborales y familiares, así como su participación en la división de las tareas reproductivas y de cuidado.

La desigualdad respecto a las remuneraciones y la dedicación horaria a las tareas de cuidado conducen a otra brecha respecto al derecho al descanso y ocio de las mujeres, quienes en comparación con sus pares masculinos tienen menos horas para aprendizaje y estudio, para actividades de convivencia, e incluso para actividades recreativas o de placer. De ahí que es necesario que el Estado en conjunto con la sociedad civil se preocupen por alcanzar la plena igualdad en el Ecuador entre hombres y mujeres en lo atinente a los derechos al trabajo y al ocio. Con esto se podrá lograr un desarrollo sostenible y el empoderamiento económico como elemento clave para la eliminación de la violencia contra las mujeres.

⁶² OIT, COVID-19 and the Tourism Sector, 2020; disponible en https://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_741468/lang-en/index.htm.

⁶³ OIT, The Impact of COVID-19 on the Tourism Sector, 2020, p. 2; disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_dialogue/--sector/documents/briefingnote/wcms_741468.pdf.

⁶⁴ BID, Reciclaje en Tiempos de Pandemia, 2020; disponible en <https://blogs.iadb.org/agua/es/reciclaje-en-tiempos-de-pandemia/>.

⁶⁵ Sánchez y Torres, *op. cit.*, p. 10.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007; disponible en <https://doi.org/10.14198/doxa2007.30.55>.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1979.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Transformar nuestro Mundo. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.
- ASCENCIO, Débora *et al.*, “Desigualdades de género en el mercado de trabajo argentino: salarios, empleo e informalidad laboral en las mujeres, 2004-2016”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, 2019.
- BID, Reciclaje en Tiempos de Pandemia, 2020; disponible en <https://blogs.iadb.org/agua/es/reciclaje-en-tiempos-de-pandemia/>, consultado el 11 de enero de 2021.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”, *Revista de derecho*, núm. 34, 2010; disponible en <https://doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005>.
- CARCEDO, Ana *et al.*, *Apertura económica, género y pobreza en el istmo centroamericano*, 2009; disponible en http://www.gemlac.org/attachments/article/313/Informe_septiembre_2009.pdf.
- CEPAL/OIT, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. El Trabajo en Tiempos de Pandemia: Desafíos frente a la Enfermedad por Coronavirus (COVID-19), Santiago, 2020.
- CONFERENCIA Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993.
- CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO, Lineamientos del Consejo Nacional para la Igualdad de Género frente a la Crisis Sanitaria, para su Implementación en las Instituciones del Estado, 2020.
- CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, 2008.
- CONVENIO sobre Igualdad de Remuneración, núm. 100, 1951; disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia núm. 292-16-SEP-CC emitida en el caso núm. 0734-13-EP.

- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia núm. 016-13-SEP-CC, caso núm. 1000-12-EP.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia núm. 241-16-SEP-CC, caso núm. 1573-12-EP.
- EL Progreso de las Mujeres en el Mundo 2015-2016. Transformar las Economías para realizar los Derechos; disponible en <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/poww-2015-factsheet-latinamericacaribbean-es.pdf?la=es&vs=1541>.
- EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO *et al.*, *Tribunal Internacional de Derechos de las Mujeres. Viena +20. Euskalberria 2013*, Mugarikgab, 2013; disponible en www.mugarikgabe.org.
- FACIO, Alda y VICTORIA, Anya, “Los derechos culturales y los derechos de las mujeres son derechos humanos y como tales, deben ser gozados en igualdad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 29, 2017; disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6143999>.
- FAUR, Eleonor, “Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo”, *Nómadas*, núm. 24, 2006; disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264281318-en>.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *Insight Report Global Gender Gap Report 2020*, 2019; disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf.
- GIL ACEVEDO, Juan Carlos, “Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia”, *Estudios de Derecho*, núm. 72, 2015; disponible en <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a07>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, *Atlas de Género*, 2018; disponible en https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Libros/Atlas_de_Genero_Final.pdf.
- LAGARDE, Marcela, *Mujeres cuidadoras: entre la obligación y la satisfacción*, Emakunde, 2003.
- MAY CANTILLANO, Hubert, “El derecho constitucional al trabajo”, *Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina*, núm. 6, 2011; disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13601>.
- NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948.
- NACIONES UNIDAS, *The Impact of COVID-19 on Women*, 2020; disponible en <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/>

- library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406.*
- NAVARRO, Marysa, “Los derechos humanos de las mujeres”, Foro de la Filantropía y Mujeres, México, 1993.
- OECD, *The Pursuit of Gender Equality*, París, 2017; disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264281318-en>.
- OIT, *Brindar Apoyo a los Ingresos y al Empleo en Tiempos de la COVID-19: Articular las Transferencias en Efectivo con Políticas Activas del Mercado de Trabajo (PAMT)*.
- OIT, *COVID-19 and the Tourism Sector*, 2020; disponible en https://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_741468/lang-en/index.htm.
- OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021. Los Salarios y el Salario Mínimo en Tiempos de la COVID-19. Resumen Ejecutivo*, Suiza, 2020.
- OIT, *Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el Mundo del Trabajo. Tercera edición*; disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf.
- OIT, *Panorama Laboral 2020. América Latina y el Caribe*, 2020.
- OIT, *Panorama laboral temático. Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- OIT, *The Impact of COVID-19 on the Tourism Sector*, 2020; disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/briefingnote/wcms_741468.pdf.
- OIT y BID, *Jobs in a Net-Zero Emissions Future in Latin America and the Caribbean*, 2020; disponible en <http://dx.doi.org/10.18235/0002509>.
- ONU Mujeres-Sede, *Una Remuneración Igual por Trabajo de Igual Valor*; disponible en <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/csw61/equal-pay>.
- PINEDA D., Javier A., “Trabajo de cuidado: mercantilización y desvalorización”, *Revista CS*, 2018; disponible en <https://doi.org/10.18046/recs.iespecial.3218>.
- QUÉ Hacemos. *Empoderamiento Económico*, ONU Mujeres, América Latina y el Caribe; disponible en <https://lac.unwomen.org/es/que-hacemos/empoderamiento-economico>.
- SÁNCHEZ, Ana Belén y TORRES, Braulio, *Una recuperación verde y justa en América Latina y el Caribe: una perspectiva desde el mundo del trabajo*, OIT, 2020.

- SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO, Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida, 2017; disponible en http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf
- TOMEI, Manuela, y VEGA-RUIZ, María Luz, “La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 4, 2007; disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/4/art/art8.pdf>.
- URETA SOSA, María Ximena, “Roles tradicionales de género y constricciones de ocio en mujeres. Una propuesta de resistencia a las injusticias sociales desde las experiencias de ocio”, *OcioGune. Ocio e innovación social. Hacia un ocio comprometido con el desarrollo humano*, 2011; disponible en https://www.academia.edu/28273426/Roles_tradicionales_de_género_y_constricciones_de_ocio_en_mujeres._Una_propuesta_de_resistencia_a_las_injusticias_sociales_desde_las_experiencias_de_ocio.
- VALENZUELA REYES, María Delgadina, “Evolución legislativa sobre los derechos e igualdad jurídica de la mujer en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm.10, 2010.

LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y LA REINSTALACIÓN OBLIGATORIA. APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL MEXICANO*

STABILITY IN EMPLOYMENT AND COMPULSORY
RE-INSTALLATION. PARAGRAPH (A) OF MEXICAN
CONGRESSIONAL ARTICLE 123

STABILITÉ DE L'EMPLOI ET RÉ-INSTALLATION
OBLIGATOIRE. PARAGRAPHE A) DE L'ARTICLE 123
DU CONGRÈS MEXICAIN

Luis Enrique MORALES ARREDONDO*

RESUMEN: La estabilidad en el empleo es quizá el corolario de los derechos de los trabajadores, fruto de grandes luchas sociales en la historia del derecho del trabajo, pues antes de buscar la obtención de salarios justos, jornadas de trabajo de 8 horas y otras condiciones favorables de trabajo, todo operario en principio busca sin duda la permanencia en el puesto de trabajo; por ello, el presente trabajo a partir de un método deductivo presenta una investigación sobre la estabilidad en el empleo en el derecho del trabajo mexicano, partiendo de los criterios aplicables de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pasando por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y particularizando el estudio en la Ley Federal del Trabajo.

Lo anterior para confrontar el derecho, sometido a nuestro análisis, con la reinstalación obligatoria luego de un despido injustificado, y con ello poner en evidencia las deficiencias legislativas en nuestro derecho del trabajo, proponiendo soluciones concretas tendientes a proporcionar una verdadera protección de la clase trabajadora frente a las relaciones de trabajo forzadas. Esto, a la luz del derecho patronal para ser eximido

* Recibido el 2 de febrero de 2021 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; especialista en derecho laboral por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.



de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo y reinstalar a sus trabajadores despedidos de forma injustificada y de los procedimientos legales para la obtención de la exención que aquí se trata.

Una vez analizados los puntos antes citados, el desarrollo del presente trabajo nos permitirá arribar a las conclusiones descritas en los siguientes párrafos:

La estabilidad en el empleo es un derecho de los trabajadores para conservar su trabajo durante todo el tiempo pactado o determinado en la ley para la duración de la relación de trabajo puede perderse sólo si existe una causa legalmente justificada para la recisión sin responsabilidad para el patrón. Por tanto, este derecho se adquiere desde el momento mismo del nacimiento de la relación de trabajo.

La reinstalación en el puesto de trabajo, de los operarios injustificadamente despedidos, es un medio de reparación a la violación del derecho a la estabilidad en el empleo por medio del cual se restablece el derecho violado y, como consecuencia las condiciones de trabajo, con lo cual se brinda a los trabajadores continuidad en su relación de trabajo y en los beneficios derivados de ella.

La reinstalación de los trabajadores despedidos de forma injustificada es por regla general obligatoria, y por excepción el patrón tendrá derecho a ser eximido de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo en los supuestos expresamente previstos en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, conmutándose dicha obligación con los pagos compensatorios previstos en el artículo 50 de dicha ley.

Consideramos necesario invertir los alcances de los supuestos normativos contenidos en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo para constituir como regla general el derecho patronal a ser eximido de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo, al considerar casos de excepción en los cuales la reinstalación en el puesto de trabajo deba ser obligatoria.

El procedimiento jurídico por medio del cual el patrón puede ser eximido de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo, es el incidente al cual denominamos “incidente de exención y pago compensatorio de la obligación de cumplimiento de contrato”, y no así por medio de la insumisión al arbitraje, el no acatamiento de la resolución ni el procedimiento paraprocesal contenidos en la Ley Federal del Trabajo.

Palabras clave: estabilidad, empleo, reinstalación, patrón, trabajador.

ABSTRACT: Stability in employment is perhaps the corollary of workers' rights resulting from great social struggles in the history of labour law,

because before seeking fair wages, 8-hour working hours and other favourable working conditions, every operator in principle certainly seeks to remain in the workplace; therefore, this work based on a deductive method presents an investigation into the stability in employment in Mexican labour law, based on the applicable criteria of the Inter-American Court of Human Rights, through the Political Constitution of the United Mexican States and particularizing the study in the Federal Labour Law.

This is to confront the right under our analysis with mandatory re-installation after unjustified dismissal and thereby highlight the legislative deficiencies in our labour law, proposing concrete solutions aimed at providing true protection of the working class from forced labour relations. This, in the light of the employer's right to be exempted from the obligation to comply with the employment contract and to reinstate its dismissed workers unjustifiably and the legal procedures for obtaining the exemption in comment.

Once the above points have been analyzed, the development of this work will allow us to reach the following conclusions:

Stability in employment is a right of workers to keep their work for as long as agreed or determined by law for the duration of the employment relationship, and may lose it only if there is a legally justified cause for rescission without liability for the employer. Therefore, this right is acquired from the very moment of the birth of the employment relationship.

The re-installation in the workplace of unjustifiably dismissed operators is a means of redressing the violation of the right to stability in employment by which the violated right is restored and because of working conditions, providing workers with continuity in their employment relationship and the benefits derived from it.

The reinstatement of unjustifiably dismissed workers is generally mandatory and by way of exception the employer shall be entitled to be exempted from the obligation to comply with the employment contract in the cases expressly provided for in article 49 of the Federal Labour Law, with that obligation being commuted to the compensatory payments provided for in article 50 of that law.

We consider it necessary to reverse the scope of the regulatory assumptions contained in article 49 of the Federal Labour Law in order to constitute as a general rule the employer's right to be exempted from the obligation to comply with the employment contract, considering cases of exception in which the reinstallation in the workplace must be mandatory.

The legal procedure by which the employer may be exempted from the obligation to comply with the employment contract is the incident that we call “incident of exemption and compensatory payment of the obligation to comply with contract” and not by insubmitting to arbitration, non-compliance with the resolution or the paraprocedure contained in the Federal Labour Law.

Keywords: stability, employment, reinstatement, pattern, worker.

RÉSUMÉ: La stabilité de l'emploi est peut-être le corollaire des droits des travailleurs résultant de grandes luttes sociales dans l'histoire du droit du travail, parce qu'avant de chercher des salaires équitables, des heures de travail de 8 heures et d'autres conditions de travail favorables, chaque opérateur cherche en principe certainement à rester sur le lieu de travail; par conséquent, ce travail basé sur une méthode déductive présente une enquête sur la stabilité de l'emploi dans le droit du travail mexicain, basée sur les critères applicables de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à travers la Constitution politique des États-Unis et en particulier l'étude dans le droit fédéral du travail.

Il s'agit de confronter le droit dans notre analyse à la ré-installation obligatoire après licenciement injustifié et ainsi de mettre en évidence les lacunes législatives de notre droit du travail, en proposant des solutions concrètes visant à assurer une véritable protection de la classe ouvrière contre les relations de travail forcé. Ceci, à la lumière du droit de l'employeur d'être exempté de l'obligation de se conformer au contrat de travail et de réintégrer injustifiablement ses travailleurs licenciés et des procédures légales d'obtention de l'exemption en commentaire.

Une fois les points ci-dessus analysés, l'évolution de ces travaux nous permettra de tirer les conclusions suivantes:

La stabilité de l'emploi est un droit des travailleurs de conserver leur travail aussi longtemps que convenu ou déterminé par la loi pour la durée de la relation d'emploi, et ne peut le perdre que s'il existe une cause juridiquement justifiée de résiliation sans responsabilité pour l'employeur. Par conséquent, ce droit est acquis dès le moment même de la naissance de la relation d'emploi.

La ré-installation sur le lieu de travail d'opérateurs licenciés de manière injustifiée est un moyen de remédier à la violation du droit à la stabilité de l'emploi par lequel le droit violé est rétabli et, en raison des conditions de travail, de fournir aux travailleurs une continuité dans leur relation d'emploi et les avantages qui en découlent.

La réintégration des travailleurs licenciés de manière injustifiée est généralement obligatoire et, à titre d'exception, l'employeur a le droit d'être exempté de l'obligation de se conformer au contrat de travail dans les affaires expressément prévues à l'article 49 de la loi fédérale sur le travail, cette obligation étant commuée en paiements compensatoires prévus à l'article 50 de cette loi.

Nous estimons nécessaire d'inverser la portée des hypothèses réglementaires contenues à l'article 49 de la loi fédérale sur le travail afin de constituer en règle générale le droit de l'employeur d'être exempté de l'obligation de se conformer au contrat de travail, compte tenu des cas d'exception dans lesquels la réinstallation sur le lieu de travail doit être obligatoire.

La procédure légale par laquelle l'employeur peut être exempté de l'obligation de se conformer au contrat de travail est l'incident que nous appelons «incident d'exemption et de paiement compensatoire de l'obligation de se conformer au contrat» et non par insoumis à l'arbitrage, non-respect de la résolution ou de la procédure de paraprocesseur contenue dans la loi fédérale sur le travail.

Mots-clés: stabilité, emploi, réinstallation, modèle, travailleur.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La estabilidad en el empleo.* III. *Liberación de la obligación de reinstalar.* IV. *Los pagos compensatorios de la obligación de reinstalar.* V. *La reinstalación obligatoria.* VI. *Procedimiento para eximir al patrón de la obligación de reinstalar.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Todo trabajador entrega su fuerza humana de trabajo con el objeto de obtener una mejor calidad de vida para sí y para su familia. En la búsqueda a largo plazo de una vejez digna, el factor más importante para obtenerla es la permanencia en el trabajo durante los años productivos para la generación de derechos protectores de la vida en cesantía. Por ello, el derecho a la estabilidad en el empleo es sin duda el pilar en donde descansa la expectativa de una vejez tranquila y se convierte en una de las prerrogativas fundamentales en toda relación de trabajo, pues es a través de la permanencia en el empleo como de acuerdo con nuestras leyes se adquieren mejores derechos laborales a largo plazo.

En ese orden de ideas, el estudio de la estabilidad en el empleo en la doctrina laboral mexicana ha tomado gran fuerza en la última década, sobre todo a partir de las reformas a la Ley Federal del Trabajo de 2012, las reformas constitucionales de 2017, y por supuesto, de las reformas a la ley secundaria de 2019, pues han sido trascendentes en la estabilidad en el empleo y la violación a ese derecho por medio del despido injustificado. La forma de tratar el tema desde el ámbito legislativo ha ocasionado diversas opiniones en el mundo académico, todas de gran relevancia para nuestro estudio.

Por ello, el presente trabajo presenta al lector el análisis de la estabilidad en el empleo desde un enfoque teórico-práctico, a la luz de la trascendencia de este derecho no sólo para los trabajadores, sino también para los patrones y en general en toda relación de trabajo. Estudiaremos también una de las formas de reparación a su violación; es decir la reinstalación obligatoria y sus efectos en las relaciones laborales, así como los procedimientos para eximir a la patronal de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo, con el objeto de brindar a nuestro lector un panorama general de las deficiencias legislativas en el derecho del trabajo mexicano, en el marco de la protección de los derechos laborales de la clase obrera.

Finalmente, y con un enfoque objetivo, proponemos las posibles soluciones a las conflictivas legales respecto del tema materia de nuestro estudio, con el fin de hacer efectiva la protección de los derechos de los trabajadores en un contexto general de prerrogativas combinadas entre sí, capaces no sólo de contener mandatos imperativos plasmados en legislaciones vigentes, sino de brindar una eficaz protección tangible a la clase trabajadora durante las relaciones de trabajo, sin dejar de buscar el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social como fin último del derecho del trabajo.

II. LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Desde el punto de vista jurídico, la estabilidad en el empleo es el derecho reconocido por el Estado a la clase trabajadora en la fracción XXII del apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para no ser despedido de su trabajo si no por causa legalmente justificada; es por tanto, el derecho de los operarios para conservar su empleo por todo el tiempo de duración de la relación laboral, el cual sólo pueden perderlo por incurrir en una falta grave determinada por el legislador para justificar la rescisión de la relación de trabajo, o por verificarse una hipótesis normativa para su terminación.

El doctor José Dávalos Morales ha sostenido que la estabilidad en el empleo

...es la seguridad jurídica del trabajador a permanecer en su empleo por todo el tiempo que éste desee conservarlo, el cual sólo puede perder por una conducta u omisión grave establecida en la legislación laboral como una causa específica de rescisión de la relación laboral; o bien, porque se verifique alguna causa ajena a la voluntad de los sujetos de la relación de trabajo que haga imposible su continuación.¹

En consecuencia, la estabilidad en el empleo permite a los trabajadores tener la certeza jurídica de que la duración de su relación de trabajo no estará sujeta al capricho del patrón, pues en principio las relaciones laborales deben perdurar conforme a lo establecido en la Ley Federal del Trabajo o en el contrato laboral; verbigracia, por tiempo indeterminado o determinado, por obra determinada, por temporada, etc., lo cual posibilita al trabajador llevar una vida estable con proyectos a futuro; sin olvidar los efectos producidos por la estabilidad en el empleo respecto a la seguridad social de los operarios, sobre todo en el tema de pensiones.

En atención al derecho a la estabilidad en el empleo, la duración de las relaciones de trabajo no está sujeta a la voluntad de las partes, pues no es jurídicamente válido pactarla en forma contraria a lo consignado en la Ley Federal del Trabajo, ordenamiento legal en el cual se establece como principio rector de la temporalidad de las relaciones laborales, el tiempo indeterminado; a decir de Luis María Aguilar Morales: “la temporalidad del contrato individual de trabajo, al contrario de lo que sucede con el colectivo se somete a reglas precisas que limitan la voluntad de las partes”.²

La legislación laboral mexicana, como casos de excepción, reconoce las relaciones de trabajo por tiempo determinado, por obra determinada, por temporada, para la inversión de capital determinado, de capacitación inicial entre otras, en cuyos supuestos su temporalidad limitada es procedente siempre y cuando la naturaleza de los servicios prestados lo justifique, pero en ninguna de ellas se autoriza al patrón a rescindir las sin justificación legal alguna antes del vencimiento del plazo fijado; por ello, en esos casos el derecho a la esta-

¹ Dávalos Morales, José, *Tópicos laborales. Derecho individual, colectivo y procesal. Trabajos específicos. Seguridad social. Perspectivas*, 4ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 494.

² *Ibidem*, p. 44.

bilidad en el empleo está sujeto a la temporalidad de la relación de trabajo; es decir, a tiempo u obra determinada.

Además de no estar sujeta la duración de la relación de trabajo al arbitrio del patrón, la estabilidad en el empleo constituye una garantía para la clase trabajadora mientras preste sus servicios personales subordinados para no ser despedido de su trabajo si no existe una causa justa meritoria de la rescisión laboral; por tanto, la estabilidad en el empleo tiene un alcance dicotómico: por un lado constriñe la temporalidad de la relación laboral a lo establecido en la ley laboral y no la sujeta a la voluntad de las partes, y por el otro es garante de la permanencia de la clase obrera en el puesto de trabajo.

La estabilidad en el empleo “es la columna vertebral del derecho del trabajo”³. Luego entonces no es posible concebir una relación de trabajo sin la presencia del derecho a la estabilidad en el empleo, aún en las relaciones de trabajo por tiempo fijo, pues en este supuesto el trabajador debe tener la certeza de su permanencia en su trabajo por todo el tiempo por el cual fue contratado, sin ser óbice incluso el periodo de prueba o capacitación inicial, pues aún en dichos supuestos el trabajador goza de estabilidad durante esos periodos, pues no debe ser despedido sin justa causa antes de concluir el periodo de prueba o capacitación inicial.

Ahora bien, gran parte de la doctrina en la materia ha relacionado a la estabilidad en el empleo de forma íntima con la obligatoriedad patronal de reinstalar en su puesto de trabajo a los trabajadores injustificadamente despedidos, como lo analizaremos más adelante; sin embargo, también se ha reconocido a la estabilidad laboral como un derecho relativo del cual carecen los trabajadores señalados en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo. La mayoría de los estudiosos del derecho del trabajo han negado la estabilidad laboral a los trabajadores en comento, y la ubican para quienes deben gozar de ella como un derecho adquirido sólo con el paso del tiempo.

El artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo concede al patrón el derecho de ser eximido para reinstalar a los trabajadores injustificadamente despedidos y pretendan ser reinstalados en su puesto de trabajo, siempre y cuando se trate de trabajadores con una antigüedad menor a un año en la fuente de trabajo o de operarios cuyas funciones o servicios prestados deban realizarse en contacto directo y permanente con el patrón, así como de trabajadores de confianza, de trabajadores del hogar y eventuales, lo cual será materia de análisis en el presente trabajo en líneas más adelante. Por ahora, sólo hemos mencionado el contenido normativo.

³ *Ibidem*, p. 67.

El doctor Arturo Fernández Arras sostiene: “el derecho a la estabilidad en el empleo no es absoluto, pues éste se flexiona únicamente en los casos expresamente señalados en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, en cuyos supuestos el patrón puede negarse a reinstalar al trabajador despedido”.⁴ Sin embargo, el derecho a la estabilidad en el empleo no debe entenderse como el derecho del trabajador despedido injustificadamente a ser reinstalado en su empleo, sino como el derecho a no ser despedido sin justa causa.

Por tanto, los casos señalados en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo no deben considerarse como hipótesis normativas en las cuales se flexibilice el derecho a la estabilidad en el empleo, pues dicha disposición legal se refiere sólo a la flexibilidad de la obligación patronal al restablecimiento de la estabilidad laboral vulnerada, pues como lo refiere la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la disposición legal al empleador “lo sujeta a la condición de pagar una cantidad determinada por la responsabilidad de su decisión de no reinstalar al trabajador”.⁵

En efecto, el derecho a la estabilidad en el trabajo está restringido pero por los supuestos normativos contenidos en el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, pues en él se establecen las causas por las cuales el trabajador puede ser despedido sin responsabilidad para el patrón; esto es, si el operario incurre en alguno de los supuestos normativos contenidos en dicho precepto, pierde el derecho a la estabilidad en el empleo —derecho de permanencia en su puesto de trabajo— por lo cual su relación de trabajo concluirá de forma anticipada al plazo fijado por la legislación o por el contrato de trabajo sin responsabilidad para el patrón.

Así también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir

⁴ Fernández Arras, Arturo, *Selección de temas. Derecho individual del trabajo*, México, Barra Nacional de Abogados, 2006, p. 54.

⁵ Tesis 2a./J. 15/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I, libro 51, febrero de 2018, p. 478.

tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.⁶

Por ello, no debe entenderse a la estabilidad en el empleo como el derecho de los trabajadores a ser reinstalados en su puesto de trabajo después de un despido injustificado, sino como el derecho de permanencia en la fuente de trabajo, el cual sólo puede vedarse mediante el despido justificado fundado y motivado en alguna causa prevista legalmente; es decir, al amparo del derecho de la estabilidad en el trabajo, ningún trabajador debe ser despedido de forma injustificada, en consecuencia todos los trabajadores gozan del derecho a la estabilidad en el empleo cuya excepción sólo se verifica ante una causa justa de separación.

En ese contexto, y como todos los derechos reconocidos en nuestra carta magna y en tratados internacionales, la prerrogativa a la estabilidad en el empleo no debe concebirse como un derecho absoluto, pero se debe ser cuidadoso para no confundir su contenido y restricciones, con sus medios de reparación cuando resulte vulnerado, ni tampoco con el derecho del patrón para ser eximido de reparar su violación mediante la reincorporación del trabajador injustificadamente despedido, pues aún en esa hipótesis no se le exime a la parte patronal de la responsabilidad jurídica para remediar su falta.

Por lo anterior, la estabilidad en el empleo no es un derecho de los trabajadores adquirido con el paso del tiempo y mucho menos un derecho del cual carezcan los operarios de nuevo ingreso, sino se adquiere desde el inicio de la relación de trabajo, bien por la prestación de los servicios personales subordinados, bien por la celebración de un contrato de trabajo; en atención a esto, consideramos inexacto lo sostenido por Carlos de Buen Urbina, al señalar: “En suma, el trabajador tendrá que ganarse el derecho a la estabilidad por el transcurso del tiempo, cuya duración dependería de la complejidad de su trabajo”.⁷

En otro orden de ideas, la violación al derecho de la estabilidad en el empleo, cometida por el patrón mediante una rescisión injustificada de la relación de trabajo —despido injustificado—, genera el derecho constitucionalmente reconocido al trabajador, para exigir de su empleador la reparación

⁶ Lagos del Campo vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, excepciones preliminares, de fondo, reparaciones y costas, serie C, no. 340, Costa Rica, 31 de agosto de 2017, párrafo 150.

⁷ De Buen Urbina, Carlos, *Análisis de la Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, México, Porrúa, 2017, p. 100.

del derecho violado mediante el ejercicio de una acción legal a elección del operario, bien para demandar el pago de una indemnización correspondiente a 3 meses de salario, o para reclamar la reinstalación en su puesto de trabajo. En ambos casos podrá también demandar el pago de salarios vencidos y en su caso de intereses.

De esta manera, la fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional antes citado, reconoce dos medios jurídicos de reparación a la violación cometida al derecho de la estabilidad en el empleo: el primero se refiere al pago resarcitorio de una indemnización por el importe de 3 meses de salario, cuyos efectos generan el rompimiento definitivo de la relación de trabajo; y el segundo mediante el restablecimiento del derecho vulnerado, cuya implicación conlleva la continuación de la relación laboral entre trabajador y patrón, así como el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

El reclamo de la indemnización de 3 meses de salario, arriba señalada, implica la aceptación obrera de la rescisión de la relación de trabajo a cambio de un pago resarcitorio derivado de la responsabilidad patronal por la vulneración al derecho a la estabilidad en el empleo; sin embargo, aun cuando ello es materia de un vasto análisis, el presente trabajo no tiene por objeto profundizar en el estudio de dicha indemnización, sólo hacemos referencia de ella como uno de los medios de reparación constitucionalmente reconocidos por la violación cometida mediante el despido injustificado.

Por su parte, la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, llevada a cabo como consecuencia de la acción legal intentada derivada de un despido injustificado, es el acto jurídico mediante el cual se le restablece materialmente su derecho a la estabilidad en el empleo, pues le da continuidad a su relación de trabajo, y como consecuencia de ello provoca, a decir de Mario de la Cueva: “la reintegración en forma refleja de todos los derechos laborales del trabajador adquiridos en la fuente de trabajo con anterioridad al despido”.⁸

Sin embargo, no en todos los casos en donde se demande la reinstalación en el puesto de trabajo y se demuestre la existencia de un despido injustificado, podrá obligarse al patrón a cumplir un laudo o sentencia cuya condena sea la reincorporación del trabajador en su fuente laboral, pues en casos de excepción, expresamente regulados en la Ley Federal del Trabajo, podrá válidamente eximirse al patrón a reinstalar al trabajador injustificadamente despedido, en cuyos supuestos la obligación de reinstalar podrá conmutarse por

⁸ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, 15ª ed., México, Porrúa, 1998, t. I, p. 257.

el pago de las indemnizaciones señaladas en el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo.

Por ello, la exención al patrón para reinstalar a un trabajador despedido injustificadamente, deriva del derecho de éste para solicitar de la autoridad jurisdiccional se le exima del restablecimiento del derecho a la estabilidad en el empleo, vulnerado en atención al despido injustificado, pero ello no lo libera de su obligación de reparación como se ha apuntado; por lo cual no debe entenderse a la obligación eximida como una excepción o flexibilización del derecho a la estabilidad en el empleo, pues como lo sostiene Luis María Aguilar Morales “el derecho a la estabilidad en el empleo se adquiere desde el momento mismo del inicio de la relación de trabajo”⁹ y todos los trabajadores gozan de dicho derecho.

III. LIBERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE REINSTALAR

Una vez precisado lo anterior, y en atención al contenido del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo del cual se desprende el derecho patronal para solicitar se le exima de la obligación de reinstalar, veamos ahora cuáles son los elementos de este derecho, así como los supuestos de su procedencia cuando se haya emitido una condena para reincorporar al trabajador despedido. Debemos partir de la premisa normativa en comento, cuyo contenido reconoce la obligación ineludible del patrón para reparar el daño causado al trabajador por el despido injustificado, el cual es el hecho generador de la violación al derecho de la estabilidad en el empleo.

Si bien por virtud del derecho de permanencia en el puesto de trabajo el patrón no debe despedir sin justa causa a ninguno de sus trabajadores, los efectos de la violación a dicho mandato suelen ser diversos cuando se le demande la reincorporación de los operarios en sus puestos de trabajo, pues la obligación de reinstalarlos y restablecer sus relaciones laborales puede variar y ser flexible de conformidad a lo dispuesto en forma expresa o por exclusión por el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo; porción normativa en la cual se contiene el derecho patronal de ser eximido de reinstalar a sus trabajadores, así como la ineludible obligación de hacerlo.

El artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo otorga al patrón el derecho de ser eximido de la obligación de reinstalar a los trabajadores despedidos, aten-

⁹ Aguilar Morales, Luis María, *La relación y el contrato de trabajo*, México, 2018, vol. 2, p. 45.

diendo a dos criterios de procedencia para este derecho: el primero se refiere a una clasificación de trabajadores derivada de los servicios personales subordinados prestados en favor del patrón y el segundo atiende a la temporalidad de la duración de la relación de trabajo; por ello, de conformidad con dichos criterios de procedencia, debe entenderse al derecho de relevar la obligación en comento como una excepción a la regla general, la cual obliga al patrón de forma ineludible a reinstalar a sus trabajadores.

En cuanto al criterio de clasificación de trabajadores, las fracciones II, III, IV y V del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo disponen de forma correspondiente que al patrón podrá eximirse de la obligación de reinstalar a los operarios despedidos injustificadamente cuando, por razón del trabajo que desempeñan los operarios o por las características de sus labores, están en contacto directo y permanente con el patrón, siendo por tanto imposible el desarrollo normal de la relación de trabajo, cuando se trate de trabajadores de confianza, trabajadores del hogar y trabajadores eventuales.

Respecto al segundo criterio de procedencia del derecho de exención a la reinstalación en estudio, la fracción I del artículo 49 de la ley laboral arriba citada autoriza a la patronal negarse a reincorporar a los operarios despedidos, con independencia de si la relación de trabajo se pactó por tiempo indeterminado, determinado, por obra determinada, para la inversión de capital determinado, por temporada o cualquiera otra, cuando la antigüedad de los trabajadores sea menor de un año, de ahí la circunstancia temporal como factor determinante en el derecho excepcional para eximir de la reinstalación en comento.

Ahora bien, el derecho patronal para liberarlo de la obligación a reinstalar a los trabajadores cuando, por razón del trabajo que éstos desempeñan o por las características de sus labores están en contacto directo y permanente con el patrón, se haga imposible el desarrollo normal de la relación de trabajo, debe considerarse pertinente, pues el contacto directo y permanente entre el patrón y el trabajador originariamente despedido y a la postre reinstalado atentaría contra la fuente de trabajo y generaría complicaciones futuras cuyo fin sería desastroso para ambas partes.

Resultaría ilógico por ejemplo, obligar a un patrón persona física a reinstalar a su chofer personal, despedido por haber sido sorprendido teniendo relaciones sexuales con la cónyuge del empleador, sin haber podido probar en juicio la falta de probidad y honradez, pues el restablecimiento de la relación laboral derivada de la reinstalación demandada pondría en riesgo inevitablemente el sano y normal desarrollo de la relación de trabajo; de

ahí se advierte no sólo la coherencia del derecho otorgado al patrón para ser eximido a reinstalar, sino también la necesidad de otorgarle esa potestad a cambio del pago compensatorio correspondiente, materia de análisis en líneas más adelante.

Sin embargo, debemos plantear una problemática sobre el derecho de exención a la reinstalación respecto de los trabajadores en contacto directo y permanente con el patrón, pues aun cuando pudiera considerarse un tema de fácil comprensión, se torna complicado entender la procedencia de este derecho cuando el patrón es una persona jurídica, en atención a la complejidad para demostrar en ese supuesto el contacto directo y permanente entre el trabajador despedido y el patrón; es decir la persona jurídica, sin poder considerar a los socios, directores o administradores de ésta como patrones del trabajador con quienes no existe relación de trabajo.

En términos de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley Federal del Trabajo, los socios integrantes de una sociedad jurídica, sus directores, administradores y gerentes sólo son representantes del patrón, y en tal virtud “la persona moral será la única que esté sujeta al vínculo contractual”,¹⁰ según lo ha sostenido el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito; por ello, en principio resulta inaplicable la hipótesis normativa en comento cuando el patrón sea una persona jurídica, así se trate del chofer de la empresa asignado al director general de la misma y se verifique el ejemplo arriba planteado.

Ante ello, resulta no sólo conveniente sino necesaria una reforma a la fracción II del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, para adicionar el contacto directo y permanente entre el trabajador despedido y los representantes del patrón como causa de procedencia para el ejercicio del derecho patronal para ser eximido de reinstalar al operario, pues los efectos desfavorables en la relación de trabajo, de reinstalar a un trabajador cuyos servicios se presten en contacto directo y permanente con el patrón, resultan en la misma medida si dicho contacto se verifica entre aquél y los representantes de éste.

Por otra parte, la inclusión de los trabajadores del hogar en la fracción IV del artículo 49 de la legislación laboral en estudio, como una clasificación de aquéllos a quienes al patrón puede eximirse de reinstalar, consideramos atiende a las mismas razones lógicas señaladas para la fracción II de dicho precepto, pues el contacto directo y permanente existente entre estos traba-

¹⁰ Tesis I.6o.T. J/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 2993.

jadores y el patrón es el factor determinante para conceder al empleador el derecho para relevar su obligación de reincorporarlos en la fuente de trabajo, dado los efectos desfavorables presentes en la reanudación de la relación laboral después de una reinstalación forzada.

El derecho de exención en comento, respecto de los trabajadores de confianza, se debe advertir de la necesidad de conceder a la patronal la posibilidad de no reinstalar a dichos trabajadores después de un despido injustificado, en atención a las facultades de mando específicas reconocidas a dichos operarios; es decir, las funciones de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización. De ello se desprende la calidad de representantes del patrón a los trabajadores de confianza, de ahí el derecho patronal de ser eximido de reinstalarlos en atención a la representación, situación generadora de los mismos efectos desfavorables citados.

En ese orden de ideas, la pertinencia de incluir a los trabajadores eventuales en la lista de la clasificación de operarios a quienes al patrón puede válidamente eximirse de su reinstalación, en términos de lo dispuesto en la fracción V del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, obedece a criterio nuestro a la falta de necesidad permanente de los trabajadores eventuales; por tanto, el derecho de exención a la reincorporación no atiende a los mismos criterios de los trabajadores antes señalados, sino a la pertinencia de utilidad de esta clasificación de trabajadores, sin que sea objeto de nuestro estudio profundizar sobre trabajadores eventuales.

Ahora bien, por cuanto hace al criterio de temporalidad de los trabajadores despedidos cuya búsqueda sea la reinstalación en su fuente de trabajo, sin atender a clasificación alguna de operarios como en los supuestos antes señalados, la fracción I del artículo 49 de la legislación laboral en estudio, autoriza al patrón a no cumplir la condena de reinstalar a los trabajadores cuya antigüedad en la fuente de trabajo sea menor de un año; sin dar lugar a interpretación *a contrario sensu* de forma indiscriminada, pues la patronal no se verá obligada a reinstalar a todos los trabajadores con antigüedad de un año o más, como lo hemos visto anteriormente.

Coincidimos con el ministro Luis María Aguilar Morales, quien señala: “La idea fundamental de la estabilidad en el empleo es que el trabajador lo conserve mientras se cumplan tres condiciones básicas: *a*) que la actividad que desempeña sea necesaria para el patrón, *b*) que conserve la capacidad para desarrollarla, y *c*) que no incurra en causa que justifique el despido”.¹¹

¹¹ Aguilar Morales, Luis María, *op. cit.*, p. 100.

Por tanto, consideramos injustificado el criterio de temporalidad para autorizar al empleador a no reinstalar a los trabajadores despedidos injustificadamente, pues el derecho al restablecimiento de la estabilidad en el empleo no debe sujetarse a la antigüedad de los trabajadores en la fuente de trabajo, pues el derecho a la estabilidad en cita se adquiere, como hemos dicho, en el momento del nacimiento de la relación de trabajo, y la violación a esa prerrogativa es igual de grave respecto de un trabajador con menor o mayor antigüedad de un año; en consecuencia, el tiempo no debe ser factor para afectar su restablecimiento.

IV. LOS PAGOS COMPENSATORIOS DE LA OBLIGACIÓN DE REINSTALAR

La exención al patrón de la obligación de reinstalar a los trabajadores despedidos de manera injustificada no debe considerarse una cuestión de impunidad ante la eventual condena a ello, emitida por la Junta de Conciliación y Arbitraje o por los tribunales laborales, pues como lo hemos señalado, la procedencia de eximirlo está sujeta a la verificación de los supuestos ya analizados en líneas que anteceden, así como del pago sustitutivo al restablecimiento del derecho violado, de las indemnizaciones en los términos señaladas en el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo, cuyos matices son variables como veremos en líneas siguientes.

Cabe citar a Eduardo Giorlandini y a Rodolfo Capón Filas, quienes sostienen: “La indemnización es la reparación de la ilicitud de la conducta del agente”¹²; es decir, toda indemnización tiene un carácter reparador de una falta cuantificable en dinero cuyo monto en el derecho del trabajo está determinado en la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, el pago de las indemnizaciones que sustituyen al restablecimiento del derecho a la estabilidad en el empleo no tiene su génesis en el hecho ilícito del despido injustificado, sino en el ejercicio del derecho patronal de relevarle la reinstalación condenada.

Aun cuando los efectos producidos por las indemnizaciones sustitutivas de la obligación de reinstalar a los operarios son los mismos generados por la indemnización resarcitoria del despido injustificado, pues ambas concluyen

¹² Capón Filas, Rodolfo y Giorlandini, Eduardo, *Diccionario de derecho social. Derecho del trabajo y la seguridad social. Relación individual del trabajo*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 283; disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/>, consultado el 11 de noviembre de 2018.

de forma definitiva la relación de trabajo, coincidimos con Mario de la Cueva quien sostiene: “no se debe confundir dicha indemnización generada como causa del despido alegado, con la que debe pagar el patrón como consecuencia de su negativa a reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo en cumplimiento a la condena establecida por la autoridad competente”¹³.

Si bien la Ley Federal del Trabajo denomina “indemnizaciones” a los pagos sustitutivos de la obligación patronal de reinstalar a los trabajadores despedidos, debemos entender la naturaleza jurídica de los mismos, la cual lejos de ser resarcitoria de una conducta ilícita, es conmutativa y por tanto compensatoria de la falta de obligatoriedad patronal de reinstalar a los operarios. Por esto los pagos en comento no son reparadores en sí mismos del despido injustificado, sino conmutan una prestación por otra, de ahí lo inexacto de su denotación legal; esto es, no deben considerarse indemnizaciones sino pagos compensatorios.

De conformidad con el artículo 50 de la ley laboral en estudio, el monto de los pagos compensatorios —indemnizaciones para la Ley Federal del Trabajo— sustitutivos de la obligación patronal de reinstalar a los trabajadores despedidos, tiene matices diferentes que dependen de criterios de temporalidad de la relación de trabajo, sin importar la clasificación de trabajadores expuesta con antelación; es decir, para calcular el monto de dichos pagos únicamente se atiende a la duración del vínculo laboral pactada en el contrato de trabajo o a la regulación legal, lo cual constituye el elemento fundamental para diferenciar el cálculo de los pagos compensatorios.

Las fracciones I y II del artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo establecen criterios de temporalidad para determinar el cálculo diferenciado de los pagos compensatorios sujetos a nuestro análisis, señalando tres criterios de cuantificación: el primero se refiere a las relaciones de trabajo pactadas por tiempo determinado menor a un año, el segundo hace referencia a las relaciones laborales igualmente acordadas por tiempo determinado, pero con una duración mayor de un año; por su parte, el tercer criterio se ocupa de las relaciones de trabajo pactadas por tiempo indeterminado.

En ese orden de ideas, la porción normativa en cita establece la obligación patronal de pagar el importe de los salarios correspondientes a la mitad del tiempo de duración efectiva de la relación de trabajo, si ésta fuere pactada por tiempo determinado menor a un año, o bien el importe de los salarios de 6 meses por el primer año efectivo de trabajo más 20 días por cada año

¹³ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 69.

subsecuente, si la relación fuere por tiempo determinado mayor a un año, así como de pagar los salarios correspondientes a 20 días por cada año de trabajo si el vínculo fuere por tiempo indeterminado.

Un primer planteamiento crítico respecto de los criterios de temporalidad para el cálculo diferenciado de los pagos compensatorios en comento, atiende a la omisión del legislador por cuanto hace a las relaciones de trabajo por tiempo determinado de un año, pues el precepto legal en estudio sólo se refiere a las relaciones de trabajo por tiempo determinado, menores y mayores de una anualidad; sin embargo, es evidente la solución a la omisión legislativa, pues el monto del pago deberá calcularse como si se tratara de relaciones de trabajo por tiempo determinado menor de un año, pues no resultaría lógico resolver dicha omisión en otro sentido.

A manera de recordatorio, nos parece pertinente puntualizar lo siguiente: para la procedencia de eximir al patrón a reinstalar, así como para el cálculo diferenciado de los pagos compensatorios, siempre será necesaria la concurrencia de al menos una hipótesis normativa del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, pues ya sea que se trate de relaciones de trabajo por tiempo determinado o por tiempo indeterminado, siempre deberá combinarse dicha duración con al menos una de las clasificaciones de trabajadores referida en el precepto legal en cita o con el criterio de temporalidad establecida en la fracción I de dicho artículo.

Por cuanto hace al criterio de temporalidad establecido en el artículo 49 de la ley laboral en estudio, en una primera hipótesis tenemos: en cualquier caso el patrón podrá negarse a reinstalar a trabajadores con antigüedad menor a un año en la fuente de trabajo, sin importar su categoría o la forma de realizar sus funciones o servicios prestados; para determinar el criterio aplicable al cálculo del pago compensatorio de dichos trabajadores, se debe atender al pacto celebrado para la duración de la relación de trabajo —tiempo determinado menor o mayor de un año o por tiempo indeterminado— y no al tiempo efectivo de la prestación de los servicios; así en esta hipótesis podríamos tener las variables que a continuación describiremos.

Si la relación de trabajo fue pactada por tiempo determinado menor a un año, la antigüedad del trabajador en la fuente de trabajo necesariamente también será menor a una anualidad; por tanto, el pago compensatorio, materia de nuestro estudio, se debe calcular de acuerdo al importe de los salarios correspondientes a la mitad del tiempo de los servicios prestados; es decir, si la antigüedad del trabajador fue de dos meses, el pago será de un mes, si la antigüedad fue de once meses, el pago lo será de cinco meses

y medio. Así se conjugan los elementos de los artículos 49 y 50 de la Ley Federal del Trabajo.

En una segunda hipótesis, podríamos observar una relación de trabajo por tiempo determinado pactada, por un tiempo mayor de un año, en donde las variables, a pesar de la duración pactada, podrían verificarse en la forma siguiente: si la antigüedad del trabajador fuera sólo de dos meses, el pago compensatorio será calculado en forma proporcional a los seis meses correspondientes al primer año; de tal forma corresponderá también al importe de un mes de salario. En cambio, si la antigüedad fuera de un año y medio, el pago corresponderá al importe de 6 meses de salario por el primer año y la proporción del segundo año sobre la base de 20 días anuales.

De las dos hipótesis anteriores observamos un equilibrio en el pago compensatorio, materia de nuestro análisis, respecto de la antigüedad menor de un año de los trabajadores contratados por tiempo determinado, con independencia de si el límite es menor o mayor de una anualidad; es decir, la proporción económica en ambos casos es la misma; por tal motivo consideramos innecesaria la distinción normativa referente al periodo por el cual se pacte el tiempo determinado, pues ello constituye una sobrerregulación normativa capaz de crear confusiones en los actores principales de la relación laboral: esto es, trabajadores y patrones.

Sin embargo, una tercera hipótesis nos permite visualizar una desproporción normativa respecto de trabajadores con una antigüedad menor de un año en la fuente de trabajo, pero contratados en una relación laboral por tiempo indeterminado, pues la fracción II del artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo, como lo hemos dicho, ordena calcular el pago compensatorio derivado del relevo a su reinstalación sobre la base de 20 días de salario por cada año de trabajo. Ello les genera una desventaja grave, contraria a los principios de justicia y de igualdad en el derecho del trabajo.

De esta manera, si al patrón se le exime de reinstalar a un trabajador, luego de un despido injustificado con una antigüedad de dos meses —como en las hipótesis anteriores— pero contratado en una relación de trabajo por tiempo indeterminado, el pago compensatorio debe calcularse en proporción al importe de los salarios de 20 días por cada año de trabajo; es decir, en el supuesto planteado, el trabajador sólo tendrá derecho al pago compensatorio del importe de 3.33 días de salario, frente al pago de un mes de salario correspondiente a un trabajador con la misma antigüedad, pero contratado por tiempo determinado.

Lo anterior es inaceptable en atención al espíritu social del derecho del trabajo, máxime si se observa el crecimiento de la desproporción con el trans-

curso del tiempo, pues se debe advertir el pago compensatorio correspondiente a 6 meses de salario a un trabajador con una antigüedad de un año contratado por tiempo determinado, en oposición al pago de 20 días de salario correspondiente a los trabajadores con la misma antigüedad, pero contratados por tiempo indeterminado. Las hipótesis anteriores nos dejan ver la irrisoria conveniencia de una contratación por tiempo determinado sobre la de una por tiempo indefinido.

Por esto, más allá de la necesidad de una reforma a la Ley Federal del Trabajo, ante los supuestos de hecho y porciones normativas comentadas se pone sin duda a prueba la habilidad jurídica de postulantes y autoridades jurisdiccionales del trabajo para buscar los medios por los cuales se logre un equilibrio en los derechos de los trabajadores, a la luz, por ejemplo del principio *pro personae*, ello con la finalidad de superar la deficiencia legislativa generadora de desigualdad en las prerrogativas de la clase obrera y contraria no sólo a los fines del derecho del trabajo mexicano, sino también del derecho internacional del trabajo.

En otro orden de ideas y en cuanto al cálculo de los pagos compensatorios en estudio, respecto de la clasificación de trabajadores arriba señalada, éste deberá realizarse atendiendo a los mismos criterios planteados en el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo; es decir, se deberá tomar en cuenta si la contratación fue por tiempo determinado menor o mayor de un año o bien por tiempo indeterminado, en combinación de la antigüedad del operario. La diferencia relevante atañe a la posibilidad de eximir al patrón de la obligación de reinstalar a dichos trabajadores, aun cuando tengan una antigüedad mayor de un año.

El artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo, también otorga a los trabajadores el derecho a recibir del patrón además de los pagos compensatorios arriba descritos, el pago de una “indemnización” correspondiente a tres meses de salario aunado a los salarios vencidos. No debemos identificar el pago de estos tres meses con la indemnización regulada en el apartado A del artículo 123 constitucional ni con la señalada en el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo, pues el pago señalado en el artículo 50 comparte la misma naturaleza compensatoria de los demás pagos estudiados, pues su origen no es en sí mismo el despido injustificado.

Cuestión diversa ocurre con el pago de salarios vencidos, pues el propio artículo 50 de la legislación laboral en estudio hace referencia a los términos establecidos en el diverso artículo 48; esto es, todo trabajador despedido sin importar el tipo de pretensión que haya exigido de su patrón (indemnización

o reinstalación) tendrá derecho al pago de salarios vencidos e intereses. Sin ser materia de nuestro análisis, consideramos pertinente precisar la naturaleza indemnizatoria de los salarios vencidos, pues aun cuando se paguen como consecuencia de la exención, éstos proceden también frente a una reinstalación obligada.

V. LA REINSTALACIÓN OBLIGATORIA

Como lo hemos explicado con antelación, el derecho del patrón para ser eximido de la obligación de reinstalar a los operarios despedidos de forma injustificada es excepcional y sólo procede en los casos ya planteados en el presente artículo, pues la regla general obliga al patrón a restablecer el derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores cuando así lo hayan demandado, por tanto la reinstalación será obligatoria sin dar oportunidad a la parte patronal a no cumplir el laudo o la sentencia mediante la cual se le condene reincorporar a sus trabajadores. Desde un punto de vista teórico, en estos casos el cumplimiento a reinstalar es ineludible, pudiéndose lograr incluso mediante la ejecución forzosa del laudo o de la sentencia.

Sin embargo, la experiencia fáctica nos ha permitido observar diversas problemáticas, en algunos casos graves, generadas en gran medida por la propia norma jurídica, creando en muchas de las veces escenarios muy desfavorables para los trabajadores, luego de seguir juicios largos y desgastantes, en donde a pesar de obtener laudos condenatorios al patrón para reinstalarlos en sus puestos de trabajo, no ven jamás materializado el restablecimiento de su derecho a la estabilidad en el empleo, en atención a la oposición patronal al cumplimiento de la condena, la cual si bien no es de derecho sí se presenta de hecho.

Si bien desde una óptica teórica es posible obligar al patrón a reinstalar a sus trabajadores mediante una ejecución forzada del laudo o de la sentencia, debemos cuestionarnos hasta dónde realmente es eficaz una norma cuyo contenido pretende proteger a la clase trabajadora, pero con efectos de hecho probablemente más devastadores a la violación del derecho en sí. Si bien la rescisión de las relaciones laborales no debe estar sujeta al capricho del patrón, buscar la reinstalación en muchos casos no es la solución más conveniente fácticamente para los trabajadores.

La reinstalación obligatoria implica en primer lugar devolver a los trabajadores a una fuente de trabajo en la cual originariamente ya no eran bienve-

nidos, por lo tanto, en la mayoría de los casos es reintegrarlos a un ambiente laboral hostil cuya tensión comienza en la diligencia misma de la reinstalación, pues además de los motivos propios generadores del despido, la prosecución de un juicio en el cual el patrón resultó vencido provoca rencores y situaciones negativas en las relaciones laborales forzadas a reanudarse por una decisión jurisdiccional; esto es, ningún trabajador es recibido con bombos y platillos después de la reinstalación forzada.

La experiencia nos ha enseñado como una de las primeras consecuencias de una reinstalación obligatoria, la generación en muchos casos de nuevos despidos, instantes siguientes a la reinstalación; o bien, en ocasiones no tan favorables para el trabajador, hemos vistos innumerables acontecimientos lamentables, en los cuales el patrón mal aconsejado fabrica delitos a los operarios reinstalados para después conseguir de ellos una renuncia a su puesto de trabajo a cambio de liberarlo del conflicto penal maliciosamente maquillado. En estos supuestos, la reinstalación obligatoria representa para los trabajadores un gran fracaso.

En el sector privado, la reinstalación obligatoria, lejos de ser una forma de protección a la clase trabajadora, se ha convertido de forma recurrente en una oportunidad patronal para tomar revancha de un juicio perdido; luego, la reincorporación forzada sólo presenta beneficios para trabajadores sindicalizados afiliados a una organización sindical realmente activa en la defensa de sus derechos. Si bien el estudio del derecho colectivo de trabajo no es materia de nuestro presente trabajo, resulta pertinente cuestionar cuántas organizaciones sindicales realmente llevan a cabo dicha función; lamentablemente no son muchas.

En la mayoría de los conflictos de trabajo consideramos inconveniente la reinstalación obligatoria o forzada, porque en muchos de ellos su génesis viene de despidos completamente justificados fácticamente, pero injustificados a los ojos de la justicia del derecho del trabajo, por no haber podido probar en juicio su causa justificada debido a cuestiones meramente del procedimiento; luego la reinstalación pone fin al conflicto jurisdiccionalmente planteado por las partes, pero de ninguna manera resuelve el conflicto originariamente generado entre patrón y trabajador en la relación de trabajo.

La regla general de la reinstalación obligatoria o forzada, por la cual se impide al patrón ser eximido de reincorporar a sus trabajadores injustificadamente despedidos, es altamente motivadora como discurso social en la protección de los derechos de los trabajadores, —particularmente el de la estabilidad en el empleo—, pero debemos reconocer con ojos objetivos el alcance

ineficaz de la norma jurídica frente al mundo de los hechos, pues en las más de las veces lejos de brindar protección a la clase trabajadora, la coloca en un nuevo estado de indefensión a merced de la clase patronal y no hace más sino prolongar sus conflictos en sus relaciones de trabajo.

Sin pretender vulnerar los derechos de los trabajadores, consideramos necesario, ante la problemática planteada, analizar de manera más profunda el derecho del patrón para ser eximido de la obligación de reinstalar a los trabajadores ante una eventual condena a ello, pues debemos apreciar a la reinstalación no sólo como un mero acto jurídico de restablecimiento al derecho de estabilidad en el empleo, sino que es necesario observar sus alcances a la luz de una relación laboral forzada, sopesando de manera crítica si con la reinstalación obligatoria se materializa el cumplimiento de los fines del derecho del trabajo.

Si bien tenemos claro el objeto de la reinstalación obligatoria como precursora de la continuidad en las relaciones de trabajo para la generación de mejores derechos de los trabajadores, tales como derechos de antigüedad, ascenso y escalafón, más vacaciones, mejores expectativas en materia de seguridad social, entre otros; también es evidente la ineficacia del objeto ante la falta de una relación laboral sana, seguida de una reinstalación obligatoria, pues la reincorporación de los operarios no resuelve de forma alguna el conflicto de trabajo motivo del despido, lo cual sería indispensable en una continuidad forzada de la relación laboral entre las partes.

Ante el reclamo de un despido injustificado, la pretensión de una indemnización o de una reinstalación presenta problemáticas diversas, pues mientras en la primera sólo se debe resolver si la separación del operario fue justificada o injustificada, el planteamiento de la reinstalación debe suponer además el estudio de la viabilidad de la continuidad de la relación de trabajo como limitadamente lo establece el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo; sin embargo, no debe presumirse sin más la conveniencia de la continuidad citada en los casos no previstos en dicha porción normativa.

Con el objeto de lograr una verdadera protección a la clase trabajadora, nosotros proponemos invertir los alcances de la porción normativa reguladora del derecho patronal para eximirse de la obligación de reinstalar a los trabajadores despedidos; esto es, consideramos pertinente hacer del derecho a ser eximido de reincorporar a los trabajadores la regla general, y considerar como excepción al derecho en comento, los supuestos en los cuales la obligatoriedad patronal para reinstalar a los trabajadores sea ineludible, forzándole a restablecer el derecho a la estabilidad en el empleo cuando así le sea demandado.

En un primer análisis proponemos como supuestos de excepción para la improcedencia del relevo de la obligatoriedad de la reinstalación forzada, aquellos supuestos de despidos de trabajadores sindicalizados en donde la reinstalación de los agremiados a las organizaciones sindicales no sólo tiene efectos en las relaciones individuales de trabajo, sino también en la relación colectiva entre el patrón y el sindicato correspondiente, pues en los despidos de trabajadores sindicalizados la falta de reinstalación obligatoria podría afectar el interés profesional de la clase trabajadora.

VI. PROCEDIMIENTO PARA EXIMIR AL PATRÓN DE LA OBLIGACIÓN DE REINSTALAR

El procedimiento para eximir al patrón de la obligación de reinstalar a los trabajadores despedidos, durante mucho tiempo ha sido un tema de grandes confusiones tanto en la doctrina, en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, como en las interpretaciones jurisprudenciales de nuestros más altos tribunales; y seguramente para nuestro criterio, y en atención al contenido de nuestra Ley Federal del Trabajo, la confusión citada continuará prevaleciendo en los nuevos juzgados laborales. Por tanto, consideramos pertinente realizar un análisis respecto de la forma por la cual se ha llevado a cabo el procedimiento para eximir al patrón de reinstalar a los operarios.

Anterior a las reformas a la Ley Federal del Trabajo, publicadas el 1° de mayo de 2019, el patrón era eximido de reinstalar a los trabajadores mediante uno de dos procedimientos a elegir por el patrón, regulados en la legislación en comento: la insumisión al arbitraje o el no acatamiento del laudo; sin embargo, en la práctica algunos patrones después de un ejercicio de interpretación obtenían la exención de reinstalar mediante un procedimiento paraprocesal. A partir de la reforma citada, se otorga a los patrones la opción, ahora sí expresamente señalada, para obtener dicha exención mediante el procedimiento paraprocesal regulado en el diverso artículo 982.

Por ello, el objeto de nuestro estudio se debe centrar en los tres procedimientos arriba señalados por medio de los cuales se ha eximido al patrón de la obligación de reinstalar a los trabajadores despedidos, con el fin de desentrañar la confusión en los procedimientos, sostenida en párrafos anteriores, presentando incluso a nuestro lector las inconveniencias jurídicas de llevarlos a cabo, y proponiendo según nuestro entendimiento la forma procesal correcta para obtener la exención en comento. Para lo cual, consideramos necesario

realizar un breve recuento histórico constitucional a partir de nuestra carta magna de 1917.

La redacción original de la fracción XXI del artículo 123 constitucional en 1917 disponía:

XXI. Si el patrono se negare a someter sus diferencias o al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuera de los trabajadores se dará por terminado el contrato de trabajo.¹⁴

Del texto constitucional transcrito podemos observar el nacimiento de las figuras jurídicas de la insumisión al arbitraje y no acatamiento del laudo, reguladas posteriormente en la Ley Federal del Trabajo; porción constitucional normativa cuyo contenido se mantuvo vigente hasta el 21 de noviembre de 1962, pues a partir del 22 del mismo mes y año entró en vigor la reforma constitucional al artículo 123 en la cual fue modificada la fracción en comento, así como la diversa fracción XXII cuyo interés para nuestro estudio cobra fuerza desde la citada reforma. Después de dicha fecha, las fracciones en comento dispusieron:

XXI. Si el patrono se negare a someter sus diferencias o al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Esta disposición no será aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fracción siguiente. Si la negativa fuera de los trabajadores se dará por terminado el contrato de trabajo.

XXII. “(sic) El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado a elección del trabajador a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. La ley determinará los casos en que el patrono podrá ser eximido de la obligación

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto original, México, 5 de febrero de 1917, p. 159; disponible en <https://www.sjn.gob.mx/sites/default/files/pagina-micrositios/documentos/2016-12/00130029.pdf>, consultado el 8 de enero de 2021.

de cumplir el contrato, mediante el pago de una indemnización. Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al trabajador con el importe de tres meses de salario, cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrón no podrá eximirse de esta responsabilidad cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él” (*sic*).¹⁵

Como puede observarse, con esta reforma, por un lado, se introduce restricción constitucional en la fracción XXI comentada al derecho de los patronos a la insumisión al arbitraje y al no acatamiento del laudo, y por otro, en la fracción XXII del mismo artículo se crea el derecho patronal para ser eximido de la obligación de cumplir el contrato de trabajo cuando los trabajadores despedidos de forma injustificada le demanden la reinstalación en su puesto de trabajo. Cuestiones relevantes para nuestro estudio, si consideramos el sistema jurídico de supremacía constitucional, el cual sólo mencionamos sin ser objeto de nuestro análisis.

Como referencia histórica debemos señalar la última reforma constitucional al apartado A del artículo 123 de fecha 24 de febrero de 2017, en la cual, respecto al interés de nuestro presente trabajo académico, debemos mencionar la modificación realizada a la fracción XXI, en donde esencialmente se sustituye la frase: “aceptar el *laudo pronunciado por la Junta*” por: “cumplir con la *resolución*”, quedando la redacción vigente de esta la fecha tanto de la fracción citada como de la antes señalada fracción XXII, la cual no fue modificada en la reforma citada en el presente párrafo.

Por tanto, la insumisión al arbitraje todavía previsto en la Constitución (cuyo tema resulta apasionante, dejando su análisis para otro momento), así como el no acatamiento de la resolución, no proceden en los casos en los cuales se demande al patrón la indemnización o la reinstalación derivadas de un despido injustificado, según disponen las fracciones XXI y XXII del apartado A del artículo 123 constitucional; es decir, en dichos supuestos le debe ser imposible al patrón negarse a someter sus diferencias al “arbitraje” o negarse a cumplir con la resolución, pues ello sólo procede cuando se trate de acciones diversas a las señaladas.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decreto que reforma el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 21 de noviembre de 1962, p. 2; disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/decretos_reformas/2016-12/00130081.pdf, consultado el 8 de enero de 2021.

Somos concordantes con lo sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del primer circuito al señalar:

Si el trabajador en su escrito de demanda afirma que se le despidió, el patrón está impedido legalmente para negarse a someter al arbitraje, en términos del artículo 947 de la Ley Federal del Trabajo, porque tal facultad, tratándose del despido, la reprime el artículo 123, apartado “A”, fracciones XXI y XXII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁶

Sin embargo, resulta pertinente mencionar lo sostenido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien sostiene:

...la regla general es que en la acción de reinstalación derivada de un despido injustificado es improcedente tanto la insumisión al arbitraje como la negativa a acatar el laudo por la parte patronal. Sin embargo, la fracción XXII del citado apartado prevé que la ley determinará los casos en que el patrón podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato mediante el pago de una indemnización, lo que significa que deja a la ley ordinaria la reglamentación de las excepciones a dicha regla, que de acuerdo con el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁷

No podemos dejar de manifestar nuestro total desacuerdo con lo sostenido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tanto consideramos desafortunada la interpretación realizada a la fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional, pues a nuestro criterio el máximo Tribunal confunde el derecho patronal de la insumisión al arbitraje y el no acatamiento de la resolución con la diversa prerrogativa para eximir al patrón de reinstalar a los trabajadores despedidos, señalados en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, ubicando de manera equívoca a esta prerrogativa como excepción de la regla general señalada.

Por un lado, la insumisión al arbitraje o el no acatamiento de la resolución deben entenderse como derechos procesales del patrón, pues atienden a cuestiones estrictamente del proceso; el primero para no someterse a la prosecución del juicio ante la Junta o el Tribunal del Trabajo, y el segundo para no

¹⁶ Tesis I.1o.T.24 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. II, diciembre de 1995, página 491.

¹⁷ Tesis 2a./J. 163/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 198.

aceptar la resolución emitida en el mismo. Por otro lado, el derecho del patrón para ser eximido de la obligación de cumplir el contrato de trabajo tiene una naturaleza sustantiva, pues permite a la patronal el relevo de una prestación consignada en un laudo o sentencia por otra, con la anuencia de la autoridad jurisdiccional correspondiente.

Resulta entonces inexacto considerar al derecho patronal para ser eximido de cumplir con el contrato de trabajo en los supuestos contenidos en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, como excepciones a la improcedencia de la insumisión al arbitraje o al no acatamiento de la resolución cuando se trate de la pretensión de reinstalación derivada de un despido injustificado, pues eximir a los empleadores de reinstalar no implica por supuesto ni la insumisión al juicio ni el no acatamiento de la resolución; por el contrario, la liberación de la reincorporación a cambio de pagos compensatorios deviene de un acto de autoridad y no de una negativa patronal.

A mayor abundamiento, el último párrafo del artículo 947 de la Ley Federal del Trabajo establece la improcedencia del derecho patronal a la insumisión al arbitraje y el no acatamiento de la resolución en los casos en los cuales se demanden pretensiones derivadas de un despido injustificado; ello confirma nuestra hipótesis para diferenciar el derecho de oposición patronal a someterse al juicio o la resolución en él pronunciada, del derecho para ser eximido de cumplir el contrato de trabajo y con ello restablecer el derecho de la estabilidad en el empleo de los trabajadores despedidos. Sin dar lugar a considerar al derecho de exención como excepción a la improcedencia de la insumisión o no acatamiento.

Procesalmente hablando, resulta incompatible eximir al patrón de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo de los trabajadores despedidos injustificadamente, cuya acción sea la reinstalación en su puesto de trabajo, cuando la solicitud de dicha exención sea planteada por medio de un incidente de insumisión al arbitraje o de no acatamiento de laudo —aun cuando este último se plantee como excepción—, pues dichos incidentes deben ser inadmisibles por improcedentes; luego entonces la resolución a dicho incidente en la cual se exima al patrón o se declare procedente la excepción de no acatamiento de la resolución entraña una inconstitucionalidad.

En otro orden de ideas, consideramos procedente, tanto antes de las reformas a la Ley Federal del Trabajo de 2019 como posterior a ellas, solicitar se exima al patrón de la obligación de restablecer el derecho de permanencia en la fuente de trabajo de los trabajadores despedidos, mediante un procedimiento paraprocesal; sin embargo, a nuestro criterio resulta no

sólo inconveniente sino incluso a veces devastador para el patrón promover este tipo de procedimientos, pues indefectiblemente entrañan la confesión de la patronal de un despido injustificado, afectando sus defensas ante un eventual juicio futuro.

El supuesto jurídico de nuestro interés por el cual procede un procedimiento paraprocesal se refiere a la ausencia de conflicto entre las partes; por lo tanto, la prosecución de uno de estos procedimientos para lograr que se exima al patrón de la obligación de reinstalar, importa la ausencia de debate respecto no sólo de la existencia de un despido, sino también de la falta de justificación del mismo, luego entonces los conflictos posibles de generarse ante ello sólo atenderían a la verificación de los supuestos del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo o al monto de los pagos compensatorios consignados por el patrón.

En la práctica jurídica hemos tenido la desafortunada oportunidad de encontrarnos con múltiples eventualidades en donde el patrón termina pagando grandes cantidades económicas a los trabajadores despedidos, después de incoar los procedimientos paraprocesales para solicitar se le exima de la obligación de cumplir el contrato de trabajo, pues ello da oportunidades procesales a los abogados de trabajadores para iniciar por su parte juicios por despidos injustificados con innumerables ventajas generadas a partir de las confesiones expresas realizadas por los patrones, modificando hechos en su beneficio.

Aun cuando ahora el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo faculta expresamente a la patronal iniciar los procedimientos paraprocesales en comento, pensamos que se debe ser muy cuidadoso al decidir incoarlos y reconocer con ello despidos injustificados, para evitar consecuencias desfavorables en el futuro; para comprender mejor nuestra advertencia pongamos en la mesa un ejemplo en donde los efectos de buscar la liberación de reinstalar mediante un procedimiento paraprocesal resultarían desfavorables para el patrón y lo perjudicaría por la eventualidad de un juicio futuro por despido injustificado.

Recordemos nuestra hipótesis planteada anteriormente en donde un trabajador contratado por tiempo indeterminado es despedido al cumplir su segundo mes de trabajo; si el patrón reconoce lo injustificado de la separación y solicita mediante un procedimiento paraprocesal se le exima de la obligación de cumplir el contrato de trabajo por tratarse de un trabajador con una antigüedad menor de un año, estaría obligado a exhibir el pago compensatorio por el importe de 3.33 días de salario como lo vimos anteriormente, en términos de la fracción II del artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo; más el pago de tres meses de salario y los vencidos, en su caso.

Sin embargo, al notificarse y dar vista al trabajador con el procedimiento paraprocesal correspondiente, bien podría el operario iniciar por cuenta separada un juicio ordinario en el cual se queje de un despido injustificado (ya confesado por el patrón) y demandar el pago de la indemnización constitucional señalada en líneas anteriores, sin pretender reinstalación alguna y en consecuencia no dar lugar a la insumisión al arbitraje ni al no acatamiento de la resolución, debiéndose sustanciar un juicio con resultados inminentemente desfavorables al patrón, quien deberá pagar un monto mayor de salarios vencidos e intereses.

Del ejemplo anterior podemos observar la inconveniencia planteada para solicitar se exima al patrón de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo, mediante el procedimiento paraprocesal, como lo refiere el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, pues el patrón puede quedar sin defensa en un juicio cuya pretensión no sea la reinstalación del operario en su puesto de trabajo, pues al confesar el despido injustificado en el procedimiento en cita, no podría ya realizar un diferente planteamiento en el juicio ordinario en el cual sólo quedaría esperar una condena al pago de la indemnización demandada.

Por esto, nosotros consideramos por un lado improcedentes la insumisión al arbitraje y el no acatamiento del laudo, y por otro, inconveniente el procedimiento paraprocesal descrito para solicitar a las Juntas de Conciliación y Arbitraje o tribunales laborales, se exima al patrón de la obligación de reinstalar a los trabajadores despedidos sin justa causa, ello sin dejar de reconocer su procedencia en otros conflictos de trabajo o en diversas diligencias, sin entrar al estudio de dichos conflictos o supuestos previstos para los procedimientos paraprocesales, por no ser materia de nuestro presente trabajo.

Nosotros sostenemos, en una correcta técnica jurídica y analizados los contextos en los cuales se desarrolla el derecho patronal para ser eximido de la obligación de restablecer el derecho de la estabilidad en el empleo de los trabajadores despedidos, como primer requisito para la procedencia de dicha exención la existencia de un laudo o resolución emitidos por las Juntas de Conciliación y Arbitraje o los tribunales del trabajo cuya condena sea la reinstalación como consecuencia de un despido injustificado, pues no se puede eximir del cumplimiento de una obligación sin haber sido previamente determinada.

Por tanto, la forma correcta por medio de la cual se debe solicitar se exima a la patronal de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo, es mediante un incidente innominado, al cual nosotros denominaremos “incidente de exención y pago compensatorio de la obligación de cumplimiento

de contrato”; cuyo planteamiento debe realizarse al haber causado ejecutoria la condena a reinstalar a los trabajadores en sus puestos de trabajo, sin aceptar de ningún modo razonamientos o planteamientos jurídicos tendientes al no acatamiento de la resolución emitida por la autoridad jurisdiccional correspondiente.

En dicho incidente, los hechos motivo de la pretensión deben ser narrados para ubicar al trabajador ganador de la contienda en alguno de los supuestos del artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, sin perder de vista los hechos ya acreditados en la secuela del juicio de donde se desprenda la categoría y funciones de la parte trabajadora, así como su antigüedad en la fuente de trabajo, elementos necesarios para emitir el fallo interlocutorio correspondiente; los cuales, una vez probados, obliga a la autoridad laboral a eximir de la obligación patronal para cumplir con el contrato de trabajo sin lugar a resolver en forma contraria.

VII. CONCLUSIONES

La estabilidad en el empleo es un derecho de los trabajadores para conservar su trabajo durante todo el tiempo pactado o determinado en la ley para la duración de la relación de trabajo, pudiendo perderlo sólo si existe una causa legalmente justificada para la rescisión sin responsabilidad para el patrón. Por tanto, este derecho se adquiere desde el momento mismo del nacimiento de la relación de trabajo.

La reinstalación en el puesto de trabajo de los operarios injustificadamente despedidos es un medio de reparación a la violación del derecho a la estabilidad en el empleo, por medio del cual se restablece el derecho violado y como consecuencia las condiciones de trabajo, brindando a los trabajadores continuidad en su relación de trabajo y en los beneficios derivados de ella.

La reinstalación de los trabajadores despedidos de forma injustificada es por regla general obligatoria, y por excepción el patrón tendrá derecho a ser eximido de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo en los supuestos expresamente previstos en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, conmutándose dicha obligación con los pagos compensatorios previstos en el artículo 50 de dicha ley.

Consideramos necesario invertir los alcances de los supuestos normativos contenidos en el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo para constituir como regla general el derecho patronal para ser eximido de la obligación de

cumplir con el contrato de trabajo, considerando casos de excepción en los cuales la reinstalación en el puesto de trabajo deba ser obligatoria.

El procedimiento jurídico por medio del cual el patrón puede ser eximido de la obligación de cumplir con el contrato de trabajo, es el incidente al cual denominamos “incidente de exención y pago compensatorio de la obligación de cumplimiento de contrato” y no así por medio de la insumisión al arbitraje, el no acatamiento de la resolución ni el procedimiento paraprocesal contenidos en la Ley Federal del Trabajo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR MORALES, Luis María, *La relación y el contrato de trabajo*, México, 2018, vol. 2.
- BUEN URBINA, Carlos de, *Análisis de la Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, México, Porrúa, 2017.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo y GIORLANDINI, Eduardo, *Diccionario de derecho social. Derecho del trabajo y la seguridad social. Relación individual del trabajo*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016; disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/>, consultado el 11 de noviembre de 2018.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, 15ª ed., México, Porrúa, 1998, t. I.
- DÁVALOS MORALES, José, *Tópicos laborales. Derecho individual, colectivo y procesal. Trabajos específicos. Seguridad social. Perspectivas*, 4ª ed., México, Porrúa, 2006.
- FERNÁNDEZ ARRAS, Arturo, *Selección de temas. Derecho individual del trabajo*, México, Barra Nacional de Abogados, 2006.
- LAGOS del Campo vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, excepciones preliminares, de fondo, reparaciones y costas, serie C, no. 340, Costa Rica, 31 de agosto de 2017.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto original, México, 5 de febrero de 1917; disponible en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina-micrositios/documentos/2016-12/00130029.pdf>, consultado el 8 de enero de 2021.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Decreto que reforma el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 21 de noviembre de 1962; disponible en <https://www.scjn.gob.mx/>

sites/default/files/cpeum/decretos_reformas/2016-12/00130081.pdf, consultado el 8 de enero de 2021.

TESIS 2a./J. 15/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I, libro 51, febrero de 2018.

TESIS I.6o.T. J/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, septiembre de 2009.

TESIS I.1o.T.24 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. II, diciembre de 1995.

TESIS 2a./J. 163/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, diciembre de 2006.

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. WEIMAR Y SUS ANTEPASADOS*

THE EXPANSION OF LABOR LAW.
WEIMAR AND ITS ANCESTORS

L'ÉLARGISSEMENT DE LA LÉGISLATION DU TRAVAIL.
WEIMAR ET SES PRÉDÉCESSEURS

José Luis UGARTE CATALDO*

RESUMEN: La derrota de la perspectiva revolucionaria y concejil del movimiento obrero permitirá la expansión del derecho del trabajo, que será entendido como una forma eficaz de integración social de los trabajadores en las sociedades capitalistas fuertemente tensionadas a principios del siglo veinte. Clave en esa expansión será el denominado Laboratorio Weimar, donde confluirán un puñado de autores que ensayarán las fórmulas jurídicas y políticas que serán las bases del desarrollo del derecho del trabajo, y que, como sostendremos en estas líneas, expresan una perspectiva filosófica sobre la relevancia existencial del trabajo y sobre la acción política para su emancipación, con innegables influencias de Hegel, Marx y Bernstein.

Palabras clave: derecho del trabajo, consejo obrero, laboratorio Weimar, filosofía del trabajo.

ABSTRACT: The defeat of the revolutionary and council perspective of the workers movement will allow the expansion of Labor Law, which will be understood as an effective form of social integration of workers in capitalist societies strongly stressed at the beginning of the twentieth century. The so-called Weimar Laboratory will be essential in this expansion, since a group of authors will test the legal and political

* Recibido el 11 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Doctor en derecho y profesor de derecho del trabajo, Universidad Diego Portales.



formulas that will be the bases of the development of Labor Law, and that, as we will argue in these articles, express a philosophical perspective on the existential relevance of work and on political action for its emancipation, with undeniable influences from Hegel, Marx and Bernstein.

Keywords: labor law, labor council, Weimar laboratory, work philosophy.

RÉSUMÉ: La voie choisie par le mouvement révolutionnaire et ses conseils ouvriers dans la République de Weimar a permis de faire progresser la législation du travail considérée comme un moyen efficace d'intégrer socialement les travailleurs dans les entreprises capitalistes soumises à de fortes tensions au début du XXème siècle. Un élément joua un grand rôle dans cette progression : le dénommé Laboratoire Weimar, où une poignée d'auteurs, indéniablement influencés par Hegel, Marx et Bernstein, mettront au point les formules juridiques et politiques qui seront à la base du développement de la Législation du travail et qui, comme nous le démontrerons dans notre texte, sont animées par une philosophie portant sur l'importance existentielle du travail et de l'action politique dans un but émancipateur.

Mots-clés: droit du travail, conseil du travail, laboratoire de Weimar, philosophie de travail.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Nacimiento y resistencia.* III. *La expansión y la derrota.* IV. *Los precursores de Weimar y del derecho del trabajo.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del trabajo nacerá en la resistencia y crecerá en la impotencia: en ambos casos, del movimiento obrero.

Es obvio que el derecho del trabajo no nace en la República de Weimar a comienzos del siglo pasado. Normas reguladoras del trabajo asalariado existieron durante todo el siglo XIX —basta recordar las leyes fabriles de inicios de ese siglo que limitaban la jornada—. ¹ En ese sentido, no es difícil distinguir

¹ En el principio de las normas laborales habrá un testigo calificado que relatará —con pasión— la tensión política que recorrerá su origen. Marx dedicará largas páginas en su

distintos momentos relevantes en su evolución: las primeras normas laborales, el nacimiento y la expansión del derecho del trabajo. En el intersticio del segundo y el tercero de esos momentos anidará lo que se conocerá como el laboratorio Weimar.²

¿En qué sentido puede decirse que el derecho del trabajo nace de la resistencia y crece en la impotencia del movimiento obrero?

La respuesta nos conduce, como parece obvio, fuera del derecho y no parece mayormente controvertible. El proceso evolutivo de la regulación jurídica del trabajo perseguirá, como si de una silueta se tratará, a la evolución del trabajo mismo.

En ese sentido, el derecho del trabajo no es sino expresión de una tensión que lo trasciende: la tensión política que produce el trabajo que pretende regular. Dicha tensión —que ha recorrido el trabajo en las sociedades capitalistas desde sus inicios— puede ser mirada a través del prisma de un péndulo que se mueve por fuerzas en contraste y oposición.

Ese péndulo, en palabras de Polanyi

obra mayor —*El capital*— para narrar los conflictivos momentos del nacimiento de las primeras leyes fabriles, particularmente las que buscaban limitar “el movimiento arrollador, desenfrenado y violento como avalancha” para prolongar la jornada de trabajo: “¡Nada caracteriza mejor el espíritu del capital que la historia de la legislación fabril inglesa de 1833 hasta 1864!”; Marx, K., *El capital*, Santiago, Lom, 2010, p. 280. El mismo Marx, ahora en referencia a la ley de 10 horas de 1848, sostendrá categóricamente que “la lucha en torno de la limitación legal del tiempo de trabajo se enconaba tanto más, cuanto que —prescindiendo de la codicia amedrentada— tocaba en efecto la gran cuestión en disputa entre el ciego predominio de las leyes de la oferta y la demanda, que constituye la economía política de las clases medias [burguesía] y el control social de la producción mediante la inteligencia y la previsión sociales, que constituye la economía política de la clase obrera. De aquí que el *Bill* de las 10 horas no fuera meramente una gran conquista práctica; fue la victoria de un principio. Por vez primera sucumbió a plena luz del día la economía política de la clase media ante la economía política de la clase obrera”. Citado en Domènech, A., *El eclipse de la fraternidad*, Madrid, Akal, 2019, p. 155.

² La expresión proviene de la doctrina italiana, popularizada con la publicación del texto del mismo nombre. Varios autores, *Laboratorio Weimar*, Arrigo y Vardaro (eds.), Roma, Lavoro, 1982. Alude al puñado de autores que confluirán en el tiempo histórico de la Alemania del veinte del siglo pasado —la llamada República de Weimar— que con sus reflexiones pusieron las bases del desarrollo del derecho del trabajo para el siglo veinte, tanto para Europa como, desde ahí, para el resto de la tradición jurídica occidental. Algunos irán más allá del laboralismo, como Fraenkel o Neumann, que terminarán siendo autores relevantes en la ciencia política comparada, o Korsch que se erigirá —junto a Lukács o Gramsci— como uno de los máximos filósofos del marxismo del siglo pasado. Otros, como Sinzheimer, será llamado el padre del derecho del trabajo europeo. Véase *La lucha por el nuevo derecho del trabajo*, Valparaíso, Edeval, 2017.

...puede personificarse como la acción de dos principios de organización de la sociedad, cada uno de los cuales establece objetivos institucionales específicos, contando con el apoyo de fuerzas sociales definidas y usando sus propios métodos distintivos. Uno era el principio del liberalismo económico que buscaba el establecimiento de un mercado autorregulado, contaba con el apoyo de las clases comerciales, y usaba como métodos el *laissez-faire* y en gran medida al libre comercio; el otro era el principio de protección social que buscaba la conservación del hombre y la naturaleza, así como de la organización productiva, que contaba con el apoyo variable de la mayoría de quienes se veían inmediatamente afectados por la acción nociva del mercado, sobre todo de la clase trabajadora [y que recurre] a los métodos de la legislación protectora.³

Tensión irresoluble provocada por el proceso de transformar en trabajo abstracto (cantidad de fuerza de trabajo comprada por el empresario capitalista expresada en unidades de tiempo) el trabajo vivo (potencia productiva y cooperativa emanada de la fuerza de trabajo), sobre la que se proyectan dos fuerzas sociales antagónicas: las que presionan hacia la total mercantilización de la sociedad, y las que la resisten para proteger dimensiones vitales de la misma.

El trabajo queda enmarcado dentro del movimiento pendular que explica el desarrollo político dentro de las sociedades capitalistas, y junto con él, el derecho que lo regula.

¿Qué significa para el sistema legal el péndulo de Polanyi en la regulación jurídica del trabajo?

La oscilación pendular quedará determinada, hasta el día de hoy, por la confrontación de dos fuerzas que se oponen y resisten mutuamente: la de la mercantilización y la de la protección del trabajo. Como explica Silver,

...cuando el péndulo oscila hacia la mercantilización de la fuerza de trabajo, provoca fuertes contratendencias que exigen protección. Así, la globalización de finales del siglo XIX y principios del siglo XX provocó un fuerte contramovimiento de los trabajadores y otros grupos sociales. Como respuesta a la creciente militancia obrera, y a raíz de las dos guerras mundiales y la depresión, tras la segunda guerra mundial el péndulo osciló a la desmercantilización del trabajo.⁴

³ Polanyi, K., *La gran transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 187.

⁴ Silver, B., *Fuerzas del trabajo: los movimientos obreros y la globalización desde 1870*, Madrid, Akal, 2005, p. 31.

Así, cada una de dichas fuerzas sociales del trabajo en tensión exigirá una mediación diferente por parte del derecho, en términos de la dirección política de la intervención jurídica del proceso de intercambio de trabajo por salario. De ahí que como lo apunta lúcidamente Hepple, “el elemento crucial en la elaboración del derecho del trabajo es el poder”, y que “la legislación laboral se considera el resultado de un proceso de lucha entre diferentes grupos sociales”.⁵

Por supuesto, el sentido y dirección de esa mediación de lo jurídico estará determinado por el equilibrio de dichas fuerzas en conflicto en el momento regulatorio de que se trate, en el marco, en cualquier caso, de la pervivencia y consolidación del modelo de sociedad capitalista.⁶

Veamos los hitos centrales de la oscilación del péndulo para el derecho del trabajo.

II. NACIMIENTO Y RESISTENCIA

Durante el siglo diecinueve, la necesidad de transformación del trabajo en una mercancía abundante y barata, condición básica para la expansión

⁵ Hepple, B., “Introducción”, en varios autores, *La formación del derecho del trabajo en Europa*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 21.

⁶ Como ha explicado Poulantzas, más que ver en el derecho —como forma de regulación estatal— una simple expresión refleja de la dominación e intereses de clase dominante en el espacio de la economía o modo de producción, el Estado “posee siempre una autonomía relativa con respecto de tal o cual fracción del bloque en el poder”, constituyéndose “como una relación, más exactamente como la condensación material de una relación de fuerzas entre clases y fracciones de clases”. Poulantzas, N., *Estado, poder y socialismo*, México, Siglo XXI, 2014, p. 153. En ese sentido, el derecho del trabajo como construcción política-jurídica del siglo XX, tiene la cancha rayada por el sistema producto-capitalista: su regulación se podrá mover dentro del espacio o campo ya determinado por las exigencias de la producción, esto es, de la valoración por medio del trabajo abstracto y su plusvalía. Dentro de ese espacio, se generará una planicie antagonista que enfrentará a las fuerzas productivas y que, dependiendo de la capacidad y el poder político de ellas, podrá devenir en sistemas legales con fuerte intervención legal en protección de los trabajadores o/y en sistemas con fuerte capacidad de acción colectiva de los propios trabajadores. Pero cualquiera que sea el tipo de derecho del trabajo de que se trate, su finalidad nunca alcanza la impugnación de la totalidad sistémica capitalista. Las categorías estructurantes del orden capitalista le son trascendentes, porque su función central, de hecho, es dar curso jurídico a las exigencias de ese orden: que el trabajo abstracto sea una mercancía que se intercambia para la producción de plusvalía. En rigor, cuestionar la estructura capitalista del trabajo habría supuesto poner “en tela de juicio el valor de cambio”, esto es, poner “en tela de juicio la producción de una cantidad medible de valor, y por tanto, conmensurable de trabajo abstracto, cuya finalidad principal es el crecimiento y la acumulación y no el uso social de la riqueza”. Chicchi, F. *et al.*, *Más allá del salario*, Madrid, Enclave, 2018, p. 33.

territorial del capitalismo, supuso una exigencia de mediación específica para el derecho: el establecimiento de normas que permitieran la venta de la mercancía “trabajo”. Dicha mediación determinada por la exigencia del sistema productivo supondrá una regulación jurídica que garantice la libertad de trabajo de los portadores de dicha mercancía.

En ese sentido, “el contrato era el único mecanismo jurídico que podía plasmar la libertad e igualdad formal de las partes y al mismo tiempo hacer posible que la burguesía planificara y orientara el proceso de acumulación del capital”, y la forma contractual elegida será —mayoritariamente— el contrato de arrendamiento:

...la definición de la relación laboral como *locatio conductio operarum* en los países de Civil Law implicó la despersonalización de la relación, dado que el objeto del contrato no era la persona sino la fuerza de trabajo del obrero que ponía su trabajo en el mercado, como hacía cualquier propietario de un bien cualquiera, con un precio variable según su valor de cambio.⁷

En esa sociedad capitalista no era necesaria la protección del trabajador, ni menos la existencia del contrato de trabajo. Y no lo era, porque los contratos existentes aseguraban la satisfacción de las exigencias del sistema productivo, que era la libre circulación de la mercancía trabajo. No obstante, dicha situación no perduraría en el tiempo.

En efecto, esta mediación entre capital y trabajo, ahora vestidos constitucionalmente como “propietario” y “trabajador”, estará constituida por una tensión irresoluble. Tensión que viene explicada por la naturaleza artificial de la mercancía sobre la que versa. La artificialidad del trabajo puede ser mirada del siguiente modo: por una parte, es una mercancía que no puede ser desarraigada de su productor. Por otra, su productor —y por tanto, la propia mercancía— está dotado de una pretensión moral y política ineludible: la resistencia fundada en la dignidad.

De modo tal que, junto con la forma organizativa que impone el rendimiento del capitalismo, se produce el fortalecimiento de su propia resistencia: “la resistencia contra la valorización en el proceso laboral se ve también incrementada por la conciencia política que produce la cooperación”.⁸ Y es que, como sugiere Read:

⁷ Veneziani, B., “La evolución del contrato de trabajo”, en varios autores, *La formación del derecho...*, *cit.*, p. 81.

⁸ Negri, T., *Marx y Foucault*, Buenos Aires, Cactus, 2019, p. 45

...aunque la producción de trabajo abstracto implica la transición desde la cualidad —los diversos cuerpos puestos a trabajar— a la cantidad —la hora calculable de tiempo de trabajo—, no es reducible a esta transición dialéctica. El trabajo no es un inerte colector de cualidades que es homogenizado y cuantificado; por el contrario, es una multitud de cuerpos que resisten a través de su irreducible pluralidad y heterogeneidad. Por ello, la transición de la cualidad a la cantidad abre otro problema: el problema político del control del trabajo vivo.⁹

Esa fuerza de resistencia a la mercantilización del trabajo se expresará en un actor que progresivamente se robustece en poder e influencia, como el proletariado. La creciente relevancia del movimiento obrero, incluida su progresiva incorporación al cuerpo electoral de las democracias occidentales, supondrá la dictación progresiva de normas laborales que limiten los aspectos más brutales de la explotación laboral, especialmente relevante serán las referidas a las normas de limitación de jornada de trabajo. En ese sentido, la resistencia colectiva a la explotación extensiva estará en el origen del nacimiento de normas estatales de protección, las que limitarán la explotación del trabajo humano disponible.

Pese a ello, en el corto plazo, dichas normas protectoras, nacidas de la resistencia obrera, convivirán buena parte del siglo XIX con la contratación civil como medio jurídico de la relación trabajo-capital.¹⁰ Se trata de una situación extraña: la existencia de normas protectoras de los trabajadores vinculados a sus empleadores por vínculos contractuales civiles.¹¹

⁹ Read, J., *La micropolítica del capital*, Madrid, Tierra de Nadie Ediciones, 2016, p. 134.

¹⁰ Normas civiles o comerciales y eventualmente penales, serán suficientes para garantizar lo exigido por la empresa capitalista al sistema jurídico de ese momento histórico: la fijación del portador de la fuerza de trabajo, por un tiempo ilimitado, en el espacio arquitectónicamente cerrado que es la fábrica. Para ello, como explica Hepple, en los Estados liberales se mantenía el “orden interno de las fábricas” a través “del sistema del *work-book* (cartilla de trabajo) en la Europa continental, y por medio de sanciones penales para los trabajadores absentistas en Gran Bretaña, hasta el último cuarto del siglo XIX”. Hepple, B., *op. cit.*, p. 37. En ese sentido, la dominación del capital se impuso a través de la instrumentalización del poder absoluto del empresario en la fábrica, tal como se refleja en los reglamentos de trabajo en la empresa y en el sistema de multas y otras sanciones que constituyeron el derecho penal de los talleres. *Id.*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹ La razón de esta extraña situación histórica es el tipo de mediación jurídica que realiza lo que llamamos derecho del trabajo. El derecho del trabajo es una forma de mediación de segundo grado, esto es, una mediación que se construye sobre otra intervención previa: la constitucional de la libertad de trabajo. La mediación básica —de primer orden— exigida por el sistema productivo al derecho es la constitución del trabajo como mercancía —más modernamente

Esa resistencia y sus éxitos tendrá, sin embargo —en el largo plazo—, un efecto paradójico. Provocará la necesidad creciente y urgente para la empresa capitalista de intensificar el ritmo de trabajo, en una jornada ahora limitada y continua. Se producirá, entonces, un sorpresivo efecto tecnológico: la aceleración de la introducción de la máquina en el lugar de trabajo, como forma de compensación de la reducción en la extensión de la jornada.

Como explicará Read:

...en la lucha en torno a la jornada laboral en Inglaterra, hay una especie de victoria: la jornada laboral se acorta y, lo que es más, la clase obrera es reconocida como fuerza política e institucionalizada en el derecho. Esta lucha pone fin a una forma de explotación, aquella fundada sobre la extensión de la jornada laboral, y hace surgir otra forma: una explotación intensiva, asentada sobre la imposición de un trabajo más productivo.

Por lo cual sucede “una inversión masiva en la transformación tecnológica del proceso de trabajo”.¹² En el mismo sentido, “en la propia historia del desarrollo capitalista, la lucha por la jornada laboral normal precede, impone, provoca un cambio en la forma del plusvalor, una revolución en el modo de producción”.¹³

Esa revolución del uso intensivo de la fuerza de trabajo provocará la incorporación progresiva de tecnología —la máquina de vapor y la cadena de

la articulación de lo que llamaríamos un mercado de trabajo—. Esa mediación es realizada por fuera de la órbita del derecho del trabajo, específicamente a través de las normas constitucionales que ratifican, por el lado del capital la propiedad privada, y por el lado del trabajo la libertad de trabajo. Ambos vectores subjetivos —propietario y trabajador— confluyen en una mercancía que es el trabajo. La mediación del derecho del trabajo —de segundo orden— opera sobre la base constituida por el régimen constitucional de la sociedad capitalista, con sujetos ya constituidos como propietario y como oferente de trabajo. Esa mediación surge tensionada por su ambivalencia, cuestión explicada por la naturaleza de la mercancía que regula.

¹² Read, J., *op. cit.*, p. 136.

¹³ Tronti, M., *Obreros y Capital*, Madrid, Akal, 2001, p. 217. En el largo plazo esa transformación tecnológica dará lugar, en palabras de Gramsci, a “una revolución pasiva —provocada por la clase dominante y sufrida por la clase dominada— que se conocerá como el taylorismo y que establecerá —más allá de izquierdas y derechas— una auténtica hegemonía para todo el siglo veinte sobre la organización del lugar de trabajo: “comprender la importancia, la significación y el alcance objetivo del fenómeno norteamericano, que es, entre otras cosas, el mayor esfuerzo colectivo realizado hasta ahora por crear, con rapidez y con una consciencia de los fines jamás vista en la historia, un nuevo tipo de trabajador y de hombre”, y que no es otro, en frase de Taylor, que el “gorila amaestrado”. Gramsci, A., *Antología*, México, Siglo XXI, 2010, p. 476.

montaje—, y la creación de una cultura organizativa complementaria —la organización científica del trabajo (taylorismo)—. Dicha combinación se traduciría en la urgente necesidad de someter disciplinaria y técnicamente a la fuerza de trabajo, y ya no sólo localizándola geográficamente dentro de la fábrica. Esa exigencia implicaría, en los términos de Marx, un nuevo proceso: la subsunción real del trabajador.¹⁴

Ese acentuado nivel de sometimiento tecnológico-disciplinar del trabajador a la exigencia productiva de la empresa en el capitalismo industrial, requerirá de una nueva forma jurídica que dé vestimenta legal al proceso en curso, nacerá el contrato de trabajo y su idea nuclear de la subordinación. En efecto, mirado desde la regulación jurídica, la exigencia técnica descrita supuso una torsión: el derecho se vio forzado a diseñar una estructura jurídica de la que no disponía.

De ahí que se afirme que

...el concepto de subordinación se transformó a raíz de la expansión de la industria a gran escala. La característica típica del contrato de trabajo en la fábrica no consistía ya en el tipo de remuneración por el que el trabajador acordaba intercambiar sus servicios (proporcionalmente a las horas trabajadas, si el trabajo era del tipo de los regidos por el tiempo, o proporcional a los resultados, si era un trabajo a destajo). El criterio esencial era la dependencia y el control.¹⁵

En pocas palabras, el capital requerirá el sometimiento disciplinario y técnico del trabajador, y el derecho se lo otorgará en la forma jurídica de sub-

¹⁴ El capitalismo inicial sometía el trabajo en aquello que Marx denominó la “subsunción formal: las exigencias del capital eran garantizar el sometimiento físico del trabajo —la fuerza del trabajo—, en cuanto, el conocimiento y el saber productivo seguía radicado en el trabajador. En sus palabras “sobre la base de un modo de trabajo preexistente, o sea de un desarrollo dado de la fuerza productiva del trabajo y de la modalidad laboral correspondiente a esa fuerza productiva, sólo se puede producir plusvalía recurriendo a la prolongación del tiempo de trabajo, es decir, bajo la forma de plusvalía absoluta. A esta modalidad, como forma única de producir plusvalía, corresponde pues la subsunción formal del trabajo en el capital”; Marx, *El capital*, cit., p. 56. En la subsunción real, en cambio, “se efectúa una revolución total (que se prosigue y repite continuamente en el modo de producción mismo, en la productividad del trabajo y en la relación entre el capitalista Y el obrero” y “se desarrollan las fuerzas productivas del trabajo y merced al trabajo en gran escala, se llega a la aplicación de la ciencia y la maquinaria a la producción mediata”; Marx, K., *El capital*, Libro I, capítulo VI (inédito), México, Siglo XXI, 2015, p. 72.

¹⁵ Veneziani, B., *op. cit.*, p. 90

ordinación. Dicha subordinación será, en ese sentido, “un instrumento que sirve sin duda para limitar, pero también para dar fundamento jurídico y reconocer la legitimidad del ejercicio de un poder necesario para predisponer la organización del trabajo”.¹⁶

De la necesidad de garantizar el control y la disciplina del trabajador nace la subordinación, y de pasada, surge el entramado normativo que le dará sentido: el derecho del trabajo.

III. LA EXPANSIÓN Y LA DERROTA

Después de nacer, vendría la expansión. Pero antes, como dijimos, se requiere una derrota. En efecto, el derecho del trabajo se va a expandir sobre una loza, la de la tumba política de la revolución proletaria. Grabada en esa loza, con letras doradas, los nombres, entre otros, de Luxemburgo,¹⁷ Gramsci,¹⁸ Korsch y Pannekoek.¹⁹

¹⁶ Loffredo, A., “La identificación entre contrato y trabajo en los orígenes y en la actualidad del derecho italiano”, *Revista Derecho Social*, Alicante, Bomarzo, núm. 68, 2014, p. 49.

¹⁷ Luxemburgo será una de las figuras centrales del Partido Comunista alemán (KDP), que, apenas fundado en 1919, emitirá un manifiesto llamando a disolver “la Asamblea Nacional de la burguesía y de sus lacayos social-patriotas” y entregar “todo el poder a los consejos obreros y soldados revolucionarios”. Luxemburgo, R., *La Comuna de Berlín*, México, Grijalbo, 1971, p. 101.

¹⁸ Gramsci publicará —junto con Togliatti— el 21 de junio de 1919 en el semanario *L'Ordine Nuovo* un influyente artículo titulado “Democracia obrera”, donde expresaran que “las comisiones internas son órganos de democracia obrera, que hay que liberar de las limitaciones impuestas por los empresarios”, ya que sólo “hoy limitan el poder del capitalista en la fábrica y cumplen funciones de arbitraje y disciplina. Desarrolladas y enriquecidas, tendrán que ser mañana los órganos del poder proletario que sustituirá al capitalista en todas sus funciones útiles de dirección y de administración”. Gramsci rematará —parafraseando a Lenin— “todo el poder de la fábrica a los comités de fábrica, coordinada con esta otra: todo el poder del Estado a los consejos obreros y campesino”. Gramsci, A., *Antología*, México, Siglo XXI, 2010, p. 60. Este texto se consideraría fundamental en la influencia en el denominado bienio rojo italiano (1919-1920), que se caracterizó por la toma de las fábricas por parte de los trabajadores, que como dirá Wallis, “era el primer caso de una dinámica de ocupación de fábricas en una democracia capitalista e inspiró una estrategia novedosa en donde la revolución obrera no se forzaría a través de la parálisis de la producción (huelga general) sino más bien a través de alcanzar su control”. Wallis, V., “Control obrero y revolución”, en varios autores, *Poder obrero*, Madrid, La Oveja Roja, 2017, p. 34.

¹⁹ Pannekoek —considerado el teórico de la izquierda consejista— lideró una tendencia conocida como “tribunistas” —debido al periódico *Tribune* que publicaban—, la cual enfrentará al movimiento socialdemócrata holandés —posteriormente convertido en el Partido Co-

Ellos creían, en su momento, en la revolución proletaria de la mano del movimiento obrero. Y aunque pudieran diferir del medio de lograrlo —entre la revolución política o la huelga de masas—, lo relevante es que situaron políticamente el horizonte de la emancipación de los trabajadores en el mismo punto: la organización y control de la producción a través de los consejos o comités obreros.²⁰ Como se dirá, el movimiento obrero durante la revolución alemana de 1918 no sólo “derrocó la monarquía en Alemania y puso fin a una Gran Guerra que ya había costado millones de vidas”, también “inspiró una idea completamente nueva de socialismo que se centró no en el poder estatal y la centralización sino en la democracia de base y el control obrero: la idea del comunismo consejista”.²¹

munista—, en razón de su radical diferencia en torno al rol de los propios trabajadores en la construcción de la sociedad comunista. Para Pannekoek, los consejos obreros son una forma superior de formación política a la democracia parlamentaria: “en los consejos, los obreros están representados en sus grupos de origen, en la fábrica, en el taller o en el complejo industrial en el que trabajan. Los obreros de una fábrica constituyen una unidad de producción; forman un todo por su trabajo colectivo. En un período revolucionario se hallan, pues, inmediatamente en contacto para intercambiar sus puntos de vista: viven en las mismas condiciones y tienen intereses comunes. Deben actuar de acuerdo y son ellos quienes deben decidir si la fábrica, en tanto que unidad de producción, ha de ir a la huelga o seguir funcionando. Para ello la única forma posible es la organización y la delegación de los trabajadores en las fábricas y talleres. Los consejos son al mismo tiempo la garantía del impulso del comunismo en el proceso revolucionario. La sociedad está fundada en la producción, o, dicho más correctamente, la producción es la esencia misma de la sociedad, y, por consiguiente, la marcha de la producción determina la marcha de la sociedad”. Pannekoek, A., *Crítica del bolchevismo*, Barcelona, Anagrama, 1976, p. 90.

²⁰ Todo comenzó, según apunta Weitz, en la ciudad alemana de Kiel —el 29 de octubre de 1918—, donde los marinos se amotinaron en protesta por la orden de sus almirantes de hacerse a la mar para acciones bélicas, y “aquella actitud [cuenta Weitz] prendió la mecha de la revolución que acabaría con la Alemania imperial. La revuelta de los marineros no tardó en ser imitada en los cuarteles de tierra y, más tarde, por los trabajadores de cada ciudad”; lo más sorprendente es que los marinos fueron “los instauradores de un órgano que, con el tiempo, llegaría a ser una de las instituciones democráticas de la revolución: el comité. Los comités habían aparecido durante las revoluciones rusas de 1905 y 1917 como órganos de expresión popular”, siendo para “sus partidarios, de extracción obrera, sobre todo, los comités, especialmente en los momentos álgidos de la revolución, como el invierno de 1918-1919 o la primavera de 1920, eran la vía definitiva para llevar la democracia y el socialismo a Alemania”. Weitz, E., *La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia*, Madrid, Turner, 2009, p. 30.

²¹ Hoffrogge, R., “Del sindicalismo a los consejos obreros”, en varios autores, *Poder obrero: control y autogestión obrera*, Madrid, La Oveja Roja, 2017, p. 126. Lo de la novedad del consejismo en la revolución alemana es controvertible: como señala Arendt “las fechas principales de aparición de estos órgano de acción son las siguientes: 1870, cuando la capital francesa asediada por el ejército prusiano, se reorganizó espontáneamente en un cuerpo federal en miniatura,

Una idea —la del sistema consejista— que recorrerá la historia política de las sociedades desde la aparición del proletariado, y que será vista mucho más allá de la versión fabril-productiva, expresando, en palabras de Arendt, un espacio de libertad “que bajo las condiciones contemporáneas, los consejos son la única alternativa democrática que conocemos al sistema de partidos, y los principios en que descansa están en muchos aspectos en aguda oposición a los del sistema de partidos”, y cuyo sentido es “una forma nueva de gobierno que permitiría a cada miembro de la sociedad igualitaria moderna llegar a ser partícipe en los asuntos públicos”.²²

La idea del consejo obrero, por otra parte, representó una genuina sorpresa para la forma en que el pensamiento socialista imaginaba la forma política del futuro:

...este modelo de organización desde la base tomó por sorpresa a todos los grandes teóricos del socialismo. Ya fueran centristas como Kautsky o radicales de izquierda como Lenin o Rosa Luxemburgo, durante décadas todos ellos habían imaginado el socialismo el punto final de la progresiva centralización del poder económico y el poder estatal. Ahora, en medio de una de las mayores crisis que el capitalismo había visto, los trabajadores generaron por sí mismos un modelo de socialismo que no se construía sobre la idea de la planificación económica centralizada, sino que se focalizaba en el autogobierno de la clase obrera.²³

que formó después el núcleo de la Comuna de París en la primavera de 1871; 1905, cuando la oleada de huelgas espontáneas a través de Rusia determinó la formación espontánea de la dirección política al margen de todos los grupos y partidos revolucionarios, y los obreros de las fábricas se organizaron en consejos, sóviets, con el propósito de instituir un gobierno autónomo representativo”, y en fin “la Revolución de febrero de 1917 en Rusia, cuando a pesar de existir diferentes tendencias políticas entre los trabajadores rusos, la organización, es decir, el sóviet, no se discutió”. Arendt, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2017, p. 433.

²² Arendt, H., *op. cit.*, p. 438.

²³ Hoffrogge, R., *op. cit.*, p. 126. La potente influencia del ideal consejista se expandirá por buena parte del mundo, incluyendo América Latina. Así, por ejemplo, el influyente fundador del socialismo chileno —el tipógrafo Emilio Recabarren— erigirá en la década del veinte una propuesta de organización política con innegables raíces consejistas: la sustitución de la propiedad privada por la propiedad social: “la administración de esta propiedad y la distribución de sus frutos sería entregada a ‘asambleas industriales’ de base, las que a su vez enviarían delegados a un poder municipal que reglaría todos “los asuntos generales que interesen al bienestar de los habitantes de su respectivo territorio”. A su vez, el conjunto de municipalidades daría origen a una “Asamblea Nacional que asumiría la conducción central del país” configurándose así “una República Federal Socialista de Chile”. Pinto, J., *Luis Emilio Recabarren: una biografía histórica*, Santiago, Lom, 2013, p. 192.

Pero la revolución proletaria —el fantasma que recorría Europa— fracasará en Occidente, y la parte del movimiento obrero que la sustentaba será impotente para llevarla adelante con éxito,²⁴ ya que “en todas partes el capital demostró ser más fuerte”.²⁵

Como se dirá:

...a pesar de su fortaleza y empuje, este movimiento fue de muy corta duración. A finales de 1920 la clase obrera estaba representada exclusivamente por partidos políticos y sindicatos. ¿Qué pasó? La revolución y sus consejos se vieron frenados tanto por la violencia contrarrevolucionaria como por su incapacidad de desarmar a las élites económicas y políticas de la Alemania imperial.²⁶

La revolución socialista, resumirá Hobsbawm, “nunca viajó desde Petrogrado hasta Berlín”.²⁷

La derrota revolucionaria deberá ser, entonces, sublimada.²⁸ Las fuerzas políticas asociadas el movimiento obrero trasladarán su fuerza libidinal de la

²⁴ No será, por supuesto, una situación excepcional, especialmente referida a la historia del movimiento obrero-sindical. Como explica Anderson, “el potencial del poder que tienen los sindicatos es sólo sectorial, no universal. En una sociedad capitalista no hay paridad de poder entre la ‘administración’ y el ‘trabajo’, porque el trabajo es un elemento no transformable que sólo puede ser retirado (o, a lo sumo, utilizado para la ocupación, por ejemplo), el capital es dinero, un poder universalmente transformable que se puede ‘hacer efectivo’ en formas diferentes” esto se comprueba “en cualquier examen que tengamos de la experiencia histórica de la acción sindical que rebase los límites de la negociación salarial. Resulta curioso que un movimiento sindical, tiende a tropezar con las mismas limitaciones estructurales en su acción, ya sea que adopte una postura revolucionaria o reformista. Estas limitaciones han condenado a un mismo fracaso a las tentativas inspiradas en los propósitos más diversos”. Anderson, P., “Las limitaciones y las posibilidades de la acción sindical”, *Pensamiento Crítico*, Habana, núm. 13, 1968, p. 119.

²⁵ Anderson explicará que “la represión de la insurrección del mes de enero en Berlín pronto fue seguida por la reconquista militar de Múnich por la Reichswehr, donde grupos socialistas y comunistas locales habían creado en abril una efímera República Soviética Bávara. La revolución alemana, nacida de los consejos obreros y soldados formados en noviembre de 1918, fue definitivamente derrotada en 1920”. Anderson, P., *Consideraciones sobre el marxismo occidental*, Madrid, Siglo XXI, 2017, p. 25.

²⁶ Hoffrogge, R., *op. cit.*, p. 127.

²⁷ Hobsbawm, E., *Cómo cambiar el mundo*, Buenos Aires, Crítica, 2011, p. 412. Por el contrario, agregará el historiador inglés, “se restauró el antiguo régimen, sin emperador, pero con el elemento adicional de una socialdemocracia apasionada y visceralmente antirrevolucionaria y gubernamental”. Hobsbawm, E., *Revolucionarios*, Madrid, Crítica, 2010, p. 70.

²⁸ Esa impotencia será para cierta teoría crítica, en principio, política. Con el tiempo, devendrá en existencial u ontológica. Lukács publicará en 1923 un conocido ensayo —bajo el nombre de “Historia y conciencia de clase” de 1923— en donde atribuye a la subjetividad

revolución a la reforma, de la superación del capitalismo a la protección contra la explotación.²⁹ Se mantendrá, en cualquier caso, una narrativa portante de la simbología política emancipadora, pero acompañada, en simultáneo, de una práctica más modesta, y esencialmente circunscrita a la mejora de las condiciones de trabajo y salariales.³⁰

Esa sublimación se hará operativa, en palabras de Hobsbawm, en una “simbiosis reformista” entre movimiento obrero-sindical y economía capitalista, que se extenderá por buena parte del siglo veinte: “tras la segunda

cosificada de los trabajadores, un efecto propio del capitalismo, el bloqueo a la acción revolucionaria. Pocos años después —1926— Horkheimer dará una explicación eminentemente política al fracaso, la que cifrará en la lógica productiva del capitalismo. Dicha lógica produce un efecto no previsto. El sistema productivo divide los trabajadores en dos: los integrados con salario y protección sindical, y los excluidos —fundamentalmente los desempleados—; fragmentación que se expresara en las mismas fuerzas políticas que los representaran —en la Alemania de Weimar—: los socialdemócratas y los comunistas. Entre estas categorías de trabajadores se crea un abismo que inhibe significativamente la capacidad revolucionaria del proletariado. Horkheimer, Max, “La impotencia de la clase obrera alemana”, *Ocaso*, Madrid, Taurus, 1986, pp. 85-91.

²⁹ La principal de esas fuerzas políticas en el caso alemán —el Partido socialdemócrata (SPD)— tenía desde principios de siglo veinte dos tendencias diferentes: “una de carácter revolucionario, que impulsaba sus acciones hacia la liquidación de régimen imperial y el sistema capitalista, y tenía como horizonte político, económico y social la implementación de una república socialista. Y otra, centrorreformista, que consideraba la transformación del régimen una cuestión secundaria por cuanto era posible integrar ambas opciones, socialista y monárquica, en un espacio político neutro, y después realizar las conquistas necesarias dentro del sistema establecido”. Vicente, C. de, *La revolución de 1918-1919. Alemania y el socialismo radical*, Madrid, Catarata, 2018, p. 41.

³⁰ La importación de terminología política al espacio de la producción será una constante histórica de la socialdemocracia y del movimiento obrero que la sustentaba, especialmente útil, según dijimos, como forma de sublimar la impotencia revolucionaria. Desde los Webbs, quienes utilizarán la expresión “democracia industrial” para uno de sus textos fundamentales —en rigor, un estudio de la cuestión sindical en Inglaterra a fines del siglo XIX—, la imaginación del mundo obrero y sindical no ahorra recursos políticos: democracia social, ciudadanía industrial, derechos de participación, etc. En el caso de los esposos ingleses, la idea de democracia industrial no tiene relación alguna con una pretensión de gestión obrera de la producción que cuestione los rasgos básicos de la empresa capitalista, sino una cosa bastante más modesta: la participación sindical en la determinación de los salarios y las condiciones de trabajo. Así afirmarán categóricamente que, en su democracia industrial, “cualquiera sea la forma en la que se resuelva esta cuestión, una cosa es segura: que las distintas secciones de trabajadores manuales afiliados en sus sindicatos no tendrán, ni en la empresa privada ni en el colectivismo, más que ver con la determinación de lo que debe producirse más que los demás ciudadanos o consumidores”. Webb, S. y Webb, B., *La democracia industrial*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2004, p. 607.

guerra mundial, la simbiosis se buscó de forma más sistemática como parte de una política de reforma estructural del capitalismo occidental a través de la política deliberada de pleno empleo y de lo que se convirtió en el estado de bienestar”.³¹

Como expresará en términos paradójicos Tronti, “la victoria de la socialdemocracia constituye una derrota de la clase obrera, nadie lo puede negar”.³² En efecto, la derrota del movimiento obrero revolucionario tendrá un efecto expansivo para el derecho del trabajo por dos razones: primero, dará fuerza a las prácticas laborales reformistas, especialmente las sindicales, y segundo, potenciará la perspectiva teórica del socialismo estatal dentro del pensamiento jurídico, cuyo eje central será la regulación legal y/o colectiva de los derechos de los trabajadores.³³

Lo primero, lo harán los sindicatos —mediante la acción de pactar convenios colectivos que mejorarán la posición efectiva de los trabajadores—;³⁴ lo

³¹ Hobsbawm, E., *op. cit.*, p. 413.

³² Tronti, M., *Obreros y capital*, Madrid, Akal, 2001, p. 26.

³³ En el caso de América Latina, el pensamiento reformista-socialdemócrata se abrirá paso en medio de una fuerte tradición jurídica autoritaria y conservadora —expresada en el lema de “orden y progreso” en palabras de Gargarella—, apertura explicada por la idea de “presencia” en el espacio constitucional de grupos antes invisibles. Presencia derivada de cambios significativos en la región “en cuanto a su composición social. Ellos están dados, algunos casos, por la llegada de inmigrantes (pobres) europeos; en otros, crecimiento de la clase trabajadora (sobre todo, el proletariado urbano en la Argentina, Chile y México); y por el crecimiento en número y protagonismo de las capas medias, que comienzan a presionar por una participación política, a la que los gobiernos del ‘autoritarismo con progreso económico’ se resistían sistemáticamente”. Gargarella, R., *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014, p. 174. En ese sentido, “la revolución política de México constituye la expresión más notable del descontento regional con el viejo sistema heredado, de ‘orden y progreso’” *Id.*, p. 187, lo que se expresará en una inédita Constitución de 1917 en términos de reconocimiento de derechos individuales y colectivos para los obreros.

³⁴ Como se ha apuntado “lo que era más específico en el constitucionalismo social alemán, por lo tanto, venía a través del sindicalismo. Antes de ser constitucionalizado en 1919, el modelo se codificó en el llamado ‘Pacto Legien-Stinnes’, negociado entre octubre y noviembre de 1918. El acuerdo entre el jefe de la ADGB, Carl Legien, y el líder de los empleadores alemanes, Hugo Stinnes, sentó las bases de la “comunidad de trabajo”, por la cual los sindicatos libres (socialistas) estaban comprometidos con una política de colaboración con el capital, cuyos representantes aceptaban ahora una reglamentación de sus relaciones en base a la representación paritaria. Además, este acuerdo permitía desactivar las visiones más radicales de la idea del consejo obrero en el momento de la Revolución de noviembre”. Herrera, C. M., “El constitucionalismo social weimariano en el pensamiento francés entreguerras” *Historia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 20, 2019, p. 467.

segundo, los laboristas de Weimar —posicionado los derechos de los trabajadores como el centro del socialismo reformista en Europa—.³⁵

Para decirlo de otro modo, el deseo de revolución será trocado por el deseo de protección. Y en ese sentido, un producto relevante de esa sublimación será, precisamente, el derecho del trabajo *sinzheimeriano*.³⁶

IV. LOS PRECURSORES DE WEIMAR Y DEL DERECHO DEL TRABAJO

¿Qué hizo de Weimar un laboratorio tan relevante para el derecho del trabajo del siglo veinte?

El laborismo weimariano hizo múltiples y seminales aportes a la construcción jurídica del derecho del trabajo, cuyo esplendor institucional sólo se expresaría concluida la noche fascista. Después de la Segunda Guerra Mundial las ideas políticas y jurídicas sembradas por ese exquisito laboratorio co-

³⁵ Muestra notable de la influencia del laborismo en Alemania de Weimar —y de ahí para toda Europa— será el rol de *Sinzheimer* en el contenido ideológico de la Constitución de 1919. El proyecto original presentado a la Asamblea Constituyente no incluía un catálogo de derechos fundamentales, *Sinzheimer* —como experto en el tema del Partido Socialdemócrata— presentó una propuesta para su inclusión con un marcado contenido sociolaboral: “si comparamos esta propuesta con el proyecto oficial por un lado y la versión final del texto constitucional por otro, no podemos dejar de advertir la importancia de este documento para la historia de la Constitución social de Weimar. Los puntos más decisivos con respecto al Estado social y a los derechos sociales ya estaban incluidos allí. En las sesiones posteriores sólo se efectuaron pequeñas modificaciones que no cambiarían en lo sustancial la propuesta elaborada por *Sinzheimer*. Su aporte como jurista fue fundamental para la redacción de estos artículos, porque si bien algunas de estas ideas eran compartidas por otros integrantes de la Asamblea él supo formularlas con forma jurídica y como se verá más adelante, también pudo fundamentarlas en un todo sistemático”. *Vita, L., “Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer” Historia universal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 19, 2018, p. 579.

³⁶ Circunstancia histórica de la que, por lo demás, estarán muy claros sus miembros, como *Fraenkel*, y sus precisas palabras al respecto: “El derecho del trabajo adquirió un significado político sobre todo con el fin de las primeras ondas revolucionarias. La avanzada revolucionaria de la clase obrera no logró cambiar radicalmente la organización económica y social de entonces, pero sí estuvo en condiciones de reconducir y de anclar sólidamente en el campo de la política social y del derecho del trabajo los primeros intentos de transformación de la organización política y social que la revolución había logrado producir” de modo tal, que “cuando disminuyó el ímpetu revolucionario, el derecho del trabajo se volvió el recipiente en el que sedimentan las fuerzas revolucionarias antes de ser transformadas en nuevas formas jurídicas”. *Fraenkel, E., “El significado político del diritto del lavoro”, en varios autores, Laboratorio Weimar, cit., p. 124.*

locarían al derecho del trabajo como núcleo central de la idea de Estado social de derecho, que sería el sello del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo veinte.

Sería, en todo caso, un error ver con los ojos de hoy en el laboratorio Weimar algo así como un espacio académico para el desarrollo exclusivo de las ciencias jurídicas del trabajo. Antes que todo, fue un espacio político-jurídico, de prueba y error, que entre fórmulas y reflexiones fuertemente ancladas al contexto histórico que le tocaba vivir, producía algunas fórmulas que, con el tiempo, sabríamos resistirían y se transformarían en las bases del derecho del trabajo, particularmente del europeo, en la segunda mitad del siglo veinte.

Particularmente relevante, por razones obvias, es su aporte jurídico. En síntesis, en algo que afirmarán todos sus autores, la autonomía colectiva será el eje sobre que se construirá la perspectiva weimariana del derecho del trabajo. No sólo será el rasgo que le permitirá sostener la autonomía del derecho del trabajo frente al derecho civil —el altar de la voluntad individual del sujeto—, y además su prioridad valorativa frente a la perspectiva reglamentaria o legal de esa rama naciente del sistema jurídico. Una prioridad que se expresará en el rol subsidiario del poder estatal de reglamentación del trabajo en la relación salarial, dejando un amplio espacio de indeterminación para que los sujetos sociales lo doten de su propia regulación.

Como sugerirá el mismo Sinzheimer “el legislador no debe poner trabas a este desarrollo; al contrario, tiene que tornarlo fecundo. Su tarea es poner a disposición las necesarias formas jurídicas en que pueda realizarse voluntad de autodeterminación social”. De hecho, explicará con rotundas palabras que “de esta suerte, las organizaciones sindicales adquieren en amplia medida la posibilidad de crear con autonomía su propio derecho del trabajo en campo del contrato, la judicatura, organización y administración laboral”.³⁷

Pero ¿que había detrás del pensamiento del laboratorio y sus reflexiones jurídicas?, ¿cómo explicar la concepción del trabajo que subyacía entre pluralidad de autores —no exentos de contradicciones y conflictos— que lo constituyeron?

Una buena forma puede ser mirar los hombros sobre los que estaban parados: sus antepasados, que eran en parte, hegelianos, en parte, marxistas y fundamentalmente —salvo Korsch— berstenianos.

³⁷ Sinzheimer, H., “La reorganización del derecho del trabajo”, *La lucha por el nuevo...*, cit., Edeval, Valparaíso, 2017, p. 74. Para una revisión en detalle de las construcciones jurídicas del laboratorio Weimar, véase Gil, R., *El derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Albacete, Bomarzo, 2017.

La idea hegeliana —en palabras de Arendt— de la “glorificación del trabajo”³⁸ subyace en silencio en toda la labor de los autores que constituyen el laboratorio. Podrán discutirse todos y cualquier extremo del sentido de la regulación jurídica del trabajo, hasta incluso proponer —como Korsch— su extinción, pero ninguno discutirá ni por asomo la centralidad del objeto de regulación: el trabajo como expresión de la esencia de la humanidad.³⁹

El trabajo permite, por una parte, que el ser humano se objetive en un mundo de cosas y artefactos que ha creado con sus manos y que son expresión de su humanidad, sometiendo y dominando la naturaleza.⁴⁰ Como explica Marcuse,

...la acción del trabajador no desaparece al aparecer los productos de su trabajo, sino que se preserva en ellos. Las cosas que el trabajo configura y confecciona llenan el mundo social del hombre y funcionan allí como objetos del trabajo. El trabajador sabe que su trabajo perpetua el mundo; se ve y se reconoce a sí mismo en las cosas que lo rodean.⁴¹

En ese sentido, como explica Fromm,

...el trabajo es la autoexpresión del hombre, una expresión de sus facultades físicas y mentales individuales. En este proceso de actividad genuina, el

³⁸ Arendt, H., *Karl Marx y la tradición del pensamiento político occidental*, Madrid, Encuentro, 2008, p. 18. Será en Marx, en todo caso, donde cristalizará en forma más perfecta, según Arendt, la glorificación del trabajo, ya que será el único pensador del siglo XIX que se “tomó en serio en términos filosóficos el acontecimiento central del siglo: la emancipación de la clase trabajadora”. Marx captará, en ese sentido, como nadie “la importancia política de la emancipación de la labor, y la correspondiente dignificación de la labor como la más fundamental de todas las actividades humanas”.

³⁹ Como explica Meda, Hegel comandará “una revolución conceptual” en la idea del trabajo, “la que producirá sin alteraciones semánticas, lo que invita a pensar que el concepto no ha cambiado cuando, en realidad, su significado ha sido completamente transformado: el trabajo acabará presentándose como la esencia del hombre”. Meda, D., *El trabajo: un valor en extinción*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 75.

⁴⁰ Se trata de la llamada “concepción formativa” del trabajo: a través del él “modelamos al objeto, y le damos una forma humana. Nosotros así nos ‘duplicamos’ en el mundo. A través de este proceso establecemos una relación con el mundo natural, ya nuestros propios deseos naturales que están mediados por el trabajo. Nos objetivamos en nuestros productos y llegamos a reconocer nuestros poderes y habilidades, encarnados en el mundo. Nos desarrollamos como reflexivos. Seres autoconscientes”. Sayers, S., “The Concept of Labor: Marx and his Critics”, *Science and Society*, vol. 71, núm. 4, octubre de 2007, p. 441.

⁴¹ Marcuse, H., *Razón y revolución*, Madrid, Alianza, 2015, p. 119.

hombre se desarrolla, se vuelve él mismo; el trabajo no es sólo un medio para lograr un fin —el producto—, sino un fin en sí, la expresión significativa de la energía humana; por eso el trabajo es susceptible de ser gozado.⁴²

Y al mismo tiempo, por otra, el trabajo transforma al trabajador, permitiendo que se encuentre a sí mismo: mediante el proceso de autoconciencia en su relación con otros. El trabajador (siervo) se transforma en conciencia “para sí” en su relación de trabajo con su empleador (amo).⁴³ De este modo, la posición dominante está del lado del trabajador, es el trabajo la vía para el conocimiento de sí mismo, de volverse una “conciencia para sí”:

...el siervo se ha decidido por la vida, retirado de la lucha entre la vida y la muerte, y sometido a la otra autoconciencia para la que ahora trabaja. En el trabajo se emancipa, adquiere mediante él la autosuficiencia efectivamente real de los objetos que serán trabajados y, de ese modo, de encontrar una distancia en relación con la vida.⁴⁴

Esa centralidad hegeliana permeará al laboratorio Weimar de modo evidente, y se expresará en las categóricas palabras de Sinzheimer:

...el trabajo es una energía esencial. Quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar. El hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del derecho del trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas.⁴⁵

Esa centralidad existencial devendrá —en las letras de los laboristas de Weimar— centralidad jurídica:

⁴² Fromm, E., *Marx y su concepto del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 52.

⁴³ En palabras del mismo Hegel: “la verdad de la conciencia autosuficiente es, por tanto, la conciencia servil. Es cierto que ésta comienza apareciendo fuera de sí, y no como la verdad de la autoconciencia. Pero, así como la dominación revelaba que su esencia es lo inverso de aquello que quiere ser, así también la servidumbre devendrá también, sin duda, al consumarse plenamente lo contrario de lo que de un modo inmediato es; retornará a sí como conciencia repelida sobre sí misma y se convertirá en verdadera autosuficiencia” Hegel, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 99.

⁴⁴ Bonsiepen, W., ‘Introducción’, en *ibidem*, p. XLV.

⁴⁵ Sinzheimer, H., *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1984, p. 73

...del ser humano desnudo, de esa “persona”, sombra volatilizada del hombre, debe llegarse a un ser protegido que no viva sólo en el ambiente etéreo del espíritu, sino de la plena existencia. El derecho del trabajo contribuye de manera decisiva a la constitución de semejante orden jurídico social, al colocar en el centro de su normativa no sólo la propiedad, sino la humanidad. El derecho del trabajo quiere llenar aquel vacío que existe entre el hombre y “la persona”, implantar el orden social en medio del orden jurídico, dar a la nueva época social su derecho.⁴⁶

Marxistas para correr el velo, siguiendo al mismo Marx, dentro del “laboratorio secreto de la producción”, y derribar un mito de la doctrina jurídica liberal: que la relación de trabajo no es más que un acuerdo entre particulares libres e iguales y poco más. Como destacaran sus autores —Sinzheimer, Fraenkel, Kahn-Freund o Korsch—, detrás de la ficción del contrato, lo que hay es una relación de dominación y poder. Sumisión articulada sobre un soporte último que es la propiedad privada.

Las claves marxistas del laboratorio Weimar están por todos lados, pero pueden condensarse en dos ideas fundamentales: el trabajo es una relación social de poder, y en su núcleo se expresa un conflicto inherente entre el titular del capital y los trabajadores.

Será, gracias en gran medida a Marx, que el sistema jurídico liberal deberá reconocer uno de sus secretos mejor guardados. Que atravesada la esfera de la circulación —ese “edén de los derechos innatos del hombre”—, donde trabajador y empleador se encuentran como portadores de mercancía, donde impera “exclusivamente la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham”,⁴⁷ hay poder y explotación.

En el interior de la fábrica recién desvelado, expuesto a la vista de todos, aparece el proceso de producción y una de sus más radicales consecuencias: la subsunción real del trabajador al capital. Como dijimos, la revolución derivada de la incorporación progresiva de tecnología —máquina de vapor y cadena de montaje—, y la resistencia colectiva del trabajo vivo a la extensión ilimitada de la jornada, se tradujo en la necesidad de someter radicalmente a la fuerza de trabajo al control del titular del capital.

El poder sobre el trabajador que aparecerá —una y otra vez— como el fundamento de la necesidad de protección del trabajador para los laboristas

⁴⁶ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁷ Marx, K., *El capital*, *cit.*, p. 182.

de Weimar. De hecho, es harto obvia la relación entre la idea de Marx de subsumción real y la de subordinación del derecho del trabajo. Como lo expone Kahn-Freund, en cuanto la idea de dependencia de Sinzheimer “es producto de la concepción de Marx y de su seguidor Renner, de que la propiedad capitalista implica una dominación sobre los seres humanos”.⁴⁸

Esa clave marxista permitirá, precisamente, a otros —como Korsch— formular una cita que acompaña el derecho del trabajo hasta nuestros días: “la libertad e igualdad de derecho de los contratantes se muestra como el simple disfraz ideológico de violencia brutal y descarnada que posee la relación de dominio en la que, bajo la vigencia ilimitada del principio del contrato libre de trabajo, cae inevitablemente el trabajador, apenas ha cruzado la puerta de la fábrica”.⁴⁹

Pero ese poder no es abstracto, sino concreto. Su objetivo es la producción de valor. Para ello requiere que la fuerza de trabajo medida por tiempo sea puesta al servicio de la producción de mercancías, lo que exige el menor salario para la mayor cantidad de trabajo posible.

Poder y explotación como dos caras de la misma moneda.

Y, en fin, los autores de laboratorio Weimar son, antes que todo, berstenianos. Salvo Korsch, por supuesto.⁵⁰

⁴⁸ Kahn-Freund, O., *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Oxford, Basil Blackwell, 1981, p. 79.

⁴⁹ Korsch, K., *Lucha de clases y derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 16.

⁵⁰ Korsch es, pocas dudas caben, el más relevante laboralista marxista de la historia del derecho occidental hasta hoy. A diferencia de los que vendrán después, cuyas propuestas serán puramente crítica de la naturaleza mistificada del derecho laboral, su posición será eminentemente normativa y sostendrá una propuesta para la construcción de un genuino derecho del trabajo proletario. Para Korsch, la dirección de la historia de la acción proletaria en la regulación del trabajo es indefectiblemente transitoria y dialéctica: debe, primero, evolucionar de su versión burguesa, la del capitalismo liberal de fines del siglo XIX, a su versión social o sindical —la propia del capitalismo social de Weimar— y, después, a su versión revolucionaria o proletaria. Para en el final, en la consumación de la sociedad comunista, extinguirse. Se trata de un intento único dentro del pensamiento jurídico laboral occidental por construir un derecho del trabajo al margen de las relaciones de producción capitalistas. En su propuesta ha desaparecido el capitalista privado, quedan los trabajadores y la sociedad representada por el Estado, abriéndose dos formas de socialización: que la propiedad de la empresa pase al Estado (socialización indirecta) o a los trabajadores mismos (socialización directa). El derecho del trabajo proletario tiene que enfrentar dos dimensiones de la socialización del trabajo: el derecho de la ganancia de los trabajadores y el derecho de participación. Desde la perspectiva proletaria, ambas dimensiones no son equivalentes, en cuanto la regulación del derecho de la ganancia es una cuestión que califica de “técnica”: ya sea que se trate de un salario —porque la propiedad está ahora en manos del Estado—, ya sea que se trate del reparto de utilidades —porque la propiedad

Como dijimos, el laboratorio Weimar no era exactamente un espacio académico para el desarrollo de la dogmática jurídica sobre el derecho positivo. Antes que eso, era un núcleo de autores que ensayaron fórmulas y reflexiones sobre el derecho y el trabajo en las economías capitalistas, imbricados con su tiempo político e histórico, fórmulas que resistirían y se transformarían en las bases del derecho del trabajo, particularmente europeo, en la segunda mitad del siglo XX.⁵¹

Para que eso fuera posible, la constitución misma de un laboratorio de ideas jurídicas para ser puestas a prueba, se requería una condición política de posibilidad: la existencia de un espacio entre el liberalismo que había alimentado la imaginación burguesa en el siglo XIX y el marxismo ortodoxo que había surtido al movimiento obrero revolucionario en el mismo siglo.

La condición de posibilidad del laboratorio Weimar —y del futuro del derecho del trabajo que ese laboratorio imaginó— era plenamente política. Un espacio donde los trabajadores, dentro de los propios engranajes de la sociedad capitalista, pudieran ejercer el poder político que los votos y los hechos le otorgaban.

Y quien tendrá la llave para abrir ese espacio fue, precisamente, el albacea de Engels. En ese sentido, para que existiera un Sinzheimer, antes tuvo que existir un Bernstein.

paso a manos inmediatas de los propios trabajadores—, el problema para los trabajadores es el mismo: “se trata en realidad de hallar la solución necesariamente igual en cada caso de un mismo problema: qué parte del total de los beneficios debe ir a los productores en cuanto tales y qué parte debe ir a la colectividad”. Korsch, K., *Escritos políticos*, México, Folios, 1982, vol. 2, p. 15. No ocurre lo mismo con el derecho a la participación en la gestión de la producción por parte de los trabajadores. En esa dimensión del proceso de socialización, los trabajadores se juegan una idea clave del entramado político propuesto por Korsch: la democracia industrial y el consejo obrero. En sus palabras, “el camino de la realización a un tiempo segura y rápida de estas dos exigencias contenidas en el lema de la socialización, la de un control desde arriba (por la colectividad) y la de un control desde abajo (por los inmediatamente implicados en el proceso de producción) no es otro, hoy, que el representado por el tantas veces citado y tan escasamente comprendido “sistema de consejos”. *Id., cit.*, p. 24.

⁵¹ En la Inglaterra de principios de siglo veinte se había adelantado un litigio que décadas después se repetiría en la Alemania weimariana. La versión de un estatismo reformista donde el sindicato cumple un rol de defensa profesional en una producción organizada desde el Estado —la opción del fabianismo de los Webb— contra la articulación de una democracia productiva en torno a la idea de autogestión de los propios trabajadores —la opción de socialismo guildista de G.H.D Cole—. Años después éste será, en lo fundamental, el litigio que dividirá al laboratorio Weimar de los laboralistas: la opción del reformismo y la autonomía sindical dentro del contexto capitalista —la opción de Sinzheimer— contra la democracia de los consejos obreros —la opción de Korsch—.

Su revisionismo será una forma de superar lo que se denominó la “crisis del marxismo”, esto es, la cada vez más lejana posibilidad de que las predicciones del marxismo se cumplieran, y que las contradicciones del capitalismo —evolucionando científicamente— fueran a derribarlo.⁵²

Frente a eso, Bernstein postulará la relevancia de la esfera política y la acción para transformar al Estado en beneficio de la clase obrera, lo que no exige indefectiblemente una revolución, sino la acción política dentro de la democracia parlamentaria para mejorar las condiciones de los trabajadores.⁵³ En sus palabras:

...la solidaridad se realiza en el seno del Estado a través de la lucha política. Y ésta sólo puede ser llevada por la clase obrera con el mayor éxito posible en la democracia.

La abolición de todo privilegio de clase: ése es el derecho político fundamental de la clase obrera.⁵⁴

En ese sentido, la eliminación de la explotación de los trabajadores se producirá en la acción política institucional, mediante la obtención progresiva de poder político de la clase obrera, tanto a través de su mayor peso electoral, como de la creciente influencia política de los sindicatos. Es el camino abierto por Bernstein, para quien la revolución es un hecho que pierde relevancia, lo que se expresa en su conocida cita de “lo importante es el movimiento, no el fin”.

⁵² Esa crisis “que constituirá el trasfondo de todos los debates marxistas desde finales del siglo XIX hasta la guerra, domina dos momentos fundamentales: la nueva conciencia de la opacidad de lo social, de las complejidades y resistencias de un capitalismo crecientemente organizado, y la fragmentación de los distintos agentes sociales que, según el paradigma clásico, deberían haber estado unidos”. Laclau, E y Mouffe, Ch., *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Siglo XXI, Madrid, 1987, p. 43.

⁵³ Bernstein entendía o quería entender que una forma de acreditar que Marx no era un revolucionario a secas, sino un “evolucionista revolucionario”, es su opinión favorable sobre los sindicatos: “la posición respecto al sindicalismo ilustrada por la resolución de la Internacional que defendía con firmeza la organización sindical de los trabajadores. Y es que ya en fecha tan temprana como 1847, cuando casi todos los socialistas continentales se declaraban todavía enemigos mortales del sindicalismo, Marx había tomado partido por él”. Bernstein, E., *Karl Marx y la reforma social*, Barcelona, Página Indómita, 2018, p. 76. Como se sabe, el punto es controvertible: hay en Marx citas tanto a favor, como en contra de los sindicatos en su relación con la emancipación de los trabajadores. Véase Hyman, R., *El marxismo y la sociología del sindicalismo*, México, Era, 1978.

⁵⁴ Bernstein, E., *El socialismo evolucionista*, Comares, Granada, 2011, p. 129.

El desafío que el socialismo evolutivo y revisionista de Bernstein planteaba a la ortodoxia marxista fue condensado, con precisión, por una de sus más célebres opositoras —Luxemburgo—:

...la teoría socialista se encuentra ante un dilema: o la revolución socialista sólo se concibe como resultado de las contradicciones internas del orden capitalista, contradicciones que aumentan al desarrollarse éste, haciendo del derrumbamiento algo inevitable, no importando el momento y forma en que se presente, pero que convierte en inútiles los medios de adaptación, siendo, por tanto, justa la teoría del derrumbamiento, o, por el contrario, esos medios de adaptación son capaces de evitar el hundimiento capitalista y de anular sus contradicciones, claro que cesando entonces el socialismo de ser una necesidad histórica, pudiendo ser luego todo lo que quiera, pero nunca el resultado del desarrollo material de la sociedad. Este dilema nos presenta a su vez otro: o el revisionismo tiene razón en cuanto al curso del desarrollo capitalista, siendo, por tanto, una utopía la transformación socialista de la sociedad, o el socialismo no es tal utopía, quedando entonces malparada la teoría de los medios de adaptación. *That is the question.*⁵⁵

Se hace así cargo de la evolución del Estado capitalista, que había dado lugar —lenta pero progresivamente— a diversas reformas que mejoraban la posición social y económica de la clase obrera, particularmente en materia de seguro social y de leyes fabriles o laborales. Dicha legislación social de la segunda mitad del siglo diecinueve “no puede ser explicada principalmente por las necesidades regulatorias del capital o la estandarización de explotación capitalista”, sino como espacio “que proporciona un área de interés común entre el capital y el trabajo”, sentando “las bases racionales del moderno estado de bienestar”.⁵⁶

Dentro de esa esfera política, para ir progresivamente avanzando en la meta del socialismo, es clave, como revelará el propio Bernstein:

...desarrollar una legislación laboral que confiera al individuo mucha más seguridad, así como flexibilidad a la hora de escoger una ocupación. En ese sentido, las organizaciones más avanzadas de la economía, los grandes sindicatos, ya están mostrando la forma en que probablemente se desarrollarán

⁵⁵ Luxemburgo, R., *Reforma o revolución*, Madrid, Akal, 2016, p. 13.

⁵⁶ Gustafsson, B., “A New Look at Bernstein: Some Reflections on Reformism and History”, *Scandinavian Journal of History*, vol. 3, 1978, p. 278.

las cosas. Como hemos dicho, hay ya algunos indicios de que está surgiendo un sistema democrático de legislación laboral.⁵⁷

Subyacía en el fondo de las ideas berstenianas, la convicción ideológica de que el socialismo no era sino una profundización de las ideas liberales:

...el objetivo de todas las medidas socialistas, incluso aquellas que parecen ser medidas coercitivas, es el desarrollo y la protección de la personalidad libre. Un examen más detallado de las medidas siempre muestra que la coacción debatida incrementará la suma total de la libertad en la sociedad a un área más extensa, mayor libertad de la que resta.⁵⁸

Y agrega:

...podríamos llamar al socialismo “liberalismo organizado”, porque si examinamos más de cerca las organizaciones que el socialismo busca, y el modo en que las busca, encontraremos que lo que las distingue principalmente de las instituciones feudales en apariencia similares: no es otra cosa que su liberalismo: su constitución democrática y su apertura.⁵⁹

El resultado será contundente y extremadamente sensible para lo que en el futuro se llamará derecho del trabajo. Puestos en palabras de Laclau y Mouffe: “Bernstein ve el problema desde el ángulo opuesto: el incremento del poder de la clase obrera, el desarrollo de la legislación social, y la ‘humanización’ del capitalismo están generando una ‘nacionalización’ de la clase trabajadora; el obrero ya no es sólo un proletario, también es un ciudadano”.⁶⁰

⁵⁷ Bernstein E., *Karl Marx...*, cit., p. 99.

⁵⁸ Bernstein, E., *El socialismo...*, cit., p. 96. Como se ve, Bernstein no andará descaminado en sus predicciones, y en el periodo posterior a las guerras mundiales, su proyecto será el triunfador en Europa y en buena parte de la tradición jurídico-político occidental. Por eso, nos dirá Hobsbawm: “en los principales países del capitalismo el modelo del movimiento obrero prevaleció en la edad de oro. Su victoria quedó simbolizada por el abandono formal del marxismo en el Programa de Godesberg de 1959 del Partido Socialdemócrata Alemán. Deshacerse del marxismo no parecía suponer pérdida alguna, a excepción de recuerdos sentimentales, porque cuando la edad de oro (1947-1973) tocó a su fin, los objetivos del reformismo se habían alcanzado en la práctica, y los obreros estaban incomparablemente mejor de lo que habrían podido imaginar incluso los más optimistas representantes de la reforma antes de 1914”. Hobsbawm, E., *op. cit.*, p. 473.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁰ Laclau, E. y Mouffe, Ch., *op. cit.*, p. 67.

Después de Bernstein, la emancipación de la clase obrera ya no será sólo cuestión únicamente revolucionaria. Será más bien, una cuestión de acción política progresiva y gradual dentro de los contornos de la misma sociedad capitalista, que presentará dos caras fundamentales: la política legislativa en favor de los trabajadores —cuya protohistoria corresponde a las leyes fabriles de limitación de jornada del siglo XIX— y la acción sindical como expresión de la organización de los trabajadores.

Los laboristas de Weimar podrán caminar el horizonte abierto por Bernstein. En sus escritos hay profunda fe en la acción del Estado para la emancipación de los trabajadores: ya sea por la vía de la legislación laboral, ya sea por la vía de la autonomía colectiva.⁶¹

Poco tiempo después, Sinzheimer podrá sostener que “los presupuestos para una actitud positiva de los trabajadores respecto del Estado y para el reconocimiento de los sindicatos como sus representantes calificados, fueron realizados a través del paso del Estado autoritario a la Constitución democrática”, agregar que “la importancia de este hecho se ha podido manifestar plenamente sólo en el momento en que el Estado —dando cumplimiento

⁶¹ En rigor, la búsqueda de los antepasados políticos del derecho del trabajo no se detiene en Bernstein, sino que puede remontar a Lasalle. En efecto, la historia de la expansión del derecho del trabajo —de la mano de Weimar y sus laboristas— habría sido políticamente impensable, sí años antes no se hubiera legitimado la acción del Estado en el espacio económico/productivo en protección de la clase que nacía —el proletariado—. Dicha legitimidad pudo ser posible no sólo por la teoría revisionista —la de Bernstein— a principios del siglo XX al interior del marxismo, sino por el espacio abierto en pleno siglo XIX por el llamado socialismo de Estado, concepción donde la figura clave será Ferdinand Lasalle. Famoso por sus reflexiones sobre la idea de Constitución —en su texto *Qué es una Constitución*— y con una controvertida relación con Marx —entre la amistad y la rivalidad—, Lasalle no verá al Estado como un instrumento irreversible de la dominación de la clase burguesa, sino “el principal valedor en la reivindicación de los derechos de la clase obrera, de modo que sin su apoyo no podría integrarse social ni políticamente. De ahí que el objetivo de ningún pueda consistir en destruir al único aliado posible, sino que, al contrario, la tarea principal sería conquistarlo”, para dicho objetivo se “dispondría de una sola arma, el sufragio universal, la primera y fundamental reivindicación del movimiento obrero”. Sotelo, I., *Estado social*, Madrid, Trotta, 2010, p. 168. Muerto joven, en duelo pasional, Lasalle —y su valoración reformista del Estado— será enfrentado por Marx, quien le dirigirá furibundos ataques a su legado en su famosa crítica al programa político del congreso del Partido Obrero Alemán, donde dirá en tono despectivo que “la organización socialista de todo el trabajo no resulta del proceso revolucionario de transformación de la sociedad, sino que ‘surge’ de ‘la ayuda del Estado’, ayuda que el Estado presta a las cooperativas de producción ‘creadas’ por él y no por lo obreros ¡Es digno de la fantasía de Lassalle eso de que con empréstitos se puede construir una nueva sociedad como se construye un ferrocarril!”. Marx, K., “Crítica al programa de Gotha”, *Antología*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, p. 453.

a una promesa contenida en la carta constitucional del Reich— ha emprendido una obra de legislación social cuya realización era posible sólo con el sustento de la participación de los trabajadores y sus organizaciones que estuviesen integradas en el Estado”.⁶²

La síntesis perfecta de la herencia de Bernstein en la ideología político-jurídica del laboralismo de Weimar, y de ahí en buena parte del derecho del trabajo hasta nuestros días, será perfilada por Kahn Freund: “el ordenamiento jurídico no niega ni sofoca la lucha de clases, pero no le concede tampoco una libertad ilimitada. En vez de eso, intenta delinear, con sus normas jurídicas, las modalidades de desarrollo en el ámbito del sistema capitalista”, y mantener “una cierta afinidad entre un ordenamiento jurídico de índole colectiva y un sistema de libre competencia. Ambos parten de la misma premisa: que en el seno del ordenamiento jurídico tiene lugar un conflicto, y que tal conflicto (entendido un contraste entre partes que, disponiendo de una fuerza potencialmente equivalente, tienen chances potencialmente iguales) produce un resultado susceptible de reglamentación jurídica”, lo cual constituye como presupuesto fundamental “la subsistencia de un cierto equilibrio entre la clase obrera y la trabajadora”.⁶³

La máxima expresión concreta e institucional de esas ideas sería, pocas dudas caben, la Constitución de 1919 y su constitucionalización del derecho del trabajo. Más específicamente de su versión weimariana: protección constitucional al trabajo (artículo 157), establecimiento del derecho del trabajo (artículo 163), reconocimiento de los sindicatos y su libertad (artículo 159), reconocimiento de la negociación colectiva y del rol de los consejos obreros (165).⁶⁴

⁶² Sinzheimer, H., “La democratización de la relación de trabajo”, *La lucha por el nuevo...*, cit., p. 139. La idea tan relevante para Sinzheimer de la autonomía colectiva como expresión de la autodeterminación social no debe ser leída como una forma jurídica incompatible con el Estado. Al revés, existe una potencial concordancia entre ambas, ya que puestas en sus propias palabras supone que “la regulación de las relaciones laborales no ha de ser sólo producto del derecho estatal, sino que tiene que ocurrir, además, mediante la autodeterminación social. Poder y alcance de esta autodeterminación social, cuya esencia en la regulación autónoma de las relaciones laborales mediante las fuerzas socialmente organizadas, crece constantemente”. El Estado, dirá tajantemente, “no debe poner trabas a este desarrollo, sino que tornar lo fecundo”. Su tarea es poner a disposición las necesarias formas jurídicas en que puede realizarse la voluntad de la autodeterminación social. Sinzheimer, H., “La reorganización del derecho del trabajo”, *La lucha por el nuevo...*, cit., p. 73.

⁶³ Kahn-Freund, O., “Il mutamento della funzione del diritto del lavoro”, en varios autores, *Laboratorio Weimar*, Arrigo y Vardaro (eds.), Roma, Lavoro, 1982, p. 232.

⁶⁴ Los consejos obreros de la Constitución de Weimar no son, por supuesto, los propios del sistema concejil, propuestos por la teoría revolucionaria del movimiento obrero. Como

Pocas dudas caben, en fin, de que en esas claves filosóficas quedará determinado el espacio en que se moverá la mejor versión del derecho del trabajo hasta el día de hoy: la relevancia del trabajo como modo de realización humano (Hegel), el contexto conflictivo en que se desenvuelve en las sociedades capitalistas debido a la explotación y poder que se ejerce sobre los trabajadores (Marx), y la necesidad de protegerlos a través de la acción del Estado y del reconocimiento de sus propias organizaciones (Bernstein).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, P., “Las limitaciones y las posibilidades de la acción sindical”, *Pensamiento Crítico*, Habana, núm. 13, 1968.
- ANDERSON, P., *Consideraciones sobre el marxismo occidental*, Madrid, Siglo XXI, 2017.
- ARENDT, H., *Karl Marx y la tradición del pensamiento político occidental*, Madrid, Encuentro, 2008.
- ARENDT, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2017.
- BERNSTEIN, E., *Karl Marx y la reforma social*, Barcelona, Página Indómita, 2018.
- BERNSTEIN, E., *El socialismo evolucionista*, Granada, Comares, 2011.
- BONSIEPEN, W., ‘Introducción’, en HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- CHICCHI, F. *et al.*, *Más allá del salario*, Madrid, Enclave, 2018.
- DOMÈNECH, A., *El eclipse de la fraternidad*, Madrid, Akal, 2019.

aclara el propio Sinzheimer, estos últimos y su función política equivalen a una dictadura incompatible con el régimen democrático que se consagra constitucionalmente: “es suficiente afirmar en esta sede que una tal dictadura de los consejos se pondría en contraste con la democracia y que en nuestro tiempo es necesario entre dictadura de una minoría y democracia, o sea, el gobierno de la mayoría. La asamblea constituyente, como ya la mayoría del pueblo, se ha expresado por la democracia”, Sinzheimer, H., “Relazione all’assemblea costituente”, en varios autores, *Laboratorio Weimar*, *cit.*, p. 46. Esa concepción del consejo como una forma más inofensiva políticamente, será estructurada en la República de Weimar por la Ley de Consejos —1920—: “la ley sobre las relaciones laborales legalizó los consejos existentes únicamente a nivel de taller. Les permitió representar las demandas de los trabajadores, pero no ejercer control alguno sobre la producción [...] como resultado, los consejos de taller de la recién nacida República alemana se convirtieron en órganos subalternos e impotentes, reducidos básicamente a los mismos derechos que los consejos de taller de la Alemania actual”. Hoffrogge, R., *op. cit.*, p. 145.

- FROMM, E., *Marx y su concepto del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- GARGARELLA, R., *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- GIL, R., *El derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- GRAMSCI, A., *Antología*, México, Siglo XXI, 2010.
- GUSTAFSSON, B., “A New Look at Bernstein: Some Reflections on Reformism and History”, *Scandinavian Journal of History*, vol. 3, 1978.
- HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- HEPPLE, B., “Introducción”, en VARIOS AUTORES, *La formación del derecho del trabajo en Europa*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- HERRERA, C. M., “El constitucionalismo social weimariano en el pensamiento francés entreguerras”, *Historia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 20, 2019.
- HOBBSAWM, E. *Cómo cambiar el mundo*, Buenos Aires, Crítica, 2011.
- HOBBSAWM, E. *Revolucionarios*, Madrid, Crítica, 2010.
- HOFFROGGE, R. “Del sindicalismo a los consejos obreros”, en VARIOS AUTORES, *Poder obrero: control y autogestión obrera*, Madrid, La Oveja Roja, 2017.
- HORKHEIMER, M., “La impotencia de la clase obrera alemana”, *Ocaso*, Madrid, Taurus, 1986.
- HYMAN, R., *El marxismo y la sociología del sindicalismo*, México, Era, 1978.
- KAHN-FREUND, O., “Il mutamento della funzione del diritto del lavoro”, en VARIOS AUTORES, *Laboratorio Weimar*, ARRIGO y VARDARO (eds.), Roma, Lavoro, 1982.
- KAHN-FREUND, O., *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Oxford, Basil Blackwell, 1981.
- KORSCH, K., *Lucha de clases y derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel, 1980.
- LACLAU, E. y MOUFFE, Ch., *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987.
- LOFFREDO, A., “La identificación entre contrato y trabajo en los orígenes y en la actualidad del derecho italiano”, *Revista Derecho Social*, Alicante, Bomarzo, núm. 68, 2014.
- LUXEMBURGO, R., *La Comuna de Berlín*, México, Grijalbo, 1971.

- LUXEMBURGO, R., *Reforma o revolución*, Madrid, Akal, 2016.
- MARCUSE, H., *Razón y revolución*, Madrid, Alianza, 2015.
- MARX, K., *El capital*, Santiago, Lom, 2010.
- MARX, K., *El capital*, Libro I, capítulo VI (inédito), México, Siglo XXI, 2015.
- MARX, K., “Crítica al programa de Gotha”, *Antología*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- MEDA, D., *El trabajo: un valor en extinción*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- NEGRI, T., *Marx y Foucault*, Buenos Aires, Cactus, 2019.
- PANNEKOEK, A., *Crítica del bolchevismo*, Barcelona, Anagrama, 1976.
- PINTO, J., *Luis Emilio Recabarren: una biografía histórica*, Santiago, Lom, 2013.
- POLANYI, K., *La gran transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- POULZANTAS, N., *Estado, poder y socialismo*, México, Siglo XXI, 2014.
- READ, J., *La micropolítica del capital*, Madrid, Tierra de Nadie Ediciones, 2016.
- SAYERS, S., “The Concept of Labor: Marx and his Critics”, *Science and Society*, vol. 71, núm. 4, octubre de 2007.
- SILVER, B., *Fuerzas del trabajo: los movimientos obreros y la globalización desde 1870*, Madrid, Akal, 2005.
- SINZHEIMER, H., *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1984.
- SINZHEIMER, H., *La lucha por el nuevo derecho del trabajo*, Valparaíso, Edeval, 2017.
- TRONTI, M., *Obreros y capital*, Madrid, Akal, 2001.
- VARIOS AUTORES, *Laboratorio Weimar*, ARRIGO y VARDARO (eds.), Roma, Lavoro, 1982.
- VENEZIANI, B., “La evolución del contrato de trabajo”, en VARIOS AUTORES, *La formación del derecho del trabajo en Europa*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- VICENTE, C. de, *La revolución de 1918-1919. Alemania y el socialismo radical*, Madrid, Catarata, 2018.
- VITA, L., “Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer”, *Historia universal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 19, 2018.

- WALLIS, V., “Control obrero y revolución”, en VARIOS AUTORES, *Poder obrero*, Madrid, La Oveja Roja, 2017.
- WEBB, S. y WEBB, B., *La democracia industrial*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2004.
- WEITZ, E., *La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia*, Madrid, Turner, 2009.

LA DIMENSIÓN DE GÉNERO: AUSENTE EN LA REFORMA DE PENSIONES EN MÉXICO*

THE GENDER DIMENSION:
ABSENT FROM THE PENSION REFORM IN MEXICO

LA DIMENSION DE GENRE:
ABSENTE DE LA RÉFORME DES RETRAITES AU MEXIQUE

María Ascensión MORALES RAMÍREZ*

RESUMEN: Las mujeres, en la vejez, manifiestan con especial crudeza la acumulación de las desventajas a las que se enfrentaron durante años. Ellas tienen perspectivas considerablemente más negativas que los hombres con relación al valor de sus pensiones futuras, y son más propensas a pasar sus últimos años de vida en la pobreza. Un conjunto de factores diferenciadores directos e indirectos se concatenan en su perjuicio: las diferencias entre mujeres y hombres en el empleo se reducen según el diseño del sistema de pensiones contributivo.

Considerar la dimensión de género en dichos sistemas es una tarea impostergable para erradicar las desigualdades y discriminaciones de las normas que impiden a la mujer obtener una pensión por derecho propio, un retiro digno y una autonomía económica en la vejez.

Palabras clave: género, igualdad de género, sistemas de pensiones, empleo formal, trabajo no remunerado.

ABSTRACT: Women in their old age are particularly hard hit by the accumulation of the disadvantages they have faced for years. They have considerably poorer prospects than men about the amount of their future pensions and are more likely to spend the last years of their lives in

* Recibido el 10 de diciembre de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Profesora de derecho del trabajo y derecho de la seguridad social en la Facultad de Derecho de la UNAM.



poverty. A combination of direct and indirect disparities works against them: the differences between men and women in employment are exacerbated by the design of the contributory pension system.

Including a gender dimension in these systems is a matter that can no longer be postponed if we are to eradicate the inequalities and discrimination that prevent women from obtaining a pension, a dignified retirement and economic independence in their old age.

Keywords: gender, gender equality, pension systems, formal employment, unpaid work.

RÉSUMÉ: Les femmes âgées manifestent avec une grossièreté particulière l'accumulation des désavantages auxquels elles ont été confrontées pendant des années. Ils ont des perspectives beaucoup plus négatives que les hommes quant à la valeur de leurs pensions futures et sont plus susceptibles de passer leurs dernières années à vivre dans la pauvreté. Un ensemble de facteurs de différenciation directe et indirecte sont concatenés à leur détriment: les différences entre les femmes et les hommes dans l'emploi sont intensifiées selon la conception du système de pension contributif.

Considérer la dimension sexospécifique de ces systèmes est une tâche impossible pour éradiquer les inégalités et la discrimination des règles qui empêchent les femmes d'obtenir une pension de travail indépendant, une retraite décente et une autonomie économique dans la vieillesse.

Mots-clés: genre, égalité des sexes, systèmes de retraite, emploi formel, travail non rémunéré.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Discriminaciones laborales.* III. *Discriminaciones en los sistemas de pensiones.* IV. *Experiencias de compensaciones contributivas.* V. *La reforma mexicana.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la dimensión de género en los sistemas de pensiones de América Latina ha cobrado gran fuerza en los últimos años.¹ Los

¹ El debate inició en las normas internacionales hace más de seis décadas, con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 1967 y la Convención

datos que se proyectan para las próximas décadas respecto de la transición demográfica revelan una feminización del proceso de envejecimiento poblacional en la región.

En 2019, los hombres mayores de 65 años alcanzaron un 7.5% de la población total de éstos, mientras que la proporción de mujeres de 65 y más años aumentó al 9.4% del total de ellas. Las proyecciones de población indican que, en 2050, la población de hombres de 65 años y más, representará un 17.6% del total de ellos, mientras que para las mujeres este porcentaje alcanzará el 21.4%.²

En las reformas paramétricas y estructurales de los últimos 15 años en América Latina, la “dimensión de género” fue considerada un requisito básico y fundamental en el sistema de pensiones, por razones demográficas, de titularidad de derechos y de autonomía económica en la vejez, para hacer frente al conjunto de factores diferenciadores directos e indirectos que generan las desigualdades y discriminaciones entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral, así como respecto de la división sexual del trabajo no remunerado, entre otros puntos, los cuales se reproducen y agravan según el diseño y reglas del funcionamiento del sistema de pensiones contributivo, impidiendo el acceso de las mujeres a la protección del sistema y a la obtención de una pensión de vejez.

En México en 2019, a diferencia del camino recorrido por algunos países de la región, la reciente reforma a las pensiones de retiro reguladas en la Ley del Seguro Social (LSS) no se ocupó de la dimensión de género, a pesar de los avances sobre el tema en otros campos y de que, desde hace tiempo, la academia y la sociedad civil habían demandado su inclusión.³

Asimismo, dicha dimensión fue ignorada, debido a la pandemia por la COVID-19, cuyos datos señalan que el mayor impacto negativo de esta crisis será en las actividades económicas y en los empleos altamente feminizados.

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, aspectos que fueron incluidos en la seguridad social. La “Recomendación sobre los pisos de protección social” de 2012 confirmó que la seguridad social es una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial, así como para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal.

² Arenas de Mesa, Alberto, Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina, Santiago, CEPAL, 2019, p. 215.

³ Arenas de Mesa, señala que uno de los factores que explica esta situación es la baja participación de las mujeres en la toma de decisiones y en la definición del diseño de los sistemas de pensiones, pues las autoridades de hacienda son hombres.

La iniciativa presidencial de reforma se presentó el 25 de septiembre de 2019, y fue aprobada en diciembre sin modificación alguna, *fast track*, por ambas cámaras del Congreso de la Unión, *cuyas presidencias están a cargo de mujeres*.⁴ El decreto respectivo fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de diciembre de 2020, y el 1o. de enero de 2021 entraron en vigor, parcialmente, algunas disposiciones, porque los cambios principales surtirán efectos hasta 2023.

Grasso modo, la reforma conserva el sistema de capitalización individual (ahorro forzoso) e introduce elementos ajenos a la seguridad social como la Unidad de Medida y Actualización (UMA), y comprendió tres cambios principales en la LSS: reducción de las semanas de cotización y su incremento sucesivo hasta el 2031; incremento gradual y diferenciado de la cuota patronal (2023-2030); recomposición de las aportaciones estatales, modificaciones a los requisitos y monto de la pensión mínima garantizada.⁵ No se profundiza en estos temas aquí, porque existe literatura abundante,⁶ por esto el presente trabajo se centra en examinar las pensiones de vejez de carácter contributivo desde una perspectiva de género⁷ en primer lugar, a partir del análisis de las desigualdades y discriminaciones que enfrenta la mujer en el ámbito laboral (indirectas) y en los sistemas de pensiones (directas). En segundo lugar, a la luz de experiencias que en América Latina han surgido para compensar la falta de cotización con motivo de esos factores diferenciadores. En tercer lugar, se aborda la ausencia de la dimensión de género en la reforma mexicana y, por último, se ofrecen algunas conclusiones.

⁴ La Cámara de Diputados aprobó la iniciativa presidencial el 8 de diciembre, y la de Senadores el 9 de diciembre de 2020 (en menos de 10 minutos y sin discusión). En 1995, cuando se introdujo el sistema de capitalización individual, la iniciativa presidencial fue presentada el 9 de noviembre, se discutió el 6 y 7 de diciembre, y se publicó el 21 de ese mes en el Diario Oficial de la Federación.

⁵ Los cambios secundarios fueron los siguientes: modalidades para pensionarse, retiro de las aportaciones voluntarias, imprescriptibilidad para recibir los recursos, entrega de los ahorros de la cuenta individual a los beneficiarios, así como el impacto de los cambios principales en diversos aspectos pensionarios.

⁶ *Cfr.* Morales Ramírez, María Ascensión, Reforma en materia de pensiones y la necesidad de crear el sistema nacional de pensiones, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 40, 2021.

⁷ Proceso de evaluar las implicaciones para mujeres y hombres de cualquier acción planificada, con el fin de que se convierta en una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas. Abarca la capacidad de anticipar el impacto potencialmente diferenciado de las acciones de política sobre mujeres y hombres, así como la capacidad de diseñar acciones políticas que no son ciegas sino sensibles al género.

II. DISCRIMINACIONES LABORALES

1. *Inserción laboral*

La mujer, al participar en el trabajo remunerado, conquistó la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad, a la igualdad de trato y a una ciudadanía plena. Igualmente, logró su independencia económica y nuevos campos de realización.

A pesar de ello, el ingreso de la mujer a la vida laboral no ha estado exento de obstáculos y diferencias que la afectan en un doble sentido: en su participación laboral y en su capacidad para cotizar al sistema de pensiones contributivo.

Además, desde hace décadas, el gran deterioro social y económico producto de la pobreza, desigualdad, informalidad y bajo crecimiento económico en el país, han exacerbado las desigualdades de género, entre otras causas, por los factores evidenciados en 2019, entre los que destacan los siguientes:⁸

- a) Inserción. La tasa de participación laboral de las mujeres a nivel nacional fue 44.9%, en tanto la de los hombres fue 77.1%. Así, las mujeres representaban el 39% de la fuerza laboral total del país.
- b) Salario. Más de la mitad percibía hasta dos salarios mínimos, de tal suerte que la diferencia salarial entre hombres y mujeres fue del -6.6%.⁹
- c) Actividad. Se ocuparon en actividades relacionadas con el comercio (25.8%) y en los servicios (53.2%).¹⁰
- d) Desempleo. El 55.1% de las mujeres económicamente activas de 15 y más años no tuvieron acceso a un empleo formal. De ellas, los porcentajes más altos fueron en los grupos de 15 a 19 años (76.5%) y de 60 y más años (72.3%).
- e) Empleo informal. El 57.6% se ocupó en este tipo de empleos, mientras que la tasa de los hombres fue de 55.3%.¹¹

⁸ INEGI, *Mujeres y hombres en México 2019*, México, 2019, pp. 106-109.

⁹ Primera penalización salarial y, por ende, desigualdad de los ingresos asociadas al género.

¹⁰ Fenómeno conocido como segregación horizontal, en donde las mujeres se concentran en ocupaciones consideradas “femeninas”.

¹¹ México ¿cómo vamos?, *Las mujeres en el mercado laboral mexicano*, México, 2021, p. 5, disponible en <https://mexicocomovamos.mx/new/md-multimedia/1583538116-995.pdf>.

- f) Servicios de guarderías. El 77.7% de las mujeres con empleo formal no disponían del servicio de guardería o cuidados, únicamente el 22.3% tienen acceso a estos servicios.¹²

Lo anterior confirma que las mujeres participan menos y de manera más intermitente en el empleo formal, suelen ubicarse en trabajos peor remunerados e inestables, se insertan con mayor probabilidad en la informalidad porque les permite más flexibilidad para atender responsabilidades de su rol tradicional y reciben ingresos menores, producto de la discriminación laboral o de la segregación ocupacional.

La literatura en la materia señala que estos obstáculos han dificultado que las mujeres puedan desarrollar todo su potencial en el trabajo remunerado y, en específico, las madres trabajadoras cuyas edades oscilan entre 25-49 años quienes representan las tasas más bajas en el empleo, con lo que se evidencia que, si bien la inserción laboral femenina ha evolucionado, también lo ha hecho de manera diferente entre grupos de edad, educación¹³ y estado civil.¹⁴

Asimismo, dichas desigualdades y diferencias en el acceso al empleo (trabajo formal e ingresos) se han trasladado en forma específica a los sistemas de pensiones como desigualdades de cobertura contributiva (por las interrupciones laborales); brecha salarial y menor tiempo de cotización, las cuales, al concluir el ciclo laboral, dificultan a la mujer cumplir con los requisitos de cotización o, aun cumpliéndolos, de cualquier forma, sus pensiones por derecho propio¹⁵ son de un monto menor.

Esto significa que además de las inequidades heredadas del ámbito laboral a los sistemas de pensiones contributivos, las reglas o diseño de dichos sistemas potencian estas diferencias en las prestaciones y, por tanto, reproducen e incrementan la desigualdad de género.

La pandemia vino a aumentar los niveles de desigualdad de la mujer porque los sectores productivos en donde se inserta tuvieron un impacto negativo mayor. En mayo de 2020, su tasa de participación laboral fue del 43% y la de los hombres de 66.2%, la tasa de desempleo del 24.6% en comparación

¹² INEGI, *Mujeres y hombres...*, 2019, *op. cit.*, p. 115.

¹³ El incremento del nivel educacional femenino aumentó la participación de la mujer en la fuerza laboral.

¹⁴ Cfr. Ciedess, *Cerrando las brechas de género: es hora de actuar*, Santiago, CISS-OCDE, 2014.

¹⁵ Una parte importante de las mujeres reciben pensiones por derecho derivado, bajo el enfoque familiar tradicional, consistente en la pensión de viudez, cuyo porcentaje depende del salario del cónyuge fallecido.

con el 17.4% de los hombres. La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) estimó una caída del producto interno bruto (PIB) del 9% para el país, que significará un retroceso de más de diez años en su participación.¹⁶

2. *División sexual del trabajo*

La persistencia de los roles tradicionales de género sigue limitando las oportunidades de las mujeres para participar en el trabajo en igualdad de condiciones con los hombres.

Así, la menor o intermitente participación de la mujer en el ámbito laboral está relacionada con sus responsabilidades biológicas de la maternidad, el cuidado de los hijos o de las personas mayores y/o con discapacidad, así como las tareas del hogar, esto es, con la carga del trabajo no remunerado, la distribución desigual de las responsabilidades del hogar y el cuidado de los dependientes, por esto, la literatura en la materia afirma que las mujeres dedican el triple de tiempo que los hombres a estas actividades.

En efecto, en el país las mujeres destinan al trabajo no remunerado 39.1 horas a la semana y los hombres 14.1, esto implica que por cada hora que ellos destinan, ellas realizan aproximadamente tres, aunque la participación por tipo de actividad realizada de unas y otros suele tener variaciones.¹⁷ La Cuenta Satélite del Trabajo no Remunerado, a lo largo del periodo 2010 a 2017, consideró que el trabajo no remunerado equivalía a una quinta parte del PIB.¹⁸

La literatura al respecto afirma que, con estas interrupciones, la brecha salarial de género aumenta de manera abrupta, lo cual indica que, en la cultura del trabajo, la maternidad y crianza de los hijos y los cuidados se “penaliza” con una pérdida salarial importante.¹⁹

A pesar del cambio de paradigma en los estándares tradicionales de género y el aumento de las familias monoparentales, que han propiciado la mayor incorporación de las mujeres en el trabajo, las actividades de su rol tradicional

¹⁶ CEPAL, “La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad”, Informe Especial COVID-19, núm. 9, febrero de 2021, p. 2 y 3.

¹⁷ INEGI, *Mujeres y hombres...*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸ Durante 2017, el valor económico del trabajo no remunerado ascendió a 5.1 billones de pesos valorados a precios corrientes, es decir, el 23.3% del PIB de ese año. Del citado valor, tres cuartas partes fueron aportadas por las mujeres y el resto por los hombres

¹⁹ Jiménez Lara, Antonio *et al*, *Estudio sobre la perspectiva de género en los sistemas de seguridad social en Iberoamérica*, Madrid, OISS, 2013.

continúan a su cargo. Por una parte, esto se debe a la división sexual del trabajo y, por otra, ante las insuficientes políticas públicas y la segmentada oferta del mercado de servicios de cuidado. Sin embargo, en ambos casos, ante las interrupciones laborales para dedicarse a esas actividades, las mujeres enfrentan lagunas de protección que más tarde influyen en las pensiones de vejez, dado que sus aportaciones se verán estancadas y/o reducidas y, por ende, en el derecho a adquirir esa prestación.²⁰

3. *Diferencias biodemográficas*

Los antecedentes demográficos indican que las mujeres tienen una esperanza de vida mayor que los hombres. En 1990, en el país se esperaba que una recién nacida viviera en promedio 73.9 años. En 2019, se estimó la expectativa de vida de la mujer en 78 años y para el 2030 en 79.6 años. La diferencia por sexo era de 6 años menos para los hombres en 1990 (68 años), se mantuvo en 2019 y se espera igual en 2030.²¹ Así, la transición demográfica tiene un carácter femenino.

Según datos de la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (Enadid) 2018, las personas mayores en el país eran 15.4 millones, cifra que representaba el 12.3% de la población total. De esta cantidad, más de 8 millones son mujeres mayores.

Así, las mujeres, además de envejecer a una tasa más alta, también representan un porcentaje mayor dentro de las personas mayores. Estas dos condiciones se traducen, a los sistemas de pensiones, en una menor siniestralidad durante la vida laboral activa de las mujeres y un periodo de vejez más extenso para financiar sus pensiones de vejez.

Por esto, algunos sistemas de pensiones, sobre todo aquellos cuyo método de financiamiento es de capitalización individual (como el mexicano), consideran las tablas de mortalidad diferenciadas por sexo, las cuales afectan el valor de las prestaciones a las que pueden acceder las mujeres, para un mismo esfuerzo contributivo.

En efecto, el uso de tablas de mortalidad diferenciadas basadas en la esperanza de vida produce un impacto negativo para las mujeres, porque al concluir su vida laboral tendrán una pensión menor y durante un tiempo mayor, con lo que se afecta su calidad de vida en el largo plazo.

²⁰ La CEPAL señala que el trabajo no remunerado de los cuidados sigue estando invisibilizado, subestimado y desatendido.

²¹ INEGI, *Mujeres y hombres en México...*, *op. cit.*, p. 6.

El argumento que está detrás del uso de las tablas de mortalidad diferenciadas es que permiten un beneficio equivalente durante el resto de su vida a hombres y mujeres, evitando que el grupo de contribuyentes de aquéllos subsidie al grupo de éstas, cuya expectativa de vida es superior y su permanencia en el sistema de pensiones también lo será.²²

En el caso mexicano, al continuar con el sistema de capitalización individual y no haberse previsto ninguna disposición en favor de las mujeres, se correrá el riesgo de que las aseguradoras apliquen las tablas de mortalidad diferenciadas en perjuicio de la feminización del proceso de envejecimiento.

III. DISCRIMINACIONES EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES

El diseño de los sistemas de pensiones contributivos tiene una incidencia directa en la profundización o mitigación de las desigualdades de género. En su origen, dichos sistemas fueron creados sobre la base de un modelo en donde el hombre era el proveedor, el sostén de una familia, contaba con un empleo formal y estable. Así, en todos los países, los derechos pensionarios en distinto grado fueron vinculados a la historia laboral masculina, a sus ingresos y a sus cotizaciones al sistema.

La incorporación de la mujer en la vida laboral vino a evidenciar que los sistemas de pensiones no son neutros: el diseño y reglas de funcionamiento agravan las desigualdades y discriminaciones de género enfrentadas por las mujeres en múltiples ámbitos de la vida social y económica. Además, el diseño de algunos sistemas pensionarios resulta más perjudicial que otros para el sector femenino.

En el sistema de pensiones tradicional de reparto, las cotizaciones de los trabajadores activos se destinan a financiar las pensiones existentes en ese momento, por ello se conoce como de solidaridad intergeneracional, así sus características son beneficios definidos, solidaridad intergeneracional y administración pública. En este sistema, la pensión depende de los salarios de toda la vida o los mejores años o años finales.

Dicho sistema genera transferencias solidarias entre géneros, sin embargo, pueden presentar desigualdades de género en dos aspectos: *a)* al determinar las pensiones con base en toda la carrera laboral, y *b)* al establecer una edad de retiro diferenciada, sin compensación alguna.²³

²² Arenas de Mesa, Alberto, *op. cit.*, p. 217.

²³ La literatura en la materia señala que al permitir a la mujer un retiro más temprano, se reduce el monto de la pensión entre un 30% o 40%.

En el sistema de capitalización individual las pensiones guardan una relación directa con las aportaciones realizadas (menos las comisiones cobradas por las administradoras privadas y, en su caso, la existencia de pérdidas derivadas de la gestión de las inversiones o las crisis económicas), así sus características son: ahorro forzoso, beneficios indefinidos y administración privada. En este sistema opera el principio de justicia inherente: cada uno recibe los beneficios acordes a sus cotizaciones. Además, el sistema utiliza tablas de mortalidad diferenciadas por sexo para el cálculo de la prestación. Así, la mujer al cotizar por un periodo menor, sus recursos ahorrados son también menores y el uso de las tablas de mortalidad diferenciadas propician una nula o baja pensión.

Con la oleada de reformas en los años noventa a los sistemas de pensiones contributivos (entre ellos el mexicano), hacia el sistema de capitalización individual,²⁴ la desprotección hacia la mujer aumentó porque establece condiciones de adquisición más estrictas. Las normas bajo este sistema están perfiladas hacia un determinado tipo de mujer: pertenece al sector formal de la economía, se emplea joven, tiene formas de resolver el asunto del cuidado de los hijos y permanece en el trabajo por un largo tiempo.

En Chile, país pionero en introducir el sistema de capitalización individual, la realidad evidenció que las discriminaciones indirectas como la densidad inferior de las cotizaciones con relación a la de los hombres, la esporádica participación en el mundo laboral o la interrupción al mismo, el comportamiento procíclico del desempleo femenino, entre otros, dificultaron a la mujer obtener una pensión de vejez, en razón de que el ahorro acumulado resultó ser insuficiente para financiar esta prestación.

Con lo anterior, se confirmó que el paradigma inspirado en la idea de la gestión individual del riesgo social se topó con obstáculos que impiden su cabal desarrollo: alta informalidad, desempleo, bajos salarios e incremento en la inequidad de género. Tales elementos constituyeron algunas razones de las denominadas “re-reformas” (Chile) y contrarreformas (Argentina y Bolivia) experimentadas después del primer lustro del siglo XXI²⁵ en los sistemas de pensiones de capitalización individual en algunos países de la región, con miras a enfrentar, entre otros aspectos, la problemática de género.

²⁴ Además de la modificación fiscal del cambio de sistema, se esperaba que la reforma generara beneficios macroeconómicos, como el incremento del empleo y de la productividad, ahorro interno y desarrollo de mercado de capitales, es decir, se priorizaron estos aspectos en lugar de los objetivos sociales de los sistemas de pensiones.

²⁵ Mesa-Lago, Carmelo *et al.*, “Re-reformas de sistemas de pensiones privatizadoras en el mundo: Estudio comparativo de Argentina, Bolivia, Chile y Hungría”, *Revista de Trabajo*, México, Centro de Análisis del Trabajo-Plaza y Valdez, núm. 10, 2014.

En 2006, el gobierno chileno conformó un Consejo asesor presidencial para realizar un diagnóstico del sistema. El informe del Consejo dio cuenta de que la dimensión de género no fue considerada en el diseño del sistema y, por ende, el resultado fue negativo para las mujeres, por un lado, al no haber cotizado los años exigidos y, por otro, en caso de haber cubierto los requisitos, la aplicación de tablas de mortalidad diferenciadas por sexo generaba una pensión menor.²⁶

El diagnóstico exhibió los efectos de los factores diferenciadores que enfrentó la mujer. Asumir la maternidad y el cuidado de los hijos condujo con frecuencia a su salida del mercado laboral o dejar de buscar trabajo si no lo tenía u optar por trabajar fuera del hogar a tiempo parcial, situaciones que acarrearón como efectos directos la disminución presente y futura de sus ingresos vía una pensión. Esta situación la ha colocado como trabajadora de segunda clase, tanto por su rápida expulsión del mundo laboral cuando la atención de la familia precisa mayor dedicación, como por el menor valor que se le da. Esta es una de las causas principales por las que muchas mujeres llegan a la vejez sin pensión por derecho propio.

Adicional a este panorama, se encontraba el hecho de que cada vez eran y son más frecuentes los divorcios y ruptura de vínculos de pareja. Esta situación alertó sobre las profundas repercusiones en la seguridad de los ingresos en la vejez de las mujeres divorciadas y separadas, especialmente si no han contribuido personalmente a un programa de pensiones a través del trabajo. En este supuesto, si el exmarido vuelve a casarse, pueden perder todo o parte de su derecho a recibir una pensión de superviviente.²⁷

Así el diagnóstico consideró que eran muchos los aspectos que el sistema de pensiones debía tomar en cuenta para corregir todas las desigualdades hacia la mujer, en razón de que las funciones familiares y laborales entre hombres y mujeres han cambiado significativamente en la actualidad, pues es un hecho que cuando los niños crecen y empiezan la enseñanza obligatoria, las madres con frecuencia vuelven a entrar al mercado laboral o cambian un trabajo de medio tiempo por uno de tiempo completo (claro el número de hijos juega un papel importante en las decisiones de las trabajadoras)²⁸ o cada vez son más las familias monoparentales, razón por la cual el gobierno chileno en

²⁶ Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, *Reforma al sistema de pensiones en Chile*, Santiago, Gobierno de Chile, vol. 1.

²⁷ Bertranou, Fabio M., *Protección social, pensiones y género*, Santiago, OIT, 2003.

²⁸ Las madres con tres o más hijos tienen significativamente menos probabilidades de tener empleo.

2008 tomó cartas en materia de la interacción entre pensiones e igualdad de género, a través de la inclusión de mecanismos compensatorios, medida que fue considerada por otros países.

IV. EXPERIENCIAS DE COMPENSACIONES CONTRIBUTIVAS

Las desigualdades de género respecto de la cobertura y beneficios de las pensiones de vejez, producto del desbalance en el empleo y del diseño de los sistemas pensionarios, así como las nuevas estructuras familiares, en especial el aumento de los hogares con proveedoras femeninas e incremento de las separaciones conyugales, desde hace tiempo han puesto de manifiesto los riesgos asociados a las diferencias en el bajo o nulo acceso a los beneficios de las pensiones para las mujeres.

Así, en las últimas décadas, esta tendencia se ha venido revirtiendo a través de reconocer derechos individuales de la mujer, y no sólo aquellos asociados a su rol en el hogar, con el fin de compensar la falta de cotizaciones y garantizar su autonomía económica.

Diversos países han introducido disposiciones en el sistema de pensiones contributivo,²⁹ para enfrentar el menor porcentaje de cotización al sistema de la mujer activa (densidad de las cotizaciones) y las interrupciones laborales, mediante diferentes modalidades, entre otras:

- a) Otorgar bonificaciones o créditos de pensión por maternidad.
- b) Introducir un salario de referencia con perspectiva de género para el cálculo de las pensiones.
- c) Reconocer derechos pensionales por el trabajo no remunerado.
- d) Compensar la ruptura matrimonial.
- e) Eliminar las tablas de mortalidad diferenciadas.

1. *Bonos compensatorios*

En América Latina, los créditos o compensaciones para nivelar a la mujer por las interrupciones en la actividad laboral por el cuidado de los hijos,

²⁹ En el marco de prestaciones no contributivas, se han incorporado medidas mediante la provisión de prestaciones universales.

tal como si hubieran estado empleadas y cotizando al sistema de pensiones, han empezado a aparecer a partir del primer lustro del siglo XXI. En Europa, prácticamente todos los países regulan diversos tipos de medidas compensatorias.³⁰

Costa Rica, en 2005, fue el país pionero en reconocer los créditos por maternidad en la reforma paramétrica de ese año y marcó una nueva tendencia en la región. Otorga un bono que equivale a seis meses de cotizaciones a todas las mujeres que se acojan al retiro temprano, en compensación por las labores del cuidado de los hijos.³¹

Chile, en 2008, incorporó al sistema de pensiones un “subsidio a la maternidad”,³² mediante el cual la mujer tiene derecho a recibir una bonificación monetaria por cada hijo nacido vivo. Dicha prestación equivalente al 10% de los 18 salarios mínimos vigentes en el mes de nacimiento del hijo y se deposita en su cuenta individual. La bonificación tiene una rentabilidad de un 4% real anual.

Uruguay, en 2008, incluyó la compensación equivalente a un año de trabajo dentro de los 30 años requeridos para que la mujer obtenga la pensión mínima por cada hijo hasta un máximo de 5 años,³³ con el fin de facilitar el acceso de las mujeres mediante el reconocimiento de las discontinuidades en el trabajo que provoca el cuidado de los hijos.³⁴

Bolivia, en 2010, introdujo una compensación de doce meses de cotizaciones por hijo hasta el límite de 36 para esta prestación (o sea, por tres hijos), con la condición de que la mujer realice 120 cotizaciones y cumpla con la edad de 58 años.³⁵

³⁰ Suecia, por ejemplo, otorga una aportación a la madre por un máximo de cuatro años. Puede consistir en: a) una aportación del 75% del promedio de los ingresos de la economía, b) una aportación del 80% de las cotizaciones realizadas por la trabajadora en el año anterior al nacimiento del hijo, y c) un monto fijo. Austria, en 2007, concedió un monto mensual por niño hasta los cuatro años. Sólo se consideran dos años por niño para los derechos de pensión. España computa un total de 112 días de cotización por hijo nacido y de 14 días más si el parto fuera múltiple. Cfr. Ministerio de Salud y Asuntos Sociales, *El sistema sueco de pensión de jubilación*, Estocolmo, 2004. Ciedess, *Cerrando las brechas de género...*, cit.

³¹ Ley de Protección al Trabajador.

³² De acuerdo con el informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, el 66% de las mujeres recibía una pensión inferior a su actividad, en comparación con el 23% de los hombres.

³³ Mesa-Lago, *op. cit.*

³⁴ Esta prestación se estableció en el 2008 en la Ley 18.395. A partir del 2009, el 30% de las pensionadas ha hecho uso de este beneficio.

³⁵ Artículo 77 de la Ley 065.

2. *Salario de referencia con perspectiva de género*

Con el propósito de disminuir la brecha de género en el monto de la pensión a causa del nivel salarial, se ha considerado un salario de referencia específico para las mujeres en el cálculo de sus pensiones.

Costa Rica, en 2005, reguló como salario de referencia los 48 mejores salarios de los últimos 60 cotizados, considerando el promedio de los 20 últimos años de trabajo.

3. *Reconocimiento pensional del trabajo no remunerado*

Algunos países han incorporado disposiciones para reconocer el trabajo no remunerado en el sistema de pensiones con cargo al cónyuge.

Bolivia, en 2010, estableció la obligación de los trabajadores a pagar cotizaciones a favor de sus cónyuges en caso de que éstas se dediquen a las labores del hogar.³⁶

Ecuador, en 2015, incorporó el trabajo doméstico no remunerado al sistema para las pensiones de vejez, invalidez y muerte.³⁷ Esto supone que las mujeres dedicadas (total o parcialmente) al cuidado de los hijos y del hogar son consideradas para cotizar en el sistema de pensiones. Las cotizaciones son cubiertas en parte por la familia y en parte por el Estado, y son diferenciadas según el nivel socioeconómico del hogar,³⁸ aunque en forma contraria a la Constitución que estableció en el artículo 369, inciso dos, el financiamiento de este tipo de cotizaciones a cargo del Estado.

4. *Tablas de mortalidad unisex para el cálculo de las pensiones*

Con el objeto de contrarrestar la discriminación de género en el sistema de capitalización individual a causa de la mayor expectativa de vida de la mujer con respecto de la de los hombres, algunas legislaciones han incorporado tablas de mortalidad unisex para el cálculo del monto de la renta vitalicia.

³⁶ Pese a que la demanda original, por parte de las mujeres, era que la aportación fuera estatal, porque el éxito de la medida resultaba dudoso.

³⁷ Ley de Seguridad Social, artículo 2o., inciso g), derivado de la reforma a la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo no Remunerado, *Suplemento de Registro Oficial*, núm. 483, 20 de abril de 2015.

³⁸ Marco Navarro, Flavia, *La nueva ola de reformas previsionales y la igualdad de género en América Latina*, Santiago, CEPAL, 2016.

Bolivia, en 2010, introdujo la tabla de mortalidad única para hombres y mujeres para el cálculo de prestaciones en el régimen contributivo y semicontributivo.³⁹

El Salvador, en 2017, estableció una metodología igualitaria para hombres y mujeres en el cálculo de la renta programada.⁴⁰

5. *Compensación por ruptura matrimonial*

Los sistemas de pensiones contributivos, en su origen, no consideraron la división o compensación de los derechos pensionarios, no obstante que, durante la vida conyugal, se crean derechos de acuerdo con su pacto implícito para generar ingresos monetarios familiares, los cuales se distribuían al interior del hogar.

Sin embargo, con el avance en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres para obtener una pensión por derecho propio, también se ha empezado a reconocer el trabajo del hogar y de los cuidados no remunerados (hijos y/o familiares dependientes) que realizan preferentemente las mujeres, a través de la incorporación de una figura conocida como “reparto de la pensión”.

Chile, en 2008, producto de la re-reforma al sistema de pensiones, estableció la “compensación económica en caso de nulidad o divorcio”.⁴¹ Se dispuso que cuando el juez determine la existencia de un menoscabo económico ordenará el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge que deba compensar a la cuenta del otro. De no existir tal cuenta, el traspaso se realizará a una cuenta voluntaria que deberá abrirse para tal efecto. Dicho traspaso no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados del cónyuge compensatorio durante el matrimonio.⁴²

³⁹ Artículo 69 de la Ley 065.

⁴⁰ Arenas de Mesa, Alberto, *op. cit.*, p. 226.

⁴¹ Artículo 80 de la Ley núm. 20.255.

⁴² En Alemania, también existe la división de los derechos pensionarios en cada pilar del sistema. Se suman los puntos de pensiones acumulados por ambos cónyuges durante el matrimonio y cada uno se queda con la mitad del total. En caso de que sólo uno de los cónyuges haya adquirido derechos pensionarios, se crea una cuenta para el otro, a la cual se transfiere la mitad de los derechos adquiridos. En Austria, desde 2005 opera la división de los derechos pensionarios durante los primeros cuatro años del nacimiento de los hijos. El cónyuge que tiene trabajo remunerado puede transferir hasta el 50% de sus derechos pensionarios a la otra persona que cuida a los hijos, sin tener remuneración alguna. *Cfr.* Arza, Camila, *El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género*, Santiago, CEPAL, 2017, p. 23.

Como puede apreciarse, la compensación de contribuciones a través de las bonificaciones varía, según los países, en torno al tiempo adicionado por hijo/a, al máximo de hijos/as que se contemplan, y al progenitor que puede hacer uso de dichas bonificaciones (en algunos casos, la madre y en otros, cualquiera de los padres) además las condiciones bajo las cuales pueden acceder al beneficio (mínimo de años de cotización, obligación de haber dejado de trabajar, entre otras).

Si bien un sector de la literatura señala que las compensaciones de ingresos y reparto de la pensión incentivan los roles tradicionales de género,⁴³ también es cierto que otros autores opinan que deben existir, aunque con un carácter temporal, con el fin de equilibrar el reconocimiento por el tiempo dedicado al cuidado y los incentivos al trabajo remunerado,⁴⁴ mientras no se implementen medidas para lograr la equidad laboral, coherentes con el reconocimiento de la autonomía y derecho propio de pensión de la mujer.

V. LA REFORMA MEXICANA

Las pensiones de retiro reguladas en la LSS agravan las desigualdades y discriminaciones indirectas que afronta la mujer (baja participación, inserción en trabajos de poca productividad, desarrollo de la carrera laboral en profesiones u oficios mal remunerados en comparación con los hombres, mayor incidencia al desempleo, acceso a menores salarios e incorporación en el empleo informal), las cuales le impiden la protección del sistema y el acceso a estas prestaciones y, peor aún, porque tiene que encarar muchos de los factores criticables al sistema de capitalización individual.

Los datos de 2018, en el ámbito laboral, dieron cuenta que del total de mujeres de 15 años y más, el 42.6% estaba vinculado a la población económicamente activa (PEA) y 57.4% no. De las mujeres económicamente activas, en el mismo rango de 73% tenían al menos un hijo nacido vivo, y 27% no lo tenían.⁴⁵

En materia de pensiones, en el primer trimestre de 2020, existían 66 403 123 cuentas individuales, de las cuales el 44% están activas y el 56% inactivas (por-

⁴³ Por ejemplo, Gilbert, N., "Introduction: The Challenge of Pension Reform and Gender Equality in Aging Societies". *Gender, Issues*, vol. 23, núm. 1, pp. 3-5, 2006: citado por Amarante.

⁴⁴ Amarante, Verónica *et al*, *La brecha de género en jubilaciones y pensiones. Los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay*, CEPAL, 2016, p. 13.

⁴⁵ INEGI, "Estadísticas a propósito del día de la madre (10 de mayo) datos nacionales", Comunicado de Prensa, núm. 243/19, 8 de mayo de 2019.

que los trabajadores no han realizado cotizaciones). Dentro de las cuentas activas, el 40.7% correspondían a las mujeres y 59.3% a los hombres.⁴⁶ Desde el inicio de este sistema, la tendencia ha sido la permanencia de un porcentaje mayor de cuentas inactivas, sobre todo, de las mujeres.

La LSS en el artículo 154 establecía los requisitos para el derecho a obtener la pensión de cesantía en edad avanzada: 60 años de edad, no tener trabajo reumunerado y haber cotizado 1,250 semanas (más de 24 años), y el artículo 162 preveía la pensión de vejez: 65 años de edad y 1,250 semanas de cotización. Las edades son para hombres y mujeres.

Estudios internacionales afirmaron, en su momento, que muy pocas personas alcanzarían pensiones, y éstas serían con tasa de reemplazo entre el 23 y 25%.⁴⁷ Esta situación obedecía a que los trabajadores no llegarían a cotizar 24 años por la situación del empleo en México, que los obliga a entrar y salir de un trabajo formal, pasar a la informalidad o al desempleo, y en peor condición se encontraban las mujeres.

Por ello, desde diversos foros (académico, sociedad civil y organizaciones sindicales) se demandaba una revisión del sistema a fondo con el propósito de realizar un cambio de lo hecho en 1995, cuando se reformó la LSS (dada la evidencia de los resultados negativos en Chile) y respecto de la primera generación de ese sistema en el país, que muy pocos alcanzarían una pensión y ésta sería de un monto muy bajo; asimismo y, entre otros aspectos, incluir la dimensión de género.

Igualmente, se exigía una reforma integral al sistema de pensiones mexicano para eliminar la fragmentación (existencia de muchos esquemas pensionarios); la heterogeneidad (requisitos y beneficios diferentes en cada sistema); la desigualdad (algunos esquemas proporcionan prestaciones jugosas, con cotizaciones mínimas), y la exclusión (57.5% de la población económicamente activa no está protegida).

Era menester evaluar el impacto de estas condiciones a la luz de la perspectiva de género,⁴⁸ así como de las evidencias del impacto negativo que tiene el sistema de capitalización individual en la dimensión de género.

⁴⁶ CONSAR, "Informe Trimestral al H. Congreso de la Unión sobre situación del SAR", México, enero-marzo de 2020.

⁴⁷ OCDE, "Estudio de la OCDE sobre los sistemas de pensiones: México, 2016". Azuara, Oliver *et al*, *Diagnóstico del sistema de pensiones mexicano y opciones para reformarlo*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.

⁴⁸ No se trata de un simple análisis técnico, involucra una serie de cuestiones, discusión, principios y objetivos que se pretenden alcanzar en beneficio de la equidad de género.

Al respecto, el 22 de julio de 2020, el presidente en forma conjunta con el secretario de Hacienda y Crédito Público, el presidente del Consejo Coordinador Empresarial y el líder de la Confederación Mexicana de los Trabajadores anunció un “Acuerdo de reforma al sistema de pensiones”.

A partir de ese día, desde diferentes ámbitos se formularon temas que debía comprender la reforma, entre otros, la dimensión de género; incluso, la iniciativa privada realizó planteamientos para considerar el reconocimiento de semanas de cotizaciones a las mujeres que se separaran del empleo por cuestiones de cuidados infantiles, condicionando la reincorporación posterior al trabajo. Así, la idea era condonar semanas sin cotizar, siempre y cuando se regresara en los siguientes seis meses después del periodo dedicado al hijo recién nacido.⁴⁹

Sin embargo, cuando el 25 de septiembre de 2020 se presentó formalmente la iniciativa de reforma pensionaria, la “dimensión de género” estuvo ausente, ignorando las desigualdades y discriminaciones tradicionales entre el hombre y la mujer, así como el trabajo remunerado y no remunerado, entre otros aspectos, y sobre todo, las reglas de funcionamiento del sistema de capitalización individual mexicano.

Asimismo, dicha dimensión fue ignorada en momentos en que la triple crisis (sanitaria, social y económica) provocada por la COVID-19, ha agravado y profundizará la desigualdad de género debido a las consecuencia de las medidas adoptadas para frenar el contagio: pérdida de millones de empleos, reducción de salarios y/o pérdida de ingresos, el aumento del desempleo, mayor carga de trabajo doméstico y de cuidados no remunerados, incremento de cuentas individuales inactivas, retiros parciales por parte de los trabajadores de los ahorros depositados en dichas cuentas para autofinanciarse su desempleo, todo ello, con un impacto mayor para las mujeres y los sectores económicos en donde suelen insertarse (comercio y servicios).

El Censo de Población y Vivienda 2020 dio cuenta de las personas que residen en el país: 126 014 024. De ellas, el 51.2% son mujeres (64 540 634). Asimismo, conforme a dicho censo, 62 de cada 100 personas de 12 años y más son económicamente activas. La tasa de participación económica es de 75.8 en hombres y 49.0 en mujeres.⁵⁰

⁴⁹ AMAFORE, “Reforma a pensiones corrige las deficiencias para lograr mejores condiciones de retiro para los trabajadores: Amafore”, 22 de julio de 2020. Consejo Coordinador Empresarial, Acuerdo para el fortalecimiento de las pensiones de los trabajadores del sector privado, México, julio de 2020.

⁵⁰ INEGI, “En México somos 126 014 024 habitantes: Censo de Población y Vivienda 2020”, Comunicado de Prensa, núm. 24/21, 25 de enero de 2021.

Lo anterior significa que continuarán pesando y reproduciéndose las desigualdades directas e indirectas para las mujeres. En el ámbito del actual sistema de pensiones de capitalización individual pudieron mitigarse esos efectos al mejorar las reglas a su favor, mínimo en tres aspectos: *a*) mediante la introducción de los bonos para compensar las cotizaciones de la mujer al sistema por el cuidado de los hijos (12 meses por hijo hasta un máximo de tres), *b*) una aportación estatal (conforme al nivel socioeconómico) para las mujeres dedicadas total o parcialmente a las labores del hogar, a fin de que puedan acceder a una pensión, y *c*) el uso de las tablas de mortalidad unisex en este sistema.

La interacción entre pensiones y género obligaba en la reciente reforma a considerar dicha dimensión, por ello, continuará como tarea pendiente establecer medidas oportunas antes de la vejez y del retiro de la fuerza de trabajo, que equiparen las bajas aportaciones de las mujeres (con motivo de las actividades reproductivas, del cuidado de los hijos y/o personas mayores, y del hogar), la cotización a las pensiones y, de esta forma, combatan las lagunas de cobertura contributiva, con miras a la obtención de una mejor pensión.

VI. CONCLUSIONES

No queda la menor duda que el conjunto de diferencias y obstáculos enfrentados por las mujeres deben ser reconocidos por la seguridad social y, específicamente, por los sistemas de pensiones. En este rubro, la igualdad de género va más allá de un trato igualitario para el hombre y la mujer en sentido formal.

El cambio más importante tiene que ver con el nuevo papel de la mujer en el trabajo, en donde la dimensión de género es un tema en el que se debe avanzar y consolidar en el corto plazo.

En los últimos años, la tendencia en las normativas nacionales ha sido el reconocimiento del cuidado de los hijos mediante bonos o compensación de cotizaciones, la regulación del trabajo doméstico y su incorporación a la seguridad social,⁵¹ así como del trabajo no remunerado, erradicación de las tablas de mortalidad diferenciadas por género, cambios en los cálculos del monto y los requisitos de las pensiones (con una orientación hacia las mujeres).

Incorporar los mecanismos compensatorios de contribuciones constituyen una parte importante, dentro de una necesidad más amplia con enfoque

⁵¹ En México, también ya se incluyó la obligación, para los patrones de las personas trabajadoras del hogar, de inscribirlas al IMSS, y pagar las cuotas correspondientes conforme a las normas aplicables en la materia.

de género, en los sistemas de pensiones. Dichos mecanismos deben ser proporcionales a la magnitud de la diferenciación, sin distorsionar el empleo y sin desincentivar el trabajo remunerado.

En el caso mexicano, continuarán pendientes estos temas, así como el de las guarderías suficientes y asequibles, entre otros, que ayuden a conciliar la vida laboral y familiar a fin de eliminar una de las principales barreras a las oportunidades del empleo de la mujer, conscientes de que una mayor distribución del trabajo remunerado y no remunerado entre mujeres y hombres requiere tiempo, porque implica un cambio de normas, cultura, mentalidad y actitudes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMAFORE, “Reforma a pensiones corrige las deficiencias para lograr mejores condiciones de retiro para los trabajadores: Amafore”, 22 de julio de 2020.
- AMARANTE, Verónica *et al.*, *La brecha de género en jubilaciones y pensiones. Los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay*, CEPAL, Santiago, 2016.
- ARENAS DE MESA, Alberto, *Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina*, Santiago, CEPAL, 2019.
- ARZA, Camila, *El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género*, Santiago, CEPAL, 2017.
- BERTRANOU, Fabio M., *Protección social, pensiones y género*, Santiago, OIT, 2003.
- CEPAL, “La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad”, Informe Especial COVID-19, núm. 9, febrero de 2021.
- CIEDESS, *Cerrando las brechas de género: es hora de actuar*, Santiago, CISS- OCDE, 2014.
- ¿CÓMO VAMOS?, *Las mujeres en el mercado laboral mexicano*, México, 2021.
- CONSAR, “Informe trimestral al H. Congreso de la Unión sobre situación del SAR”, México, enero-marzo de 2020.
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL, *Reforma al sistema de pensiones en Chile*, Santiago, Gobierno de Chile, vol. 1.
- CONSEJO COORDINADOR EMPRESARIAL, *Acuerdo para el fortalecimiento de las pensiones de los trabajadores del sector privado*, México, julio de 2020.

- INEGI, *Mujeres y hombres en México 2019*, México, 2019.
- INEGI, “Estadísticas a propósito del día de la madre (10 de mayo) datos nacionales”, Comunicado de Prensa, núm. 243/19, 8 de mayo de 2019.
- INEGI, “En México somos 126 014 024 habitantes: Censo de Población y Vivienda 2020”, Comunicado de Prensa, núm. 24/21, 25 de enero de 2021.
- JIMÉNEZ LARA, Antonio *et al.*, Estudio sobre la perspectiva de género en los sistemas de seguridad social en Iberoamérica, Madrid, OISS, 2013.
- MARCO NAVARRO, Flavia, *La nueva ola de reformas previsionales y la igualdad de género en América Latina*, CEPAL, Santiago, *Serie Asuntos de Género*, 2016
- MESA-LAGO, Carmelo *et al.*, “Re-reformas de sistemas de pensiones privatizadoras en el mundo: Estudio comparativo de Argentina, Bolivia, Chile y Hungría”, *Revista de Trabajo*, núm. 10, México, Centro de Análisis del Trabajo-Plaza y Valdez, 2014.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, *Boletín Sistema Integral de Pensiones*, La Paz, 2013.
- MINISTERIO DE SALUD Y ASUNTOS SOCIALES, *El sistema sueco de pensión de jubilación*, Estocolmo, 2004.
- MORALES RAMÍREZ, María Ascensión, *Reforma en materia de pensiones y la necesidad de crear el sistema nacional de pensiones*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 40, 2021.

Legislación

- Ley de Protección al Trabajador, *Diario Oficial*, San José, 2005.
- Ley 20.255/2008, *Diario Oficial*, Santiago, 17 de marzo de 2008.
- Ley 26.425, *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 9 de diciembre de 2008.
- Ley 065, *Gaceta Oficial*, La Paz, 10 de diciembre de 2010.

EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN BOLIVIA. UNA RUPTURA JURÍDICA EN CIERNES*

THE JURISPRUDENCE DEVELOPMENT
OF BOLIVIA'S RIGHT TO HOUSING.
A LOOMING LEGAL RUPTURE

LE DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE
SUR LE DROIT AU LOGEMENT DE LA BOLIVIE.
UNE RUPTURE JURIDIQUE IMMINENTE

Fernando CASADO GUTIÉRREZ**

RESUMEN: El trabajo que se presenta a continuación hace un recorrido normativo y jurisprudencial en materia del derecho a la vivienda de lo ocurrido en el Estado Plurinacional de Bolivia desde la entrada en vigor de la Constitución Plurinacional del Estado de 2009 y el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

La investigación aspira a evaluar si los cambios normativos incluidos en la Constitución, considerados como contrapuestos con la visión liberal y que valoran como justiciable el derecho a la vivienda, han tenido una correlación en la práctica con la impartición de justicia a la altura de la carta magna. Para ello realizaremos un análisis de la jurisprudencia en el plano cuantitativo, del número total de decisiones emitidas por el TCP, y cualitativo al profundizar en las argumentaciones de las sentencias consideradas como emblemáticas en materia de protección y garantía del derecho a la vivienda.¹ El trabajo irá acompañado de entrevistas,

* Recibido el 13 de marzo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Investigador en la Universidad Técnica de Manabí. Licenciado en derecho por la Facultad de Granada (España), maestría en derechos humanos y democratización en la European Inter-University en el año 2004 en Venecia (Italia), doctorado en comunicación social en el año 2012 en la Facultad de Comunicación de la Universidad de La Laguna (España).

¹ Las sentencias serán mencionadas de acuerdo con su número y año de emisión, por ejemplo: 0426/2013.



un total de ocho, realizadas a movimientos sociales, decisores políticos y personas vinculadas al TCP, para dar una visión integral sobre los avances y deudas pendientes en materia de protección al derecho a la vivienda en Bolivia.

Palabras clave: desarrollo, jurisprudencia, vivienda, ruptura.

ABSTRACT: The following work takes a normative and jurisprudence course on the right to housing that has occurred in the Plurinational State of Bolivia since the entry into force of the Plurinational Constitution of the State of 2009 and the Plurinational Constitutional Court (TCP).

The research aims to assess whether the normative changes included in the Constitution, considered to be at the same time as being at the same time as liberal vision and which assess the right to housing as justifiable, have had a correlation in practice with the delivery of justice at the height of magna carta. To do this, we will carry out an analysis of the case-law at the quantitative level, of the total number of decisions issued by TCP, and qualitative deepening the arguments of the judgments considered emblematic in terms of protection and guarantee of the right to housing. The work will be accompanied by interviews, a total of eight, conducted on social movements, political makers and people linked to TCP to give a comprehensive view on outstanding progress and debts in the protection of the right to housing Bolivia.

Keywords: development, jurisprudence, housing, breakup.

RÉSUMÉ: Les travaux suivants suivent un cours normatif et de jurisprudence sur le droit au logement qui a eu lieu dans l'État plurinational de Bolivie depuis l'entrée en vigueur de la Constitution plurinationale de l'État de 2009 et de la Cour constitutionnelle plurinationale (TCP).

La recherche vise à évaluer si les changements normatifs inclus dans la Constitution, considérés comme étant en même temps que la vision libérale et qui évaluent le droit au logement comme justifiable, ont eu une corrélation dans la pratique avec la prestation de la justice au plus fort de la magna carta. Pour ce faire, nous procéderons à une analyse de la jurisprudence au niveau quantitatif, du nombre total de décisions rendues par TCP et à l'approfondissement qualitatif des arguments des arrêts jugés emblématiques en termes de protection et de garantie du droit au logement. Les travaux seront accompagnés d'entretiens, d'un total de huit, menés sur les mouvements sociaux, les décideurs politiques et les personnes liées au PCC afin de donner une vue d'ensemble

des progrès et des dettes en suspens dans la protection du droit au logement en Bolivie.

Mots-clés: développement, jurisprudence, logement, rupture.

SUMARIO: I. *El nuevo enfoque de los derechos sociales.* II. *El desarrollo de políticas públicas relacionadas con la vivienda.* III. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional en materia de vivienda.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. EL NUEVO ENFOQUE DE LOS DERECHOS SOCIALES

El modelo de Estado que se instaura tras la entrada en vigor de la Constitución Política del Estado (CPE) de 2009 constituye una ruptura con el marco constitucional establecido en Bolivia desde el nacimiento de la República y su primera carta magna de 1826.

Las características del nuevo modelo constitucional, tal y como establecen los autores Soraya Santiago y Humberto Guarayo, serán las siguientes: la plurinacionalidad, el carácter comunitario del Estado, la descolonización, el pluralismo jurídico igualitario, la interculturalidad y el vivir bien como valor y principio del Estado. El artículo 1o. de la Constitución define de forma concreta el tipo de Estado al que se aspira:

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Al igual que en el resto de las Constituciones pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano,² una de las características más sobresalientes de los nuevos textos constitucionales es el hecho que no se establezcan jerar-

² El concepto de nuevo constitucionalismo latinoamericano es definido en otros capítulos de la presente obra; y estos rasgos generales, en cuanto al tratamiento e importancia de los derechos humanos, coinciden con las otras dos Constituciones pertenecientes a esta corriente:

cuías entre los distintos derechos tal y como expresamente impone el artículo 13 de la Constitución. En dicho artículo se constata³ que todos los derechos son “inviolables, universales, indivisibles y progresivos”. Igualmente se establece que los derechos humanos contemplados en la Constitución “no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”. Este mandato de la Constitución deja la puerta abierta a lo que podría considerarse como un poder constituyente continuado, ya que los nuevos derechos humanos que vayan surgiendo o las interpretaciones más favorables en esta materia son las que debieran prevalecer. Este artículo, fundamental en la interpretación de los derechos humanos, debe tomarse consideración con “la directa justiciabilidad de los derechos que ha sido considerada en el artículo 109 de la Constitución Plurinacional del Estado (CPE).

1. *Los derechos fundamentales*

Pese a la falta de jerarquía, la Constitución boliviana establece como *fundamentales* un grupo de derechos, entre ellos, el derecho a la vivienda objeto de nuestro estudio. Como explica el profesor Albert Noguera, denominar a ciertos derechos como fundamentales “es una diferenciación que sólo es útil a paradigmas ideológico-políticos de negación parcial de derechos, pero no a modelos basados en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos”.⁴

La clasificación como derechos fundamentales puede constituir también una referencia muy engañosa, pues en Bolivia distintos constitucionalistas, como Wilman Durán, ex presidente del Tribunal Constitucional previo al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) establecido por la Constitución de 2009, caracterizaban los derechos fundamentales siguiendo a autores españoles de corte liberal, como Peces Barba y López Guerra, con “una base común de la cual parten todas las constituciones de nuestra órbita de cultura: la ordenación jurídica de la libertad”.

Además, en la constitución de 2009, la denominación de derechos fundamentales aparece en dos momentos, primero en el título II, denominado

Venezuela y Ecuador. Jiménez S., *Hacia la construcción plural del derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara*, Bolivia, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 21.

³ Caso Covipol, 0897/2013, Tribunal Constitucional Plurinacional, 20 de junio de 2013.

⁴ Noguera, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, p. 175.

“Derechos fundamentales y garantías”. Por fundamentales entonces se entiende el conjunto de todos los derechos contemplados en la Constitución. En este momento, la definición de los derechos fundamentales encajaría con la definición de Luigi Ferrajoli que se desvincula de las concepciones liberales al considerar como fundamentales:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁵

En segundo lugar, encontramos la referencia “derechos fundamentales”, en el capítulo II del mencionado título II, que comprende entre los artículos 15 y 20 de la Constitución. Entre los derechos denominados específicamente como fundamentales además de la vivienda, encontramos derechos como la vida y la integridad física,⁶ la alimentación,⁷ la educación,⁸ la salud,⁹ y los servicios básicos.¹⁰

A primera vista esta diferenciación con el resto de los derechos contemplados en la Constitución iría orientada a destacar el núcleo duro de los derechos que deben ser protegidos y garantizados, y una forma de honrar ciertas deudas sociales históricas. Sin embargo, esta nueva diferenciación que señala ciertos derechos como “fundamentales”, crea cierto ruido y confusión, y por lo tanto la elección del término fue desafortunada. Mientras en Ecuador se optó por utilizar una nomenclatura apartada de la tradición del positivismo y próxima a visiones decoloniales, al denominarlos derechos del “buen vivir”, en Bolivia se adoptó un vocablo procedente de la tradición doctrinal liberal.

⁵ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

⁶ Artículo 15. CPE.

⁷ *Ibidem*, artículo 16.

⁸ *Ibidem*, artículo 17.

⁹ *Ibidem*, artículo 18.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 20, entre los servicios básicos se entiende el agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

Aunque se optó finalmente por llamarlos derechos fundamentales, durante las discusiones en la Asamblea Constituyente, los integrantes del partido de gobierno Movimiento al Socialismo (MAS) plantearon denominar el mencionado grupo de derechos como fundamentalísimos, que respondía, proscritas las jerarquías, a un criterio de interpretación constitucional para que en el caso de conflicto de derechos constitucionales la balanza se inclinara a su favor.¹¹ La falta de una mayoría cualificada de constituyentes del MAS hizo que éstos tuvieran que ceder a la solicitud de la oposición de no utilizar el término derechos fundamentalísimos, aunque sus motivaciones respondían a criterios de forma y lo enrevesado que sonaría el vocablo.¹²

El título II de la Constitución de 2009 quedó conformado finalmente por los siguientes capítulos: Derechos fundamentales (capítulo II), Derechos civiles y políticos (capítulo III), Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (capítulo IV), y Derechos sociales y económicos (capítulo V y VI). El derecho a la propiedad privada¹³ se encuentra ubicado en la sección IV del capítulo V dedicado a los derechos sociales y económicos, de manera que en principio, en caso de conflicto con el derecho a la vivienda, ubicado junto a los derechos fundamentales, prevalecería este último. En consecuencia, la protección extra del derecho a la vivienda como derecho fundamental se corresponde con la intención rupturista frente a prácticas jurídicas liberales que consideran como fundamentales, y por lo tanto justiciables únicamente las libertades individuales o burguesas.

Por último, el TCP en la sentencia 0892/2013 también ha manifestado su parecer en relación con aquellos derechos que por ubicación e importancia denomina como fundamentales-fundamentales:

Este grupo de derechos; por tanto, bajo la estructura constitucional tiene la calidad de derechos “Fundamentales-Fundamentales”; doble fundamentalidad que responde tanto a la ubicación de éstos en la Constitución Política del Estado, como a los contenidos que el constituyente le asignó, bajo el entendido que son los mínimos indispensables que permiten a las personas y colectividades a desarrollarse plenamente y ejercer los otros derechos previstos en la Ley Fundamental.

¹¹ Noguera, A., “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo Constitucionalismo”. *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009, pp. 117-147; disponible en <https://bit.ly/3dHmHoJ>.

¹² *Ibidem*, p. 129.

¹³ Artículo 56, CPE.

2. *La justiciabilidad de los derechos sociales*

Quizás el mayor avance en materia de derechos humanos bajo la CPE de 2009 tiene relación con la declaración de la justiciabilidad de todos los derechos reconocidos en el texto constitucional, independientemente de si son considerados derechos fundamentales o no. Esta es una de las características más sobresalientes de los textos que enmarcamos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Para la exmagistrada del TCP, Ligia Velásquez la justiciabilidad de todos los derechos contemplados en la Constitución significó “una enorme responsabilidad”, así como “el gran reto” durante su gestión.¹⁴

Primero, en el artículo 13.III se establece de manera expresa la inexistencia de “jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”; para posteriormente en el artículo 109 afirmar explícitamente que “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

Pero la justiciabilidad no sólo es señalada en el texto constitucional, también ha tenido un desarrollo jurisprudencial. En la sentencia 1696/2014 referida al derecho al agua potable se trató este derecho desde dos perspectivas distintas: en primer lugar, como un derecho subjetivo, y dependerá “del titular o titulares individualmente considerados su correspondiente exigibilidad”; en estos casos la tutela del derecho debe efectuarse a través de la acción de amparo constitucional. En segundo lugar, los derechos pueden ser considerados, “en su dimensión colectiva, es decir, para una población o colectividad”; la tutela entonces corresponde mediante una acción popular. Que se considere sin cortapisas la perspectiva subjetiva e individual de los derechos sociales, como el derecho al agua en este caso, pero que también se entendería para el derecho a la vivienda, nos resulta una vez más una visión que pone en tela de juicio los posicionamientos liberales históricamente considerados, y genera un nuevo entendimiento de los derechos humanos.

3. *Antecedentes y evolución del derecho a la vivienda*

El derecho a la vivienda no estuvo de manera autónoma contemplado en la Constitución previa a la actual en Bolivia. La Constitución de 1967 con sus

¹⁴ Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

reformas consideró únicamente la cobertura de la vivienda de interés social como parte del régimen de seguridad social.¹⁵

La máxima instancia judicial, el Tribunal Constitucional, podía resolver los recursos de amparo constitucional entre sus atribuciones,¹⁶ orientado a evitar la violación de los derechos.¹⁷ Pero el catálogo de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución de 1967, se limitaba a un artículo con catorce apartados, en su mayoría de carácter civil y político,¹⁸ por lo que la protección de derechos era relativamente estrecha, especialmente en comparación con el texto constitucional que le sucedería en 2009. No obstante, durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1967, fue importante el activismo judicial para garantizar ciertos derechos de carácter social como el derecho a la seguridad social o al trabajo.¹⁹

Para Albert Noguera, a la hora de abordar el desarrollo jurisprudencial del derecho a la vivienda, hay que advertir la “larga tradición [de Bolivia] de subordinación y lealtad de los jueces a los intereses del poder político y económico, tanto a nivel nacional como local”.²⁰ En el desarrollo del presente trabajo también se plantea tangencialmente la persistencia de la subordinación del TCP respecto a la tutela de los derechos civiles y políticos, según voces críticas.

4. *El derecho a la vivienda en la Constitución de 2009*

El artículo 19 contempla el derecho a la vivienda que ha quedado configurado en la Constitución boliviana de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria”. La CPE toma en consideración no sólo el derecho a la vivienda, sino también el hábitat.

En una segunda parte, este derecho establece la obligación del Estado de construir viviendas de interés social orientadas a familias de bajos recursos:

El Estado, en todos sus niveles de gobierno, promoverá planes de vivienda de interés social, mediante sistemas adecuados de financiamiento, basán-

¹⁵ Artículo 158 de la constitución de 1967.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 120.7.

¹⁷ *Ibidem*, artículo 19.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 7o.

¹⁹ Sauma, G., entrevista con Fernando Casado, 15 de marzo de 2018.

²⁰ Noguera, A., *Los derechos sociales...*, *cit.*, p. 186.

dose en los principios de solidaridad y equidad. Estos planes se destinarán preferentemente a familias de escasos recursos, a grupos menos favorecidos y al área rural.

El derecho a la vivienda, tal y como ha sido finalmente conceptualizado en la CPE, estaría inspirado en los tratados internacionales y resoluciones de organismos internacionales como la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se considera de manera amplia el derecho a la vivienda y la posibilidad de vivir en alguna parte en seguridad, paz y dignidad.²¹

Pero la introducción del derecho a la vivienda en la Constitución de Bolivia no proviene únicamente de una motivación técnico-jurídica, sino que es fruto de las luchas sociales y la presión de la sociedad civil. Anelise Meléndez, activista de la Red Hábitat, destaca la importancia de las llamadas guerra del agua y guerra del gas para posicionar el reconocimiento de los derechos sociales en el centro del debate social.

En el periodo comprendido entre los años 2000 y 2006, los esfuerzos de la Red Hábitat se centraron en la posibilidad de introducir una ley para el otorgamiento de subsidios en materia de vivienda para las personas más necesitadas, y que hasta ese momento se otorgaban de manera discrecional. Finalmente, durante el proceso constituyente, y tomando como referencia las propuestas de la Coalición Internacional del Hábitat, se hicieron grandes esfuerzos y cabildeo para que fuera introducido el derecho a la vivienda en la Asamblea Constituyente y la Constitución de 2009.²²

Habría sido gracias a la Red Nacional de Asentamientos Humanos (RE-NASEH) y otros colectivos que se incluyó en la Constitución el concepto de vivienda adecuada y no simplemente digna, que sería el término correcto para la protección de este derecho. Como nos explica Anelise Meléndez para distinguir ambos conceptos:

Nosotros decimos que la vida es digna, pero la vivienda tiene que ser también adecuada, porque una vivienda adecuada para una persona soltera, es diferente que una vivienda adecuada para una persona que tiene 8 o 9 hijos,

²¹ Pinto, Y. C., *La justiciabilidad y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado boliviano, al amparo de la Constitución Política del Estado y los tratados de derechos humanos ratificados*, Red de Profesionales Abogados en Derechos Humanos Capacitación y Derechos Ciudadanos, 2012, p. 22.

²² Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

yo me puedo contentar con un dormitorio y no estar hacinados si estoy solo o estoy con mi pareja, pero cuando tengo 8 hijos y tengo un dormitorio, no es adecuado porque estás vulnerando uno de los principios del derecho, que es la habitabilidad y que tiene que ver con un indicador medible que es el hacinamiento.²³

5. *El Tribunal Constitucional Plurinacional*

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 2009, es el TCP el encargado de ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto de los derechos y garantías constitucionales.²⁴ Las magistradas y magistrados que componen el TCP son elegidos bajo criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario de justicia y del sistema indígena originario campesino.²⁵ Debemos tener en cuenta a la hora de abordar el sistema judicial boliviano, que éste será de carácter mixto, lo que implica que no sólo los magistrados del TCP, sino todos los jueces realizan el control de constitucionalidad, la aplicación de los derechos fundamentales, el control de convencionalidad, y la aplicación de los tratados internacionales.²⁶

El TCP es el órgano que se ocupa de la revisión de las acciones de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento.²⁷

En nuestra investigación, relacionada con la implementación del derecho a la vivienda, nos interesa el estudio de las acciones de amparo constitucional, que impedirán que se “restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”;²⁸ de las acciones populares, cuando se amenace con violar derechos e intereses colectivos,²⁹ y de las acciones de cumplimiento, “para garantizar la ejecución de la norma emitida”.³⁰

Las acciones de amparo y las populares podrán interponerse ante la violación tanto de los derechos constitucionales contemplados en la Constitución,

²³ Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

²⁴ Artículo 196, CPE.

²⁵ Tribunal Supremo Electoral, Compendio Electoral del Estado Plurinacional de Bolivia. Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático, 2009, p. 47.

²⁶ Pinto, Y. C., *op. cit.*, p. 70.

²⁷ Artículo 202.6. CPE.

²⁸ *Ibidem*, artículo 128.

²⁹ *Ibidem*, artículo 135.

³⁰ *Ibidem*, artículo 134.

como los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales ratificados por Bolivia.³¹ La acción de amparo otorga a la persona la facultad de activar la justicia frente a los actos u omisiones de los servidores públicos o particulares.³² Por su parte, el reconocimiento de la acción popular significa un avance cualitativo respecto al ejercicio de los derechos, especialmente de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.³³

Una de las mayores originalidades del TCP en el plano comparativo es que los miembros de este tribunal son elegidos mediante sufragio universal.³⁴ No hay otro país en el mundo que contemple una fórmula similar para la elección de sus magistrados, y aunque este sistema responde a evitar la influencia de intereses espurios, provoca sentimientos encontrados. Una de las críticas señala que las personas más preparadas en cuanto al conocimiento de derecho constitucional no habrían participado del proceso, y algunos de los postulantes que resultaron elegidos como magistrados no eran especialistas en la materia. Esto habría ocurrido como consecuencia de que, tras el proceso constituyente, muchos intelectuales, indígenas ecologistas y técnicos que en un primer momento apoyaron al gobierno lo habrían ido abandonando, entre ellos juristas.³⁵

Como nos explica la letrada del TCP Gabriela Sauma, la protección de los derechos honrados en la Constitución boliviana va a depender en gran medida “de la posición que tengan los magistrados, de la apertura, del compromiso y hasta de la orientación política que tengan frente a los derechos humanos”.³⁶ La protección de los derechos, por tanto, va a depender no sólo del marco normativo sino de la subjetividad del magistrado que revise una causa determinada. En consecuencia, han habido causas en las que antes que la justiciabilidad ha primado criterios de carácter formal, dejándose en ocasiones en situación de violación, sus derechos a grupos vulnerables. Además, el tribunal transitorio, que habría sido el primero encargado de desarrollar los derechos contemplados en la Constitución, llevó a cabo una aplicación de “criterios restrictivos”.³⁷

³¹ (n.d.). p. 61.

³² Vargas, A., “La acción de amparo constitucional en Bolivia”, en Herrera, W., (ed.), *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, Kipus, 2017, p. 41.

³³ Sotillo, A., “Desarrollo jurisprudencial de la acción popular en Bolivia”, en Herrera, W., *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, Kipus, 2017, pp. 269-292.

³⁴ Artículo 196, CPE.

³⁵ Sauma, G., Entrevista con Fernando Casado, 15 de marzo de 2018.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

Existen opiniones, como la de la consultora Soraya Santiago, que afirman que el llamado tribunal de los diez años, previo a la creación del TCP, fue más garantista y existió, con un mayor activismo jurídico que el actual TCP.³⁸ Sin embargo, otras voces, como la de Gabriela Sauma, tienen un planteamiento crítico, pues estos magistrados “estaban comprometidos con la justicia constitucional, pero bastante limitada a los derechos individuales” y no existiría aun un compromiso con los derechos sociales.³⁹

Ahora bien, desde el punto de vista de Gabriela Sauma, pese a que el marco normativo bajo la Constitución de 2009 es mucho más progresista que el anterior, y existe la clara intencionalidad de abrir la protección constitucional no sólo a los derechos individuales, sino a todos los contemplados en la Constitución, incluido los colectivos y difusos, con el nuevo Tribunal Constitucional se habría producido un retroceso a nivel técnico en cuanto al trabajo desempeñado por los magistrados del TCP.⁴⁰

Dicha situación tendría una relación directa con el hecho de que el proceso de selección de los magistrados habría estado muy politizado e influenciado por el Poder Ejecutivo.⁴¹ Para la exmagistrada Ligia Velásquez, el partido de gobierno siempre tuvo una holgada mayoría en la Asamblea Legislativa Plurinacional, por lo que se ha acabado eligiendo “a las personas allegadas al partido de gobierno”.⁴² Esta situación comprobamos que es similar en las democracias occidentales, en las que el partido mayoritario en los poderes Legislativo y Ejecutivo, independientemente de si es un sistema de gobierno presidencial o parlamentario, acaba imponiendo su hegemonía también en el Poder Judicial. Sin embargo, para su caso concreto, Ligia Velásquez expresó que el sistema de preselección fue “imparcial”, pues nunca tuvo filiación política alguna y simplemente respondió a la convocatoria para postularse como magistrada del TCP.⁴³

En diciembre de 2017 se celebró la segunda elección por voto universal directo en la historia de Bolivia de los 52 magistrados elegidos entre los más altos tribunales de una lista de 96 personas preseleccionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional, con base a sus méritos académicos y

³⁸ Entrevista personal, 14 de marzo de 2018.

³⁹ Sauma, G., Entrevista con Fernando Casado de 15 de marzo de 2018.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

⁴³ *Idem.*

laborales, mediante una forma *sui generis* de elegir a los candidatos, pues éstos no están facultados para realizar ningún acto de campaña por su candidatura, sino que es el Consejo Nacional Electoral el organismo encargado de promocionarlos.

Aunque se puede considerar como muy positiva la iniciativa directa de los miembros del TCP, lo cierto es que el proceso no contó con el apoyo popular mayoritario, pues en un país en el que el voto es obligatorio, en los nueve departamentos bolivianos los votos nulos y blancos superaron el 50%.⁴⁴

El proceso de selección de los magistrados ha sido criticado por considerarse que fue monitoreado desde el gobierno (Gabriela Sauma, Soraya Santiago) y con miras a influenciar el tutelaje de ciertos derechos, sobre todo en los relacionados con derechos civiles y políticos. Como consecuencia, los magistrados del TCP tendrían miedo de actuar e intervenir en causas fuertemente politizadas, ya que el “proceso penal ha sido utilizado como un arma contra la disidencia, entonces efectivamente los jueces actuales ya no quieren tutelar esos derechos, porque al hacerlo, tutelan a los disidentes, y eso implica tener consecuencias nefastas contra ellos”.⁴⁵

De hecho, el miedo de los magistrados no es infundado, en el año 2014 la magistrada Ligia Velásquez, elegida en el año 2011 en la primera cohorte de magistrados por votación popular, renunció a su cargo después de que se iniciara por la Asamblea Legislativa Plurinacional un juicio penal por responsabilidad. El juicio en su contra, junto con dos magistrados más, se habría iniciado después de haber emitido un auto constitucional de admisión por el planteamiento de un diputado de la inconstitucionalidad de una norma promulgada por el Ejecutivo que trasladaba ciertas funciones jurisdiccionales en manos de los jueces hasta ese momento (divorcios, sucesiones hereditarias, autorizaciones judiciales de viaje, funciones netamente jurisdiccionales) a los notarios, bajo la órbita de control del Poder Ejecutivo (entrevista personal, Ligia Velásquez, 13 de marzo de 2018). La admisión del auto constitucional fue además acompañada de una medida cautelar que suspendía la norma, lo que según la afectada habría desatado todo un proceso en su contra que buscaba un castigo ejemplar que sirviera de amedrentamiento al conjunto de los jueces a futuro, y que acabó con la renuncia de la exmagistrada Ligia Velásquez y sus dos colegas.

⁴⁴ Conoce los resultados del Tribunal Constitucional, *El Deber*, 3 de Diciembre de 2017; disponible en <https://bit.ly/3dDNGBf>.

⁴⁵ Entrevista personal, 15 de marzo de 2018

II. EL DESARROLLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS CON LA VIVIENDA

Para la organización Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, la vivienda ha sido uno de los temas menos priorizados en las dos décadas previas a la entrada en vigor de la Constitución de 2009, con políticas de dotación de viviendas a través de políticas crediticias y con presupuestos insuficientes. Esta falta de políticas públicas tuvo como consecuencia que entre 1996 y 2006 la tenencia de viviendas de la familia disminuyera en más del 5%, “mostrando una clara falta de apoyo o respaldo de otros derechos colaterales como el derecho al trabajo, al salario justo, a un nivel de vida digno, etc. El derecho a la vivienda es una variable dependiente de otras”.

A raíz de la llegada al poder de Evo Morales y la aprobación de la Constitución de 2009, se desarrollaron gran cantidad de políticas públicas para asegurar la garantía del derecho a la vivienda que son, por mandato constitucional, “competencias privativas del nivel central del Estado”.⁴⁶ A partir de 2006 se crea el Programa de Vivienda Social y Solidaria (PVSS) que “combina aportes privados y estatales, formas de crédito y de subsidio para el financiamiento de vivienda a la población carente”.⁴⁷ Esta iniciativa estaría entre las primeras para incrementar el acceso a la vivienda, aunque como el mismo Ministerio reconoce, se trabajaba con los sectores sociales que ejercían presión para imponer sus proyectos, sin tener en cuenta los déficits habitacionales de cada zona geográfica, las necesidades reales de los beneficiarios o el carácter solidario del programa. Sin embargo, con el mencionado plan se pretendía la construcción de viviendas nuevas y mejoramiento, con créditos y subsidios directos.⁴⁸

El TCP también se ha referido a las políticas públicas desarrolladas por el Poder Ejecutivo en Bolivia, como el PVSS, y en la sentencia 0426/2012 señaló que este plan va dirigido a “atender las necesidades habitacionales de la población de menores ingresos económicos, generando mecanismos legales que permitan el acceso de la población a una vivienda digna bajo preceptos de equidad social”. En la misma sentencia también afirmó el tribunal que:

⁴⁶ Artículo 298. II. 36 de la CPE.

⁴⁷ *Construyendo comunidades urbanas para vivir bien en el siglo XXI. Informe del Estado Plurinacional de Bolivia para hábitat III*, Ministerio de Obras Públicas (ed.), 2016, p. 82

⁴⁸ *Idem*.

...merece exigir su cumplimiento en aras de la construcción de una sociedad plural sustentada en los principios ético-morales del *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *tekokavi* (vida buena), *ivimaraei* (tierra sin mal) y *qhapaqñan* (camino o vida noble), conforme prevé el artículo 8.I de la CPE.

El tribunal, en primer lugar, reconoce la necesidad de desarrollar políticas públicas orientadas a la satisfacción del acceso al derecho a la vivienda, especialmente a las personas que estén en una situación más vulnerable; y, en segundo lugar, funda su cumplimiento en una cosmovisión previa a la llegada de los occidentales y la sociedad plurinacional que está en proceso de consolidación en Bolivia.

Las políticas públicas fueron posteriormente evolucionando y tratando de corregir los primeros errores identificados, de esta forma fue creada en 2011 la Agencia Estatal de Vivienda, que tendría a su cargo proyectos integrales de dotación de vivienda a nivel nacional con base al Plan Plurianual de Reducción de Déficit Habitacional. Los ingresos para la aplicación de los planes provendrían “del 2% del aporte patronal y priorizando la atención de familias de menores ingresos y grupos vulnerables”.⁴⁹ Como resultado se ha ido incrementado la construcción de viviendas por iniciativa estatal, “de un promedio de 1 600 viviendas anuales en el periodo 2001-2005, se ha llegado a una producción de 12 424 viviendas en el periodo 2010-2015”.⁵⁰ Éste es un incremento importante si se tiene en cuenta que entre el 2006-2010 el número total de viviendas construidas en el lustro habría alcanzado las 26 000.⁵¹ Éstas metas estarían incrementándose, y si en la primera década del gobierno se construyeron un total de 100 000 viviendas, es decir, entre el año 2006 y hasta el 2016, para el año 2020 el objetivo sería incrementar dicha cifra (Radio Habana, Cuba, 2017). El incremento en la construcción de viviendas de protección social por el Estado se habría situado en el año 2017 en 25 000, y la intención desde el Viceministerio de Vivienda es mantener en los años sucesivos este mismo nivel.⁵² Tales planes vendrían a paliar el déficit cuantitativo en materia de vivienda que para el año 2010 se situaba en 200 000.⁵³

⁴⁹ Ministerio de Obras Públicas (ed.), *op. cit.*, p. 82.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ ABI, Gobierno promete construir 100 mil viviendas hasta 2015 y eliminar déficit habitacional en Bolivia, *Eju!*, 8 de octubre de 2011; disponible en <https://bit.ly/3npjyDdA>.

⁵² Entrevista personal, 11 de marzo de 2018.

⁵³ Renaseh, *Informe: Derecho Humano a la Vivienda en Bolivia. Examen Periódico Universal*, 2010.

Las políticas públicas están orientadas a hacer frente al déficit cuantitativo de viviendas, es decir, otorgar viviendas a las personas que no tienen ningún acceso a ellas, y para esos casos extremos existen programas de subsidios. Pero también se trata de paliar el déficit cualitativo, para aquellas personas a las que se les va a ayudar desde el Estado a mejorar las condiciones de su vivienda, y para estos casos existe un sistema mixto donde Estado y beneficiario financian una parte. Por último, para la adquisición de vivienda en zonas urbanas el Estado estaría otorgando créditos por un monto total de hasta 120 mil dólares a tasas de interés de entre un 5% y 6%, que son mucho más bajas que las que se obtienen en el mercado privado.⁵⁴

También se han visto mejorías en el acceso a los distintos servicios en Bolivia, según el Instituto Nacional de Estadística, si el acceso al servicio de cañerías era del 62.3% en 2001, para el 2012 casi un millón de personas habrían accedido al servicio que se situaría en 68.3%. En cuanto al acceso al agua potable se situaría en 52.7%, es decir, 11.3 puntos más que en el 2001.⁵⁵

Pese a estos logros, Abraham Apaza, arquitecto en el Viceministerio de Vivienda y Urbanismo de Bolivia, reconoce que han aplicado “soluciones parche” pero sin atacar los problemas estructurales.⁵⁶ La incapacidad para desarrollar políticas de carácter estructural tendría relación con la alta conflictividad social que ha llegado al punto de incendiar alcaldías por el mero anuncio del levantamiento de un catastro urbano, de carácter necesario ante los altos niveles de informalidad en la ocupación de terrenos existentes, lo que impide la operativización de planes de planificación urbana. Pero otro de los problemas es la falta de legislación en la materia, de un “recurso natural no renovable como el suelo”, por lo que en cuanto a tierras urbanas impera una total ley del mercado en la actualidad.⁵⁷ La misma falta de regulación se produce en materia de regulación de las plusvalías de bienes inmuebles, y en relación con el alquiler de vivienda, la Ley del Inquilinato vigente en Bolivia es de 1959. En consecuencia, existirían altos niveles de especulación en los precios para el acceso a la vivienda.

En el año 2012 se elaboraron normativas como la ley 247 y la ley 803, dirigidas a la regularización justamente del derecho propietario de la vivienda que ha tenido su posesión pacífica por lo menos durante cinco años previos

⁵⁴ Vargas, M., Entrevista con Fernando Casado de 12 de Marzo de 2018.

⁵⁵ Instituto Nacional de Estadística (ed.), *Estadísticas en construcción de vivienda*, 2017.

⁵⁶ Entrevista personal, 11 de marzo de 2018.

⁵⁷ *Idem*.

a la entrada en vigor de la ley en áreas urbanas homologadas y donde los municipios hayan delimitado las tierras urbanas. Pero como relató Apaza, estos instrumentos “no están rindiendo los resultados operativos que esperábamos, porque muchos municipios no han definido ni siquiera su área urbana”.⁵⁸

Por último, hay que mencionar que las políticas públicas desarrolladas están orientadas a colaborar con el sector privado, que juega un rol fundamental en el sector de la construcción en Bolivia. Desde el Viceministerio de la Vivienda se quiere continuar con que permitan el desarrollo y autonomía del sector privado, pero con la condición, según Apaza, “que tienen un poco que retornarnos, más o menos con ese principio queremos trabajar, porque es pelearse con el 80% de la población que es informal”.⁵⁹

1. *Las críticas de los movimientos sociales a la política pública*

Pese a los avances normativos en materia de vivienda y las políticas públicas alegadas por el gobierno, son muchos los autores críticos que han calificado como insuficiente el desarrollo del derecho, especialmente desde la sociedad civil.

Una de las críticas al PVSS es precisamente que estuviera alejado de los problemas prioritarios de Bolivia en materia de vivienda que serían principalmente de acuerdo con el Foro Permanente de la Vivienda (FOPEVI):

...de carácter cualitativo reflejado en las condiciones de precariedad, hacinamiento, inseguridad jurídica, deficiencias en los servicios básicos, falta de infraestructura urbana que caracterizan los asentamientos populares impulsados por procesos autogestionarios de la construcción de la vivienda y ciudad (Fopevi, 2009:10).

La Renaseh coincide con esta lectura al afirmar que el PVSS atendió principalmente la vivienda nueva a la que destinó el 70% de sus recursos y tan sólo el 30% a los problemas de tipo cualitativo, como el mejoramiento de las condiciones de habitabilidad del parque autoproducido, que en total constituiría el 46% de las viviendas en Bolivia, alrededor de un millón.⁶⁰ Esta misma organización también criticó al PVSS por ser para 2010 la única oferta guber-

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Renaseh (ed.), *op. cit.*

namental en atención a la vivienda que privilegió a las “entidades financieras y empresas constructoras con fines de lucro y altas expectativas de rentabilidad económica”, lo que provocó el afianzamiento del enfoque de mercado y el modelo económico neoliberal.⁶¹

Existen también críticas a la manera en que habrían sido utilizados los recursos de vivienda, “con un criterio clientelar, de compensar favores de voto”.⁶² Según esta visión, la vivienda habría sido utilizada como un “comodín para acallar y tratar de resolver problemas de carácter sindical y gremial”. En algunas ocasiones, además el propio Estado se ha comportado como lo hacen los especuladores del suelo, en primer lugar, comprando el suelo a precios de mercado especulativo; y en segundo lugar, construyendo viviendas de protección social que son vendidas por encima del costo de construcción.⁶³

Hasta ahora, para académicos como Sonia Jiménez, no se habrían cumplido las promesas en materia de vivienda, existiendo una notoria discrepancia entre los compromisos asumidos y la voluntad política de cumplirlos. El incumplimiento puede atribuirse a obstáculos económicos, tecnológicos e institucionales en esferas gubernamentales, ausencia de una buena gobernabilidad y simplificación de los procedimientos, así como a la falta de mecanismos eficaces de gestión y ejecución.⁶⁴

Entre los muchos problemas identificados, Jiménez infiere que hay “sectores populares que no cuentan con vivienda porque no tienen acceso al mercado de suelo, a subsidios y créditos para la compra de lotes, porque no hay provisión de tierras urbanizadas por el Estado”.⁶⁵ Al mismo tiempo, no hay una regulación de los precios del suelo y vivienda, lo que provoca que existan altos niveles de especulación en el sector inmobiliario.⁶⁶

Frente a esta realidad de falta de desarrollo y cumplimiento de las políticas públicas en materia de vivienda, los movimientos sociales han hecho un uso deficitario del denominado litigio estratégico, con el que podrían interponer acciones judiciales frente al Estado. Como podremos observar en el análisis jurisprudencial, existe una ausencia de demandas impulsadas por los movi-

⁶¹ *Idem.*

⁶² Meléndez, Anelise, Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Jiménez, S., “Por el reconocimiento y justiciabilidad del derecho humano a la vivienda en Bolivia”, *INVI* 23 (62), 2008; pp. 99-125; disponible en <https://bit.ly/39Lg2Z8>.

⁶⁵ Jiménez, S., *La cuestión socio habitacional en Bolivia. Actualización de datos censales en base a los resultados oficiales publicados por el INE en agosto del 2014*, INE, 2014.

⁶⁶ Saavedra, S., Entrevista con Fernando Casado, 12 de marzo de 2018.

mientos sociales organizados para reivindicar el derecho justiciable a la vivienda, lo que constituye una diferencia importante con otros países pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano, como Venezuela. Para la exmagistrada del TCP, Ligia Velásquez, uno de los motivos sería que “todavía hay un desconocimiento de cuáles son sus derechos y eso es por falta de acceso a la justicia”.⁶⁷ Sin embargo, cabe destacar que los movimientos sociales, como la Fundación Construir, también reconocen que la línea del TCP ha estado muy orientada a la protección y garantía del derecho a la vivienda, “que la persona tenga, por lo menos, un techo donde vivir”.⁶⁸

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL EN MATERIA DE VIVIENDA

A partir de este momento, la investigación se centrará en el análisis jurisprudencial del desarrollo del derecho a la vivienda en Bolivia. En una primera parte se hará un recuento cuantitativo del número de sentencias emitidas por el TCP, para analizar posteriormente algunas de las sentencias emblemáticas referidas a distintos temas y aspectos del derecho a la vivienda tutelados por el alto tribunal.

1. *Análisis cualitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional*

Como veremos a continuación, la mayoría de las sentencias hace referencia a la protección del derecho a la vivienda y el hábitat en relación con vías de hecho y desapoderamiento que se producen cuando el propietario del inmueble se toma la justicia por su propia mano frente a quien posee su tenencia. En estos casos podremos ver distintas estrategias desarrolladas por el TCP para limitar el abuso del ejercicio de la propiedad privada y la protección de las personas, especialmente aquellas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Pero el tribunal tiene también una importante trayectoria a través de su jurisprudencia en cuanto a la definición expansiva del derecho a la vivienda; el establecimiento de la obligatoriedad del cumplimiento del Estado con el

⁶⁷ Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

⁶⁸ Loayza, Marco, Entrevista personal, 12 de marzo de 2018.

desarrollo de sus políticas públicas; la defensa del hábitat de los pueblos originarios, y la protección de grupos vulnerables frente al riesgo de desalojo de una vivienda. Todos estos casos serán analizados a continuación.

2. La aplicación del estándar más alto de la jurisprudencia constitucional

Una de las sentencias emblemáticas de TCP es la 2233/2013, estableció que siempre, en caso de controversia, se deben aplicar las normas y estándares en materia de derechos humanos más altos y favorables. Esta sentencia referida a una acción de libertad interpuesta por un allanamiento judicial plantea concretamente cómo llevar a cabo la interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad: “El método de identificación del estándar más alto en la jurisprudencia constitucional es a través de un examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, de tal forma que el precedente constitucional en vigor se constituirá en aquél que resulte de dicha comparación”.

La manera de determinar el estándar más favorable será, en primer lugar, mediante la elección de la sentencia más adecuada en caso de que sean contradictorias; y, en segundo lugar “de existir diversos entendimientos jurisprudenciales no antagónicos sino progresivos, los mismos deben armonizarse para la resolución más adecuada del caso en atención a los derechos fundamentales”.

La sentencia 2233/2013 es importante para armonizar la jurisprudencia del TCP, porque en ocasiones fue “ondulante” e incluso “contradictoria”, tal y como nos relató la exmagistrada Ligia Velásquez, debido a que cada sala y cada magistrado actuaban de manera independiente.⁶⁹

En realidad, el principio de aplicación del estándar más alto se contempla en la Constitución en los artículos 256 y 13, IV,⁷⁰ pero su inclusión jurisprudencial podría tener como resultado que sea más difícil dictar sentencias de carácter regresivo o politizar a la Corte. Para lograr la armonización de la jurisprudencia y poder aplicar los estándares más altos, se está llevando a cabo la sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, va a depender de cada magistrado la armonización de la jurisprudencia

⁶⁹ Entrevista personal, 13 de marzo de 2018.

⁷⁰ Artículo 256 II, CPE planea: “los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

para posteriormente aplicar los estándares más altos, y hasta el momento no todos lo estarían haciendo.⁷¹

3. Los principios en materia de derechos humanos bajo los que actúa el Tribunal Constitucional Plurinacional

El TCP en su accionar para proteger los derechos humanos, también ha establecido que debe actuar bajo dos principios: en primer lugar, aplicar siempre la regla *pro homine*, adoptando “la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión”; y, en segundo lugar, ejerciendo el control de convencionalidad y conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, que prevalecerán en el orden interno cuando establezcan normas más favorables.⁷²

En su jurisprudencia, el TCP ha reconocido la exigibilidad y justiciabilidad directa que poseen todos los derechos fundamentales reconocidos en la CPE, lo que se correspondería con el mandato del artículo 109. En el Caso Servicio Departamental de Salud (Sedes) 0121/2012, el TCP exigió la superación de los plantamientos jurídicos iuspositivistas y formalistas que proponen únicamente la limitación del poder y “consagrar y consolidar la vigencia material de los derechos fundamentales”, a través de su aplicación directa (p. 5). Esta posición se vio reforzada en el caso 0450/2012 cuando el tribunal estableció que siempre prevalecerá el “derecho material o sustantivo sobre las formalidades”, con la constatación de los derechos fundamentales (p. 12).

Uno de los problemas más importantes a los que se enfrenta el TCP en la práctica es la falta de seguimiento y de cumplimiento de las sentencias emitidas, muchas de ellas en materia de protección de los derechos sociales, por lo que el tribunal recibiría numerosas quejas.⁷³ Esta puede ser una de las causas por las que no se ha desarrollado suficientemente en Bolivia el uso del litigio estratégico para reivindicar derechos humanos por considerarse un mecanismo poco efectivo.

⁷¹ Sauma, Gabriela, Entrevista personal, 15 de marzo de 2018.

⁷² Artículos 13 y 256 CPE, El artículo 13.IV establece de manera expresa que: “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Los deberes y derechos humanos contemplados en la Constitución deben interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

⁷³ Sauma, Gabriela, Entrevista personal, 15 de marzo de 2018.

No obstante, cuando una sentencia no es ejecutada, son varias las medidas que puede tomar el tribunal para lograr su cumplimiento, como nos relata Gabriela Sauma:

Se emite un auto constitucional exhortando, exigiendo el cumplimiento de la sentencia, y para eso dispone de multas progresivas que puede ir aplicando a los demandados o a las personas que están incumpliendo y además puede remitir antecedentes al ministerio público, porque hay un delito que se llama desobediencia a las resoluciones pronunciadas en acciones de defensa.⁷⁴

Aun así, existirían muchas sentencias que todavía no han sido ejecutadas.

4. La definición del derecho a la vivienda a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

En el ámbito concreto del derecho a la vivienda, son varias las sentencias del TCP que deben ser analizadas, en las que se determina su contenido. Lo primero que debe destacarse es que, en el desarrollo jurisprudencial de sentencias relacionadas con el derecho a la vivienda, el TCP ha tenido en cuenta los posicionamientos más progresistas de organismos internacionales. En la sentencia 0426/2012 el tribunal, siguiendo los postulados de la ONU-Hábitat, ha exhortado a los Estados a garantizar el derecho a la vivienda que “no es una opción política que los Estados puedan seguir o no seguir. Su reconocimiento implica una obligación jurídica para los Estados”. Por este motivo la inclusión del derecho a la vivienda en la Constitución de 2009 implica la obligación de respetar, proteger y garantizar este derecho. La misma sentencia tomó también en cuenta la Declaración de Vancouver, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos de 1976, en la que se afirma que se debe empezar “por ayudar a las capas más desfavorecidas de la población instituyendo programas que alienten la iniciativa personal y la acción colectiva”. Pero también las declaraciones de Miloon Kothari, relator especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda han sido tomadas en cuenta en la jurisprudencia del TCP: “el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de

⁷⁴ *Idem.*

todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad segura en el que puedan vivir en paz y dignidad”.⁷⁵

La mencionada sentencia 0426/2012 nos muestra el interés por definir el derecho a la vivienda con base en lo establecido por distintos actores internacionales especializados en esta materia. Pero también se tomaron en consideración los instrumentos internacionales, tratados y declaraciones que, a nivel universal y regional, se han establecido en materia de vivienda.⁷⁶

En la sentencia 0897/2013, relacionada con la construcción de viviendas destinadas a efectivos policiales que analizaremos más adelante, el tribunal ha interpretado, dada su “naturaleza profundamente humana”, de forma amplia el alcance del derecho a la vivienda que constituiría:

- 1) La protección legal contra actos injustificados de desalojo.
- 2) Acceso a servicios de agua potable, sanitarios, electricidad y gas domiciliario, extensible a los materiales, equipamiento e infraestructura necesaria.
- 3) El costo accesible, incluso mediante subsidios para vivienda, y protección contra arrendatarios que se excedan.
- 4) La habitabilidad, incluida la protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y las enfermedades.
- 5) El acceso fácil para los grupos desfavorecidos, incluidas las personas ancianas, los niños, las personas con discapacidades físicas y las víctimas de catástrofes naturales.

⁷⁵ Khotari, M., *Informe del Relator Especial presentado en la 57ª sesión de la Comisión de Derechos, Naciones Unidas*, 2001.

⁷⁶ La sentencia 0426/2016 cita expresamente los siguientes instrumentos internacionales: “Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia incluso [...] ‘vivienda adecuada y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho]”. De igual modo se encuentra reconocido en los artículos 25 inciso 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica; 5.e de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 14.h de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer; 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 43 de la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que Exige a los Estados contratantes que en Materia de Vivienda Entreguen a los Refugiados el Trato más Favorable Posible; Recomendación 115, principio 2 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a la Vivienda de los Trabajadores de 1961”.

6. Estar alejado de fuentes de contaminación cercanos a los servicios básicos (P. 25).

Las implicaciones de este caso son importantes, sobre todo a la luz de la mencionada sentencia 2233/2013, lo que implica tomar estos estándares como referencia para la interpretación del derecho a la vivienda en otras ocasiones. Destaca el mandato que el TCP le da al Estado de garantizar el costo accesible a la vivienda y el acceso a la misma a los grupos vulnerables. Igualmente es importante señalar que esta sentencia relaciona el derecho a la vivienda con otros derechos como el agua, el alcantarillado y los servicios básicos, pero también con un ambiente saludable, interrelacionándose la vivienda con el hábitat.

El tribunal, en las sentencias 1329/2014 y 0348/2012, ha relacionado el derecho a la vivienda con otros derechos:

Un derecho fundamental de tercera generación emergente de los derechos económicos, sociales y culturales persigue la satisfacción de las necesidades que tienen las personas, puede entenderse como derivado de los derechos a la vida y a la dignidad, porque se trata de un lugar digno para vivir, y no simplemente de un techo para estar o para dormir; sino que es una condición esencial para la supervivencia y para llevar una vida segura, digna, autónoma e independiente; es un presupuesto básico para la concreción de otros derechos fundamentales, entre ellos, la vida, la salud, el agua potable, servicios básicos, trabajo, etcetera de modo tal, que cuando se suprime su ejercicio, implícitamente, también se amenazan a los otros derechos. No obstante, esa estrecha vinculación, no debe perderse de vista que, a partir de su incorporación en la Constitución Política del Estado como derecho autónomo, es directamente justiciable, como los demás derechos fundamentales; y, por lo tanto, es posible exigir su protección de manera franca.⁷⁷

Comprobamos que para el TCP la vivienda se encuentra íntimamente vinculada con la vida, la salud, el agua potable o el trabajo, y al mismo tiempo se reconoce expresamente su *justiciabilidad*. Sin embargo, el tribunal también definió a la vivienda como un derecho fundamental de tercera generación, clasificación ya superada doctrinalmente pues de manera implícita refiere a la diferencia entre los distintos derechos humanos, lo que iría en contra de su indivisibilidad

⁷⁷ Sentencia Constitucional Plurinacional 1329/2014; disponible en <http://www.revistabolivianadederecho.org/index.php/item/2058-scp-1329-2014-aac-30-06>.

e interdependencia. Aun así, consideramos como muy positiva la reafirmación jurisprudencial de la justiciabilidad del derecho a la vivienda por parte del TCP. Con base a este tipo de sentencias y en aras de la protección del derecho a la vivienda, los magistrados del TCP podrían realizar exhortos a las instituciones del Estado para que desarrollen políticas públicas; aunque estos exhortos, como nos relató Gabriela Sauma, se han producido en muy pocas ocasiones.⁷⁸

5. *La obligatoriedad del cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado*

Una de las sentencias más importantes, en materia de protección de la vivienda, es el caso Consejo Nacional de Vivienda Policial (Covipol) 0897/2013, por el que a 206 policías se les había asignado una serie de soluciones habitacionales que estaban en proceso de ser construidas. El proyecto se detuvo por motivo de actos de corrupción de ciertos directivos de la Covipol; en consecuencia, por motivos completamente ajenos a los beneficiarios, su derecho a la vivienda se vio vulnerado, pues dada su precaria situación económica no contaban con viviendas adecuadas para sus familias. El TCP determinó entonces que⁷⁹ “la inacción de las autoridades demandadas y del Covipol ha vulnerado flagrantemente el derecho a una vivienda digna de más de doscientas familias que conforman la parte accionante, debido a que la suspensión de la obra de ninguna manera es responsabilidad de los accionantes”.⁸⁰

El TCP obligó en su sentencia a que las autoridades responsables terminaran las viviendas inconclusas para los miembros policiales cuyo derecho a la vivienda se había violado. La sentencia, en su motivación, llevó a cabo un extenso recorrido por el derecho internacional cuyo cumplimiento es obligatorio para Bolivia de acuerdo con el control de convencionalidad. El tribunal en esta sentencia vuelve a reafirmar, como en la sentencia 0426/2012, que “el derecho a la vivienda no es una opción política que los Estados puedan seguir o no seguir. Su reconocimiento implica una obligación jurídica para los Estados. La sentencia reafirma que los Estados tienen una serie de obligaciones cuyo cumplimiento es obligatorio e inexcusable, como en el caso de la construcción de las viviendas para los policías que habían cumplido con sus aportes para la construcción de una vivienda de protección social.

⁷⁸ Entrevista personal, 15 de marzo de 2018.

⁷⁹ Caso Covipol..., *cit.*

⁸⁰ *Idem.*

Esta es una importante sentencia, porque el tribunal, según Gabriela Sauma, habría reconducido la solicitud inicial de los demandantes, una acción de cumplimiento a una acción de amparo constitucional: una acción procesal, por parte del TCP, que constituye un elevado activismo judicial orientado a la garantía del derecho a la vivienda.⁸¹

6. *La relación entre el derecho al hábitat y los derechos indígenas*

El caso 0572/2014 se refiere a la demanda de la comunidad indígena Takana El Turi Manupare II, que fue objeto de amenazas y amedrentamientos con armas de fuego por quien era el concesionario de las tierras en las que se asentaba la comunidad, a raíz de un conflicto por la explotación de las castañas que existen en la zona.

En la sentencia, el tribunal interpretó en primer lugar lo que entiende por hábitat al considerar que incluye: “factores económicos, sociales y culturales que faciliten o limiten el acceso a los bienes y servicios a una sociedad”. Para posteriormente relacionarlo con una serie de derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos contemplados en el artículo 30 de la CPE como la libre determinación y territorialidad, junto al derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios, y, finalmente, a “vivir en un ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas”.

Tras la argumentación de los derechos considerados, el TCP concedió la tutela de la acción popular, —presentada por la comunidad Takana El Turi Manupare II— al considerar lesionado su derecho al hábitat y al domicilio, “que comprenden su territorio y el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, que representan la base esencial de su existencia, al privarles del medio para mantener a su familia y su comunidad, vulnerando derechos conexos como la dignidad y existir libremente”.

La importancia de la presente sentencia radica en que presta gran atención al desarrollo del derecho al hábitat. Por un lado, se relaciona el hábitat con el derecho al aprovechamiento de los recursos naturales, vinculándose con otros derechos como la tierra y territorio. Pero, por otro, el TCP a través del hábitat deriva en la protección del “espacio ancestral donde se desarrolla la vida social, económica, cultural, jurídica y espiritual de la comunidad, y donde, precisamente se aprovechan y se usan sosteniblemente los recursos naturales”.

⁸¹ Entrevista personal, 15 de marzo de 2018.

Para la letrada Gabriela Sauma, este planteamiento de la sentencia constituye un aporte original al sentar un precedente en cuanto a la presunción de ancestralidad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas.⁸² Este nuevo principio de la presunción de ancestralidad no está expresamente contemplado en la Constitución, aunque podríamos interpretar que sí se encuentra en el espíritu del texto constitucional que hace referencia al término ancestral hasta en seis ocasiones, y considera en el artículo 13.II que “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

Para reforzar su argumentación en defensa de los territorios ancestrales que ocupa la comunidad Takana, el TCP apoyó su argumentación en convenciones internacionales como el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que determina que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales; el artículo 14 del mismo Convenio, por el que se “deberán instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”; o el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece el deber de los Estados de asegurar el reconocimiento y protección no sólo de las tierras y territorios, sino también de los recursos naturales.

Comprobamos que el TCP aplicó un control de convencionalidad amplio para fundamentar sus sentencias, al tomar no solamente en consideración no sólo *hard law* (con carácter vinculante) internacional como el Convenio 169 de la OIT, sino también *soft law* (sin carácter vinculante) como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por último, como parte del control de convencionalidad amplio, el TCP también menciona las sentencias de la Corte Interamericana en las que se tuteló derechos de comunidades indígenas.⁸³ Al tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bolivia también

⁸² *Idem.*

⁸³ Como la sentencia de la comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni contra Nicaragua, de 31 de agosto de 2001, por el que la Corte Interamericana le concedió a la comunidad la titularidad de las tierras que habitaban; el Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, en que se relaciona el derecho a usar y gozar del territorio con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio; el caso Yakye Axa contra Paraguay, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los pueblos indígenas que hubieren perdido sus tierras por causas ajenas a su voluntad, no han perdido completamente sus derechos sobre sus territorios tradicionales, manteniendo su pretensión válida; y por último, el caso Sawhoyamaya contra Paraguay, en el que la Corte Interamericana de Derechos

estaría cumpliendo con sus obligaciones como Estado comprometido con esta instancia internacional.⁸⁴

7. *Las vías de hecho como violación del derecho a la vivienda y el hábitat*

El caso más frecuente de protección del derecho a la vivienda y al hábitat, por parte del TCP, se ha dado en relación con las llamadas vías de hecho y desampoderamiento. Las vías de hecho tienen lugar cuando el propietario de un inmueble, para conseguir el desalojo de quien disfruta su tenencia, lleva a cabo por la fuerza y de manera ilegal una serie de acciones que pueden ir desde el corte de servicios, agua, luz, hasta el desalojo forzoso.

El desampoderamiento de una vivienda, por su parte, se relaciona con la propiedad de la vivienda y el desalojo por un procedimiento civil de las personas que se encuentran habitándola. Según Gabriela Sauma, “en esos casos el tribunal constitucional ha dado una tutela provisional, porque eran procesos que todavía no tenían sentencia con calidad de cosa juzgada, y sentencia que estuviera ejecutoriada”.⁸⁵ El mandamiento del desampoderamiento no se dará hasta la conclusión del proceso en todas sus fases.

En la sentencia 0998/2012, el tribunal definió por vías de hecho:

El acto o los actos cometidos por particulares o funcionarios públicos, contrarios a los postulados del Estado Constitucional de Derecho por su realización al margen y en prescindencia absoluta de los mecanismos institucionales vigentes para una administración de justicia, afectando así derechos fundamentales reconocidos por el bloque de constitucionalidad, por lo que al ser actos ilegales graves que atentan contra los pilares propios del Estado Constitucional de Derecho.

Entre los muchos casos en los que se han considerado las vías de hecho, mencionaremos el 1948/2013, en el que los demandados fueron los propietarios, quienes juntamente con seis “cargadores” retiraron y echaron abruptamente a la calle todas sus pertenencias a los inquilinos del inmueble; evitando posteriormente su ingreso al mismo. El tribunal en este caso consideró que

Humanos hizo referencia al derecho a la reivindicación de los pueblos indígenas respecto a sus territorios ancestrales.

⁸⁴ Rivera, J. A., “La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia, en Herrera”, W., *Las acciones de defensa y el control de Convencionalidad en Bolivia*, Kipus, 2017, pp.301.

⁸⁵ Sauma, G., Entrevista con Fernando Casado de 5 de marzo de 2018.

las personas no pueden ser desalojadas y los bienes sacados a la calle de forma desmedida y arbitraria. En consecuencia, concedió la tutela del derecho a la vivienda de los demandantes y ordenó la restitución del derecho habitacional del accionante en el bien inmueble. Hay que destacar que históricamente la legislación boliviana ha sido muy protectora de los inquilinos para evitar abusos de los propietarios.⁸⁶

En otro caso relacionado con las vías de hecho y la vivienda, el 1782/2012, una mujer que vivía de alquiler en un ambiente, en una ocasión en que salió, a su retorno encontró su cuarto con dos candados, uno que puso ella y otro el propietario, quien le manifestó a la inquilina que mientras no cancelara el alquiler no le dejaría entrar a su casa, quedándose en la calle con sus dos hijos de uno y seis años. A consecuencia de los actos del propietario, los “enseres” como ropa, alimento y útiles escolares de la inquilina y sus hijos se quedaron en el cuarto.

El TCP, en este caso, relacionó con muy buen criterio las vías de hecho con la violación de otros derechos, además de la vivienda: “En ningún caso puede tomar acción por propia mano cerrando los ambientes que tenga arrendados o cortar los suministros de los servicios públicos, pues de hacerlo estaría lesionando derechos fundamentales como son los derechos al trabajo, a la dignidad, a la salud u otros”.

En vista de las condiciones concretas de los demandantes, el TCP también hizo referencia a la doctrina, y a autores como Néstor Pedro Sagues, para sentar en la sentencia, “que siempre debe buscarse el entendimiento que más optimice un derecho constitucional, basándose para ello en los principios de interpretación de los derechos como el *pro homine*, interpretación progresiva, *favor libertatis* y *favor debilis*”.

Estos principios se van a aplicar de manera prioritaria y preferencial a los grupos más débiles y vulnerables. Para el tribunal es muy preocupante la situación de indefensión en la que estarían los menores, privados de un techo, tras la decisión arbitraria del propietario del cuarto. Por ello también se hizo eco, el tribunal, de la importancia de la discriminación positiva, para “equilibrar la balanza y dar oportunidades a los grupos menos favorecidos para que puedan estar en igualdad de condiciones”.

Por todos estos motivos, el tribunal consideró que el propietario debería haber acudido a la vía judicial ordinaria, y “no hacerse la justicia por sí mismo”, como prohíbe el Código Civil boliviano, por lo que se habría violado el derecho a la vivienda que aparece en “la Constitución Política del Estado,

⁸⁶ Vargas, M., Entrevista con Fernando Casado de 12 de Marzo de 2018.

la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y demás normas convencionales asumidas por nuestro Estado”. Comprobamos además que en la fundamentación jurídica de la sentencia, el TCP vuelve a hacer uso del control de convencionalidad.

En el caso 0434/2015-S2, el inquilino de un inmueble demandó a su propietaria, después de que ésta tomara la justicia por su propia mano y efectuara una serie de medidas de hecho y actos violentos para desalojarle por incurrir en el impago del canon de arrendamiento, y al mismo tiempo de facturas por los meses de ocupación del inmueble.

Entre los actos, la dueña de la propiedad procedió a cambiar la cerradura de la puerta principal del inmueble y cortó los servicios de agua y la luz. Pero también procedió a amedrentar al inquilino mediante el uso de terceros para forzar su desalojo e incluso dejó a un perro propiedad del inquilino dentro del inmueble tras el cambio de la cerradura.

El tribunal consideró que las medidas adoptadas por vías de hecho violaban el derecho al hábitat del inquilino y estableció que

...el Estado está basado en el respeto e igualdad entre todos los habitantes de esta tierra, para una convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos; es decir que, los servicios básicos como responsabilidad del Estado en todos los niveles de gobierno de manera directa o mediante contratos con empresas privadas como prevé el parágrafo II del artículo 20 de la citada norma constitucional, no deben ser restringidos por motivos o causas más allá de las previstas por las normas o procedimientos para tal efecto.

De esta forma el tribunal dejó sentada la jurisprudencia que impide a cualquier particular disponer de los servicios que son responsabilidad del Estado y a seguir procedimientos de desalojo que no sean los estrictamente contemplados en la ley. Nos parece igualmente importante que la argumentación del tribunal se haya producido con base al derecho al hábitat y no en relación con la propiedad privada, el derecho normalmente alegado para este tipo de casos. No obstante, cabe destacar que la jurisprudencia del tribunal en materia de vías de hecho es incluso anterior a la conformación del TCP, y es una jurisprudencia muy consolidada en Bolivia.⁸⁷

⁸⁷ Otras sentencias que pueden consultarse del Tribunal Constitucional anterior sobre las vías de hecho son: SSCC 0238/2000-R, 0806/2000-R, 0835/2000-R, 0406/2001-R, 0607/2001-R, 1286/2001-R, 1371/2001-R, 0189/2002-R, 0309/2002-R, 0543/2002-R y 1549/2002-R.

8. *El principio de verdad material*

El caso 0426/2012 tiene relación con la violación a los derechos a la vivienda y propiedad privada, por el cual un grupo de personas a quienes se benefició para la compra de terreno y construcción habitacional como parte del Programa de Vivienda Social y Solidaria del Viceministerio de Vivienda y Urbanismo fueron invadidos en sus predios de forma ilegal y violenta. Los invasores ocuparon las casas concluidas y en construcción, llevándose materiales de obra, colocando banderas bolivianas, *wiphalas* y emblemas del MAS, autodenominándose como “Invasión Álvaro García Linares”. Pese a la mediación de distintas instituciones, los invasores nunca abandonaron los terrenos y trataron de consolidar la ocupación del lugar.

En un primer momento, el tribunal de garantías permitió el avasallamiento al denegar la acción tutelar de los derechos de los demandantes. Situación que se produjo incluso si “los demandados no negaron en ningún momento el avasallamiento ilegal y arbitrario que hicieron, sino más al contrario, mediante cartas consintieron y aceptaron su conducta”.

Dada la importancia manifiesta del “acceso a la justicia constitucional de los justiciables”, el TCP consideró que debía aplicarse el llamado principio de verdad material, por mandato del cual “se debe anteponer la verdad de los hechos ante cualquier situación”, especialmente al haber un reconocimiento del avasallamiento por parte de los demandados. Por lo tanto, frente a la posible duda de si la demanda se interpuso en los plazos adecuados u otras consideraciones formales o materiales, el tribunal consideró que debía imperar la justicia y los derechos legítimos de los beneficiarios de la PVSS cuyas viviendas fueron ocupadas ilegalmente.

El principio de verdad material aplicado en la defensa del derecho a la vivienda cobra un mayor sentido en tanto que el avasallamiento ilegal y arbitrario de las viviendas y propiedades de los beneficiarios de la PVS constituyó un atropello de derechos con base en medidas de hecho, que como vimos, la jurisprudencia boliviana de manera uniforme y categórica ha rechazado. Como consecuencia de la aplicación de las vías de hecho, por parte de los invasores, el TCP determinó que “El derecho a la vivienda es un derecho humano fundamental y que en este caso se advierte que los accionantes se encuentran en una situación de desprotección frente a la ocupación realizada por los demandados, no pudiéndose materializar el programa social de vivienda del que forman parte”.

En consecuencia, el tribunal consideró que el tribunal de garantías no aplicó de manera adecuada la jurisprudencia en el presente caso, por lo que

revocó la sentencia dictada para poder otorgar la tutela solicitada a los demandantes. A los demandados, por su parte, se les otorgó veinte días para desocupar las viviendas y propiedades, encargando al tribunal de garantías “el cumplimiento de la presente determinación, sea con ayuda de la fuerza pública en caso de ser necesario”.

9. *Los desalojos de la vivienda*

Un tema muy controvertido es cómo se deben solucionar los desapoderamientos y desalojos de una vivienda, teniendo en cuenta que el afectado por esta medida queda excluido del disfrute del derecho. Por este motivo, los casos en que se produzcan desalojos, éstos deben ser en todo momento acordes con la ley y solamente en aquellos casos que estén perfectamente justificados, tal y como lo determinan los Comentarios Generales del Comité DESC No. 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada.

No obstante, hay que tener en cuenta que, pese a la justificación para llevar a cabo el desalojo y proceder a la salvaguardia del derecho a la propiedad del dueño del inmueble, la persona que sufra el desalojo quedará privada de vivienda y por tanto de un derecho fundamental, a no ser que se establezcan mecanismos alternativos de protección, como los alojamientos o refugios temporales.

Dado que el derecho a la vivienda ha sido considerado por el TCP como fundamental-fundamental, y por su relación con otros derechos que podrían verse afectados en la sentencia 2164/2013, determinó que “cuando existan mandamientos de desapoderamiento, pretendiendo desalojar a una o varias personas de un bien inmueble, es posible otorgar una tutela de carácter “provisional”, siempre y cuando exista pendiente algún recurso o proceso que dilucidará la legalidad o correspondencia o no de la referida medida”.

El tribunal con esta decisión, trató de impedir que las personas afectadas por una medida de desapoderamiento de un inmueble que ocupaban durante más de 18 años quedaran desprotegidas mientras exista “algún mecanismo que podría determinar que no corresponde el desalojo”, cuando además los afectados alegaban que nunca habían sido parte del proceso ni tenido la oportunidad de ejercer su respectiva defensa. Es por ello por lo que se aplicó la tutela “provisional” por parte del tribunal “que impida cualquier lesión a otro derecho” que pueda resultar como consecuencia de la restricción de la vivienda. Por una parte, consideramos loable el esfuerzo del tribunal por proteger los derechos fundamentales, aunque sea de forma provisional, pero por otra, notamos que el derecho a la vivienda cobra sentido cuando está en relación

con otros derechos, pero no de forma autónoma, por lo que puede ser restringido en pro de otros derechos, como las reivindicaciones —legítimas— de los propietarios de un inmueble. La consecuencia final será la conculcación del derecho a la vivienda.

El propio TCP, en la misma sentencia 2164/2013, estableció que los derechos en conflicto para cada caso concreto deben ser ponderados. Las reglas para seguir serían: “1) Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos; 2) definir la importancia de la satisfacción del derecho que se juega en sentido contrario; y 3) definir si la importancia de la satisfacción del derecho contrario justifica la afectación o no satisfacción del otro”.

En el presente caso, lo que determinó sin lugar a duda el tribunal fue que, en el caso de sacrificar el derecho a la vivienda de los accionantes, “se estaría vulnerando no sólo ese derecho, sino también el de la dignidad humana de los mismos y de su entorno familiar”. Este sería el bien jurídico más importante que estaría en juego sobre el resto en conflicto, y tendría como consecuencia dejar “en la calle, y en total estado de desprotección a una familia entera”. En consecuencia, el TCP concluyó que “la satisfacción del derecho de acceso a la justicia del tercero interesado no justifica la afectación del derecho a la vivienda de los accionantes”.

La tutela provisional del derecho a la vivienda se llevará a cabo de manera provisional, hasta que el proceso de usucapión se concluya una vez dictada sentencia, de esta forma el tribunal persigue “un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de ambos derechos en colisión”. En el presente caso el tribunal también quiso aclarar que la protección otorgada mientras dure el proceso de usucapión se otorgó a los accionantes porque pudieron probar que vivieron durante dieciocho años en la propiedad en disputa.

Una vez más, lo que el TCP quiere dejar claro es que no se establecerán reglas generales para determinar la protección de una de las partes, es decir, que no necesariamente va a prevalecer siempre el derecho a la vivienda. Por un lado, el tribunal pareciera que quiere evitar que se produzcan abusos por alguna de las partes, pero por otro, si cada caso concreto va a ser analizado, la subjetividad del juez le otorga un elevado nivel de discrecionalidad, y no siempre se ponderará en favor del derecho a la vivienda necesariamente. Existe el riesgo de que no se produzca una ponderación justa si no se establecen reglas fijas para situaciones más o menos generales o para ciertos derechos en disputa, nos parece que mientras exista un proceso en marcha, sin sentencia firme, el derecho a la vivienda indefectiblemente debe prevalecer sobre los derechos procesales o la propiedad privada, como ocurre en el presente caso.

De hecho, el TCP dejó constancia que para futuros casos análogos de desapoderamiento contra los ocupantes de una propiedad:

Necesariamente los accionantes deberán adjuntar prueba idónea que certifique su posesión en el inmueble que pretende ser desapoderado, y que permita tener cierto grado de certeza a los jueces que dentro de una demanda de usucapión se podrá probar su derecho posesorio, como en este caso, fueron las certificaciones de la junta vecinal y facturas de agua y luz.

El tribunal trató de evitar que la iniciación de un proceso como el de usucapión pueda paralizar la ejecución de otro proceso en curso de desapoderamiento. Probar los derechos posesorios sobre un inmueble que se habite es importante, pero en estas diatribas el tribunal pudiera estar perdiendo de vista la fundamental importancia que siempre y en todas las circunstancias va a tener la protección del derecho a la vivienda.

IV. CONCLUSIONES

La constitución de 2009 ha insertado a Bolivia en el grupo de los países que forman parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano, abriendo brechas en el paradigma liberal de los derechos humanos al considerar todos los derechos humanos sin excepción como justiciables. Es más, la sentencia 1696/2014 ha llegado a considerar a todos los derechos constitucionales como subjetivos, una denominación que históricamente había sido exclusiva de los derechos civiles y políticos.

Nuestro trabajo se ha centrado en constatar si la ruptura normativa se ha trasladado a la tutela del derecho a la vivienda, un derecho reconocido como fundamental-fundamental, pero que pese a su importancia y relación con otros derechos ha sido históricamente marginado por la tutela judicial.

Hemos podido verificar que desde la entrada en vigor de la Constitución y el TCP han sido muchas las sentencias dictadas protegiendo el derecho a la vivienda, principalmente prohibiendo medidas de hecho, avasallamientos y desapoderamientos arbitrarios e ilegales, que han puesto límites a la propiedad privada en pro del derecho a la vivienda y al hábitat. Al mismo tiempo, el TCP, ha mostrado gran sensibilidad por los grupos vulnerables y ha aplicado medidas de discriminación positiva hacia grupos vulnerables y personas que podrían haber quedado en indefensión ante quienes se han tomado la justicia por su propia mano. De esta forma se han evitado desalojos y ocupaciones ilegales.

Igualmente celebramos el reciente control de convencionalidad, del que ha hecho uso el TCP en la tutela del derecho a la vivienda para fundamentar sus sentencias, llegando a considerar los magistrados como propias las decisiones más progresistas de la Corte Interamericana.

El TCP ha llegado a regular el hábitat en relación con los pueblos indígenas y a considerar el principio de ancestralidad en el caso de la comunidad Takana, lo que constituye un activismo judicial poco común y que coloca a los magistrados responsables de esta interpretación de los derechos colectivos y la acción popular a la altura del mandato constitucional.

Pese a las críticas vertidas sobre el TCP, por estar subordinado a los intereses y agenda del poder político, lo que enturbiaría el desempeño general del tribunal, y que afectaría principalmente a la tutela de ciertos derechos civiles y políticos, no se pueden negar los avances en materia de derechos sociales como el derecho a la vivienda. Gracias a sentencias como la 2233/2013, que obligan a la aplicación de los estándares más altos, se espera que en el futuro se sigan produciendo avances en materia de protección de derechos humanos. Ahora bien, la consideración de la revisión de cada caso particular y la ponderación de los derechos en conflicto, en casos como los de desalojo, como se establece en la sentencia 2164/2013, permiten gran discrecionalidad a los jueces e interpretaciones conservadoras que podría afectar la protección del derecho a la vivienda.

En consecuencia, mucho queda por tanto aún por hacer, y la apuesta es que se sigan profundizando las sentencias que redunden en beneficio de la garantía del derecho a la vivienda y hábitat, transgrediéndose las fronteras marcadas por la visión liberal de los derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABI, Gobierno promete construir 100 mil viviendas hasta 2015 y eliminar déficit habitacional en Bolivia, *Ejtu!*, 8 de octubre de 2011; disponible en <https://bit.ly/3upyBdA>.

APAZA, A., Entrevista con Fernando Casado, 11 de marzo de 2018.

CANEDO A., *Una aproximación a indicadores DESC para Bolivia*, Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2009; disponible en <https://bit.ly/3dzKbDH>.

Caso Adolfo Colque Maraza y otros miembros de la Comunidad de Chillcani, 1696, Tribunal Constitucional Plurinacional, 4 de noviembre de 2013.

- Caso Carmen Lixi Sanjinés Tuno, 1782, Tribunal Constitucional Plurinacional, 1 de octubre de 2012.
- Caso Comunidad Takana, 0472, Tribunal Constitucional Plurinacional 10 de marzo de 2014.
- Caso Covipol, 0897/2013, Tribunal Constitucional Plurinacional, 20 de junio de 2013.
- Caso Milgia Gabriel Flores, 0450/2012, Tribunal Constitucional Plurinacional, 29 de junio de 2012.
- Caso Servicio Departamental de Salud (Sedes), 0121/2012, Tribunal Constitucional Plurinacional, 2 de mayo de 2012.
- Caso Wagner Baptista Millares, 1948, Tribunal Constitucional Plurinacional, 4 de noviembre de 2013.
- Caso Waldy Chávez Menacho, 0998, Tribunal Constitucional Plurinacional, 5 de septiembre de 2012.
- Caso Willan Enrique Ávila Flores y otros, 0426, Tribunal Constitucional Plurinacional, 2 de Junio de 2012.
- CONOCE los resultados del Tribunal Constitucional, *El Deber*, 3 de diciembre de 2017; disponible en: <https://bit.ly/3dDNGBf>.
- DURÁN, W., *Principios, derechos y garantías constitucionales*, El País, 2005.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (ed.), *Construyendo comunidades urbanas para vivir bien en el siglo XXI*, Conferencia Mundial Habitat III, 2016, disponible en <https://bit.ly/2Q0obtD>.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FORO Permanente de la Vivienda, *Política estatal de vivienda*, Bolivia, Imprenta Punto de Encuentro, 2009.
- GEOVANNI Miguez vs. Matilde Vargas, 0434 S-2, Tribunal Constitucional Plurinacional, 29 de abril de 2015.
- GÓMEZ, B., “Beneficiadas más de cien familias con viviendas sociales en Bolivia”, “Radio Habana Cuba”, 4 de mayo de 2017, disponible en <https://bit.ly/3fOailk>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (ed.), *Estadísticas en construcción de vivienda*. Instituto Nacional de Estadística, 2017.
- JIMÉNEZ, S., “Por el reconocimiento y justiciabilidad del derecho humano a la vivienda en Bolivia”. *INVI 23* (62), 2008, disponible en <https://bit.ly/39Lg2Z8>.

- JIMÉNEZ, S., *La cuestión socio habitacional en Bolivia. Actualización de datos censales en base a los resultados oficiales publicados por el INE en agosto del 2014*, INE, 2014.
- KHOTARI, M., *Informe del Relator Especial presentado en la 57a. sesión de la Comisión de Derechos*, Naciones Unidas, 2001.
- LECOÑA, J. Q., *Acciones de defensa y catálogo de derechos humanos en la nueva constitución*, Sigla Editores, 2010.
- LOAYZA, M., Entrevista con Fernando Casado de 12 de marzo de 2018.
- MELÉNDEZ, A., Entrevista con Fernando Casado de marzo de 2018.
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (ed.), *Construyendo comunidades urbanas para vivir bien en el siglo XXI. Informe del Estado plurinacional de Bolivia para hábitat III*, 2016.
- NACIONES UNIDAS (ed.), *Declaración de Vancouver sobre Asentamientos Humanos*, Vancouver, Naciones Unidas, 1976.
- NOGUERA, A., “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, disponible en <https://bit.ly/3dHmHoj>.
- NOGUERA, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, 2010.
- PINTO, Y. C., *La justiciabilidad y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado boliviano, al amparo de la Constitución Política del Estado y los tratados de derechos humanos ratificados*, Red de Profesionales Abogados en Derechos Humanos, Capacitación y Derechos Ciudadanos, 2012.
- RENASEH (ed.), *Informe: Derecho Humano a la Vivienda en Bolivia, Examen Periódico Universal*, 2010.
- RIVERA, J. A., “La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia”, en Herrera, W., *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, Kipus, 2017.
- SAAVEDRA, S., Entrevista con Fernando Casado de 12 de marzo de 2018.
- SANTIAGO, S., GUARAYO, H., *Interdialogando. Hacia la constitución plural del derecho desde la cosmovisión de la nación Yampara*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- SAUMA, G., Entrevista con Fernando Casado de 15 de marzo de 2018.
- SOTILLO, A., “Desarrollo jurisprudencial de la acción popular en Bolivia”, en Herrera, W., *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, Kipus, 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA (ed.), *Derechos fundamentales y acciones de defensa*, 2009.

UN-HABITAT (ed.), *A Safe City is a Just City*, 2007.

VARGAS, A., La acción de amparo constitucional en Bolivia, en HERRERA, W. (ed.), *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, Kipus, 2017.

VARGAS, M., Entrevista con Fernando Casado de 12 de marzo de 2018.

VELÁZQUEZ, L., Entrevista con Fernando Casado de 13 de marzo de 2018.

**REFORMA LABORAL Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL
EN REPÚBLICA DOMINICANA.
EL EFECTO TRANSFORMADOR DE LAS RELACIONES
LABORALES A TRAVÉS DEL CONTROL
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD***

LABOR REFORM AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM
IN THE DOMINICAN REPUBLIC.
THE TRANSFORMING EFFECT OF LABOR RELATIONS
THROUGH CONCENTRATED CONTROL
OF CONSTITUTIONALITY

RÉFORME DU TRAVAIL ET CONSTITUTIONNALISME SOCIAL
EN RÉPUBLIQUE DOMINICAINE.
L'EFFET TRANSFORMATEUR DES RELATIONS
DE TRAVAIL GRÂCE À UN CONTRÔLE
CONCENTRÉ DE LA CONSTITUTIONNALITÉ

Ramón Jorge TAVERAS**

RESUMEN: En este artículo se analiza el impacto que las decisiones del TC han tenido en la reforma laboral en la República Dominicana. Muchos de los países latinoamericanos han puesto en funcionamiento tribunales o cortes constitucionales para garantizar e interpretar los derechos fundamentales. Las decisiones del Tribunal Constitucional establecen precedentes vinculantes para todos los poderes del Estado.

* Recibido el 17 de noviembre de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Licenciado en derecho *Magna Cum Laude*. Master en derecho constitucional y libertades Fundamentales, por la Universidad Pantheon Sorbonne París. Licenciatura en Ciencias Navales, mención tecnológico. Maestría en derecho marítimo por la Universidad Acción Pro Educación. Docente de la Academia Naval de la Armada de República Dominicana. Actualmente se desempeña como investigador asociado del Observatorio Judicial Dominicano.



Dado que el constitucionalismo en los países de América Latina tiene un marcado matiz social, casi todas las constituciones de estos Estados han incluido en sus contenidos el derecho fundamental laboral, lo que hace importante la interpretación que estos tribunales realizan de los derechos laborales y los precedentes que se crean, en un contexto comparado.

El principal objetivo de este artículo es indagar en qué medida la participación del Tribunal Constitucional dominicano, en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, ha contribuido, garantizar el derecho fundamental al trabajo durante su primer cuatrienio de actividad jurisdiccional (2012-2015), contribuyendo al desarrollo del constitucionalismo social dominicano a través de un efecto transformador de las relaciones laborales. En el Estado social dominicano, la actividad jurisprudencial de su Tribunal Constitucional puede contribuir a la construcción de indicadores, con el fin de determinar el estado actual en el que se encuentra este constitucionalismo social, actualmente, con énfasis en la garantía del derecho fundamental al trabajo, considerando que el constitucionalismo social promueve la creación, reinterpretación y la reforma laboral pasiva en la República Dominicana.

Palabras clave: derecho fundamental al trabajo, constitucionalismo social, reforma laboral, Tribunal Constitucional, control concentrado de constitucionalidad.

ABSTRACT: This article analyzes the impact that Constitutional Court decisions have had on the labor reform in the Dominican Republic. Many of the Latin American countries have established constitutional courts or tribunals to guarantee and interpret fundamental rights. The decisions of the constitutional court establish binding precedents for all powers of the State. Given that constitutionalism in Latin American countries has a marked social nuance, almost all the constitutions of these States have included in their contents, the fundamental labor law, which makes the interpretation that these courts make of labor rights and labor rights important. precedents that are created, in a comparative context.

The main objective of this article is to investigate to what extent the participation of the Dominican Constitutional Court in the exercise of concentrated control of constitutionality has contributed to guaranteeing the fundamental right to work during its first five years of judicial activity (2012-2015), contributing to the development of

Dominican social constitutionalism through a transforming effect of labor relations. In the Dominican social state, the jurisprudential activity of its Constitutional Court can contribute to the construction of indicators, in order to determine the current state in which this social constitutionalism is currently; with emphasis on the guarantee of the fundamental right to work, considering that social constitutionalism promotes the creation, reinterpretation and passive labor reform in the Dominican Republic.

Keywords: fundamental right to work, social constitutionalism, labour reform, Constitutional Court, concentrated control of constitutionality.

RÉSUMÉ: Cet article analyse l'impact des décisions de la Cour constitutionnelle sur la réforme du travail en République dominicaine. De nombreux pays d'Amérique latine ont créé des cours ou des tribunaux constitutionnels pour garantir et interpréter les droits fondamentaux. Les décisions de la Cour constitutionnelle établissent des précédents contraignants pour tous les pouvoirs de l'État. Étant donné que le constitutionnalisme dans les pays d'Amérique latine a une nuance sociale marquée, presque toutes les constitutions de ces États ont inclus dans leur contenu, le droit du travail fondamental, ce qui rend importante l'interprétation que ces tribunaux font des droits du travail et des droits du travail précédents créés, dans un contexte comparatif.

L'objectif principal de cet article est d'étudier dans quelle mesure la participation de la Cour constitutionnelle dominicaine à l'exercice du contrôle concentré de la constitutionnalité, a contribué à garantir le droit fondamental au travail pendant ses cinq premières années d'activité judiciaire (2012-2015), contribuant au développement du constitutionnalisme social dominicain à travers un effet transformateur des relations de travail. Dans l'État social dominicain, l'activité jurisprudentielle de sa Cour constitutionnelle peut contribuer à la construction d'indicateurs, afin de déterminer l'état actuel dans lequel se trouve actuellement ce constitutionnalisme social; en mettant l'accent sur la garantie du droit fondamental au travail, considérant que le constitutionnalisme social favorise la création, la réinterprétation et la réforme passive du travail en République dominicaine.

Mots-clés: droit fondamental au travail, constitutionnalisme social, réforme du travail, Cour constitutionnelle, contrôle concentré de la constitutionnalité.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Constitucionalismo social latinoamericano y dominicano*. III. *Constitucionalización del derecho humano al trabajo en República Dominicana*. IV. *Control de constitucionalidad en el Estado social y democrático de derecho dominicano*. V. *Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional en materia laboral durante 2012*. VI. *Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional en materia laboral durante 2013*. VII. *Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional en materia laboral durante 2014*. VIII. *Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional en materia laboral durante 2015*. IX. *Efecto transformador de las relaciones laborales y reforma laboral*. X. *Reflexiones finales*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la República Dominicana, con la reforma constitucional del 26 de enero de 2010 se produjeron dos paradigmas importantes en torno al desarrollo del constitucionalismo social: 1) la concepción del Estado social y democrático de derecho y 2) la creación del Tribunal Constitucional (TC) dominicano para la defensa de la Constitución y garantía de los derechos fundamentales.

La puesta en funcionamiento de un órgano jurisdiccional especializado en materia constitucional tuvo connotaciones trascendentales en la transición de un Estado de derecho a un Estado constitucional garantista de los derechos humanos. En efecto, la constitucionalización de las diversas ramas del derecho y del sistema de justicia, es corolario de la administración de justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna.

Dentro del catálogo de los derechos fundamentales que consagra la carta sustantiva de República Dominicana, se destaca el derecho fundamental al trabajo debido a las peculiaridades que presenta. En sentido *lato*, el derecho fundamental al trabajo, respecto a la división clásica de las ramas del derecho, constituye una especie de tercer género entre lo público y lo privado: un derecho social. Por lo que la creación de una jurisdicción especializada para la protección de los derechos fundamentales nos inquieta a indagar sobre la tendencia y perspectiva que ha tenido el derecho fundamental al trabajo tanto *a priori* como *a posteriori* del establecimiento de una jurisdicción especializada en materia constitucional.

Lo anterior, con el objetivo principal de inquirir en qué medida la participación del TC en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad ha contribuido a garantizar el derecho fundamental al trabajo, coadyuvando al desarrollo del constitucionalismo social dominicano a través de un efecto transformador de las relaciones laborales.

En el Estado social dominicano, la actividad jurisprudencial de su TC puede contribuir a la construcción de indicadores, con el fin de determinar el estado actual en el que se encuentra esta corriente del constitucionalismo social, con énfasis en la garantía del derecho fundamental al trabajo.

II. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO Y DOMINICANO

El jurista italiano Zagrebelsky, respecto al concepto de constitucionalismo, lo considera como un término que sintetiza de manera más comprensiva, aunque como orientación general, muchos o quizás todos los ideales político-constitucionales del presente y del futuro, en una dimensión espacial y temporal cada vez más amplia.¹

El constitucionalismo es una corriente ideológica que persigue limitar los poderes del Estado, delimitando su alcance dentro de los textos constitucionales, cuando se le conjuga con el aspecto social; se habla entonces del constitucionalismo social, refiriéndose a la vertiente que procura inscribir los derechos sociales en el contenido de las normas fundamentales.

El constitucionalismo social se expandió rápidamente por la región latinoamericana durante el siglo XIX. Entre algunos de los ejemplos más notables se pueden apreciar la Constitución de México de 1917, la Constitución de Cuba de 1940 y la Constitución de República Dominicana de 1963; esta última no pierde su relevancia a pesar de lo efímera que fue su vigencia.

En tal sentido, Gargarella señala que “la serie de reformas constitucionales que se llevaron adelante, en toda la región, desde México (1917) en adelante, fueron complejas y multidireccionales, pero, en todo caso, parece innegable que en ellas estuvo presente una clara impronta social”.² Por su parte, Carbonell y Ferrer señalan que “el surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido —al menos como ideal— al paradigma del neoconstitucionalismo”.³

¹ Zagrebelsky, G., “Constitucionalismo”, *Revista Derechos y Libertades*, vol. II, núm. 29, 2013, p. 20.

² Gargarella, R., “El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución” (1980-2010), Argentina, *Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, p. 290.

³ Carbonell, M., y Ferrer, E., *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 35.

En términos generales, el derecho fundamental al trabajo ha fungido como punta de lanza para el reconocimiento de otros derechos sociales, propendiendo al desarrollo del constitucionalismo social y la inscripción de estos derechos en las normas fundamentales. Esta es una opinión corroborada también por Noguera y Navas quienes conciben al trabajo en el Estado social, como “el elemento fundante y determinante de la ciudadanía y del sistema de relaciones políticas y económicas”.⁴

Para comprobar lo anterior, basta con mirar el contenido social de las constituciones latinoamericanas, las cuales incluyen en el canon constitucional el derecho fundamental al trabajo, tal y como se muestra en la tabla 1, a continuación.

TABLA 1

<i>País</i>	<i>Contenido social</i>
Argentina	Circunscribe el derecho al trabajo y la seguridad social dentro del catálogo de derechos sociales que se encuentran en el texto constitucional (artículos 14 al 17).
Bolivia	Incluyen el derecho al trabajo y la seguridad social dentro de los derechos económicos y sociales (capítulo V, artículos del 33 al 71, 75 y siguiente).
Brasil	Dedica varios apartados específicamente al derecho al trabajo, la libertad de asociación y derecho a huelga (artículos 7-11).
Colombia	Contienen disposiciones referentes a los derechos laborales del trabajador y el bienestar social (artículos 50-74).
Costa Rica	Contiene disposiciones exclusivas al derecho al trabajo y la seguridad social (artículos del 12 al 34).
Cuba	Las disposiciones del derecho del trabajo y a la seguridad social, se encuentran en los artículos 32-70.
Chile	Los artículos 19 y 20 reconocen la libertad de trabajo, entre otras prerrogativas.
Ecuador	En el catálogo de los derechos económicos y sociales (artículos 12 al 34), se regulan el derecho al trabajo y la seguridad social.
El Salvador	Incluye el derecho del trabajo dentro del catálogo de los derechos sociales de ese texto constitucional.

⁴ Noguera, A. y Navas, M., *Los nuevos derechos de participación en Ecuador ¿derechos constituyentes o derechos constitucionales?*, Valencia, España: Tirant lo Blanc, 2016, pp. 40 y 41.

<i>País</i>	<i>Contenido social</i>
Guatemala	Este texto constitucional contiene disposiciones sobre el derecho del trabajo y derechos de los empleados públicos.
Honduras	Contiene una sección para el derecho al trabajo (capítulo V, artículos 127 al 141), de igual manera dedica varios artículos con disposiciones sobre la seguridad social (artículos 142 al 144).
México	Contiene disposiciones sobre el derecho al trabajo, los empleados privados y públicos (título VI, artículo 123).
Nicaragua	Dedica varios artículos a la regulación del derecho al trabajo (artículos del 80 al 88).
Panamá	El capítulo tercero regula el derecho al trabajo, desde el artículo 64 al artículo 79.
Paraguay	Dedica un capítulo al derecho al trabajo (capítulo VIII, artículos 86-106).
Perú	Contiene disposiciones generales sobre el derecho al trabajo (capítulo II) y sobre los derechos de los empleados públicos (artículos 39 al 42).
Uruguay	Establece disposiciones para el derecho fundamental al trabajo y la seguridad (artículos 53 al 57 y 67 al 71).
Venezuela	Incluye el derecho al trabajo como parte del catálogo de los derechos sociales (capítulo V).

FUENTE: Elaboración a partir de la investigación del Doctor. Rafael Sánchez Vásquez.

En los textos constitucionales de América Latina, se ha inscrito el derecho al trabajo como un derecho fundamental, aunque se aprecian diferencias en cuanto a la amplitud del contenido entre el texto constitucional de un país y otro.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL TRABAJO EN REPÚBLICA DOMINICANA

La primera vez que aparece la palabra “trabajo” en los textos constitucionales dominicanos ocurre en la Constitución de 1907, específicamente como la “libertad del trabajo” en el numeral 4 del artículo 9o. Esta concepción de la libertad del trabajo se mantuvo igual en la Constitución de 1908, pasando a ser el numeral 1 del artículo 6o. de esa carta magna e incluir también la libertad de la industria y del comercio.

No es hasta 1934, durante la dictadura de Trujillo, cuando se aprecia en el texto constitucional una explicitación de la libertad del trabajo, al prohibirse el establecimiento de monopolios en beneficio de particulares (artículo 2o. numeral 6). Lo que lógicamente respondía a los intereses monopolistas que tenía el propio dictador. No obstante, durante la dictadura de Trujillo, el derecho del trabajo se fortaleció constitucional y legislativamente en el país, esto puede observarse en la ampliación de la libertad de trabajo, en el texto de la Constitución de 1942. En la reforma constitucional de 1947, el texto se mantuvo indemne.

Con el texto de la primera Constitución social de la República Dominicana, proclamada el 29 de abril de 1963 durante el gobierno del profesor Juan Bosch, se produjo el primer hito referente al aspecto constitucional del derecho humano al trabajo en la República Dominicana, al consagrar el trabajo como fundamento principal de la existencia de la nación.

En la reforma constitucional de 1966 ocurrió una involución respecto al desarrollo del derecho fundamental al trabajo, al desconocerse muchas de las prerrogativas que habían sido alcanzadas con la Constitución de 1963; es decir, se produjo una contrarreforma que afectó el desarrollo de este derecho fundamental en República Dominicana. La reforma constitucional de 1994, a pesar de haber introducido grandes cambios en el sistema de justicia dominicano, mantuvo las mismas prerrogativas fundamentales respecto al derecho del trabajo que se encontraban en la Constitución de 1966.

Estas prerrogativas continuaron presentes en la reforma constitucional del año 2002, sin ampliarse su contenido. No es hasta 2010, cuando se inicia nuevamente otra etapa relevante del constitucionalismo social dominicano, en el reconocimiento de los derechos constitucionales de carácter laboral, al establecer en su artículo 62 el derecho fundamental al trabajo.

En el devenir histórico que conllevó a la inscripción del derecho al trabajo como un derecho fundamental, se aprecia la influencia tanto de la Constitución en las normas laborales, como viceversa. Con la consagración del derecho humano al trabajo, dentro de las normas constitucionales, surge la pregunta: ¿constitucionalización o laboralización? Específicamente, con la Constitución de Querétaro podemos decir que comienza la laboralización de la Constitución. Un fenómeno sociojurídico que devendría en la constitucionalización del derecho humano al trabajo.

Con la Constitución de 2010 se produce otra de las grandes transformaciones en cuanto a este derecho fundamental, es la adopción del derecho al trabajo, un tanto diferente a la concepción común que aparecía en las constituciones dominicanas previas. El derecho fundamental al trabajo deriva de

la disposición del artículo 6o. numeral 1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Comúnmente se recurre al derecho del trabajo como ciencia social para el análisis de las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores, así como para la garantía del derecho humano al trabajo. Es innegable que lo laboral tiene un marcado matiz social y a la vez jurídico, de ahí que el trabajo tenga tanta preminencia en la determinación del grado de justicia social en el que se encuentra un Estado constitucional.

IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO DOMINICANO

La creación del TC generó —tanto antes como después— muchos debates entre los doctrinarios y juristas dominicanos, haciéndose eco de las discusiones jurídicas que se suscitaban, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, sobre quién debe ser el garante de la Constitución, pero respecto al ejercicio del control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad contribuye a garantizar la supremacía de la Constitución, la cual se hace viable a través de la labor del TC. No obstante, el control de constitucionalidad se manifiesta de diversas formas: concentrado y difuso. El control difuso es de origen occidental, cuyo génesis se remonta al *judicial review* americano. El control concentrado es de origen europeo.

La garantía jurisdiccional es *sine qua non* para la protección efectiva de los derechos fundamentales; debido a que éstos son derechos justiciables. A pesar de que los tribunales ejercen un control difuso de la constitucionalidad, por medio del cual están obligados a observar las disposiciones que establece la Constitución al momento de dirimir un conflicto, sus decisiones —expresadas a través de sentencias— no tienen efecto *erga omnes*. Ahora bien, el control concentrado de la constitucionalidad sí produce efectos *erga omnes*.

Este control concentrado en el Estado de derecho dominicano se dispuso por primera vez en el año 1924 y correspondió a la Suprema Corte de Justicia. No obstante, este control concentrado fue efímero, pues sólo estuvo vigente hasta el año 1927. Posteriormente, con la Constitución del año 1994 se instaura nuevamente el control concentrado mediante un sistema mixto, tanto el control difuso como el control concentrado por parte de la Suprema Corte de Justicia.

Con la Constitución de 2010, también se introdujeron cambios significativos en el control de constitucionalidad en República Dominicana, ya que el control concentrado pasó exclusivamente al TC.

Tribunal Constitucional y protección jurisdiccional del derecho fundamental al trabajo

A pesar del precedente que marcó la instauración del TC, este órgano jurisdiccional no entró en funcionamiento sino hasta el año 2012. Por lo que se tomará el primer cuatrienio de su funcionamiento (hasta 2015) para analizar la actividad jurisdiccional en la defensa del derecho social y fundamental al trabajo, con el propósito de obtener una mejor comprensión del fenómeno sociojurídico que se analiza.

El jurista Fix-Zamudio destaca que

...los tribunales deben desarrollar los principios constitucionales y la legislación social, tarea básica, puesto que son los propios tribunales, especialmente los de carácter supremo, y todavía con mayor fuerza, si están especializados en materia constitucional (cortes o tribunales constitucionales), que poseen la capacidad de desarrollar los postulados de justicia social, a través de la aplicación efectiva de los principios de carácter fundamental.⁵

Esta labor que señala el jurista Fix-Zamudio se concretiza en la jurisprudencia, ya que ésta permite el estudio del derecho vivo y actual con conocimiento del pasado. Si conocemos la jurisprudencia, conoceremos hacia dónde se encamina la administración de justicia de un país. En el caso que nos ocupa, el estatus de la protección de los derechos fundamentales de carácter laboral.

En la tabla 2 se presentan algunas decisiones desde 1997 hasta el 2009, en materia de control concentrado de constitucionalidad, que establecieron precedentes constitucionales en defensa del derecho fundamental al trabajo por parte de la Suprema Corte de Justicia.

TABLA 2

<i>Sentencia</i>	<i>Precedente jurisprudencial</i>
Sentencia del 22 de septiembre de 1999	El artículo 712 del Código de Trabajo no contraviene las disposiciones de la Constitución.
Sentencia del 30 de noviembre de 2000	La libertad de trabajo no resulta afectada cuando el legislador impone condiciones para el ejercicio de la profesión liberal.

⁵ Fix-Zamudio, H. *et al.*, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. V: *La Constitución mexicana. 70 años después*, México, UNAM, 1988, p. 82.

<i>Sentencia</i>	<i>Precedente jurisprudencial</i>
Sentencia del 9 de febrero de 2000	Las disposiciones del artículo 539 del Código de Trabajo no contravienen la Constitución.
Sentencia del 23 de agosto de 2000	Declara la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley núm. 374-98.
Sentencia del 13 de agosto de 2008	Establece que una norma jurídica nueva no puede modificar el estatus jurídico de los derechos adquiridos, pero, por el contrario, las simples expectativas están sujetas a todas las contingencias y a todos los cambios de legislación.

FUENTE: Elaboración propia a partir de la compilación de 12 años de justicia constitucional en República Dominicana.

Tal y como se observa en la tabla 2, en un lapso de 12 años en materia de justicia constitucional, la Suprema Corte de Justicia solamente dictó cinco precedentes jurisprudenciales constitucionales en materia laboral.

En la opinión del Dr. Milton Ray Guevara, presidente del TC dominicano:

...el constitucionalismo social ha tenido un impacto importante en el derecho humano al trabajo, vinculándolo inclusive a la aparición de los tribunales constitucionales, tales como: el Tribunal Constitucional de Austria (1920), el Tribunal Constitucional de Polonia (1921), el Tribunal Constitucional de Yugoslavia (1921) y el Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931); debido al desarrollo de los derechos de la segunda generación y el aplomamiento de la Constitución con esos derechos sociales.⁶

En el año 2010, al tenor de las disposiciones de la Constitución en sus artículos 184 y 185, el control concentrado de constitucionalidad pasó al TC dominicano; es decir, se especializa aún más con la creación de una jurisdicción encargada de ejercer la justicia constitucional, que consiste en⁷

...la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza

⁶ Ray, M., *Opinión Constitucional*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2014, p. 567.

⁷ Según establece el artículo 5o. de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, Gaceta Oficial, núm. 10622, 13 de junio de 2011.

mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales” [en nuestro caso particular del derecho fundamental al trabajo].

Este suceso se constituye como un catalizador del desarrollo y defensa del derecho fundamental al trabajo, como veremos más adelante, en virtud de que las decisiones⁸ del TC son definitivas, irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.

En la tabla 3 se muestran los recursos de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales sometidas al TC durante 2014.

TABLA 3

<i>Sentencia</i>	<i>Referencia</i>
TC/0037/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 342, de fecha 16/06/2012, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0046/14	Demanda de suspensión de ejecución de la sentencia núm. 329, de fecha 12/06/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0069/14	Demanda en suspensión de ejecución de la sentencia núm. 229, de fecha 24/04/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0115/14	Demanda de suspensión de ejecución de la sentencia núm. 444, de fecha 26/10/2011, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0124/14	<i>Revisión constitucional de la Sentencia núm. 606, de fecha 19/09/2016, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0141/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 478, de fecha 25/07/2012, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0148/14	Demanda en suspensión de ejecución de la sentencia núm. 165, de fecha 26/03/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0175/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 505, de fecha 01/08/2012, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>

⁸ Según establece el artículo 184 de la Constitución de la República Dominicana.

<i>Sentencia</i>	<i>Referencia</i>
TC/0175/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 505, de fecha 01/08/2012, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0198/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 82 y la resolución núm. 7926-2012, de fecha 22/02/2012 y 30/10/2012, dictadas por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0211/14	Demanda de suspensión de ejecución, de la sentencia núm. 786, de fecha 18/12/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0250/14	Demanda en suspensión de ejecución, la sentencia núm. 175, de fecha 26/03/2014, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0308/14	Acción directa de inconstitucionalidad contra la ley núm. 187-2007, sobre pasivo laboral.
TC/0319/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 62, de fecha 20/02/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0329/14	Demanda en suspensión de ejecución de la sentencia núm. 678, de fecha 24/10/2012, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.
TC/0343/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 318, de fecha 23/05/2012, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0397/14	<i>Revisión constitucional de la sentencia núm. 73, de fecha 20/02/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>
TC/0400/14	<i>Revisión constitucional de la resolución núm. 2874-2013, de fecha 21/08/2013, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia.</i>

FUENTE: Elaboración propia a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional dominicano.

La tabla 3 nos permite tener una idea de la cantidad de decisiones que han sido revisadas por el TC, procedentes de órganos jurisdiccionales del orden laboral o relacionadas con la legislación laboral, notándose una mayoría de las revisiones constitucionales de las decisiones jurisdiccionales —señaladas con cursivas dentro de la tabla—.

Desde la entrada en funcionamiento del TC, hasta la fecha, se pueden apreciar al menos ocho precedentes constitucionales en materia laboral, en las decisiones: TC/0059/12, TC/0071/12, TC/0179/13, TC/0203/13, TC/0308/14, TC/0435/15, TC/0489/15 y TC/0563/15. Lo que denota la

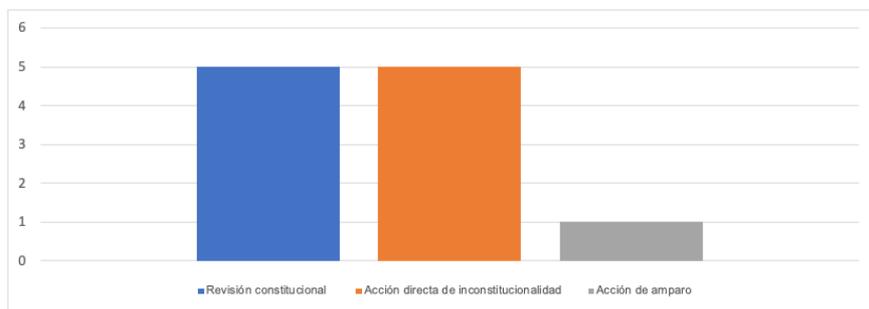
importancia de la actividad jurisdiccional del TC e impacto en las relaciones jurídicas derivadas del derecho fundamental al trabajo, si se le compara a la actividad de la Suprema Corte de Justicia, durante el tiempo que ejerció el control concentrado de constitucionalidad, cuyos precedentes más relevantes aparecen en la tabla 2 de este artículo.

V. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL DURANTE 2012

En su primer año de actividad jurisdiccional, el TC dictó once decisiones relacionadas con la materia laboral, lo que representó para ese año una tasa de 10.57% de los conflictos dirimidos por esa jurisdicción. En el año 2012, la mayor parte de los conflictos dirimidos por la jurisdicción constitucional (54.55%), derivaron de relaciones laborales de carácter privado, tan sólo el 45.45% procedieron de relaciones laborales de carácter público.

En el gráfico 1 se presenta la actividad de la jurisprudencia constitucional en materia laboral de 2012, relacionada con el control de constitucionalidad.

GRÁFICO 1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL 2012



FUENTE: Elaboración propia.

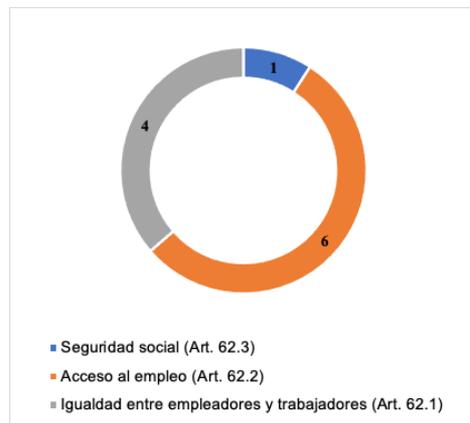
Tal como se puede apreciar en la estadística del gráfico 1, respecto al modo del control de constitucionalidad que hizo posible el dictamen de la sentencia —en el génesis— de la actividad jurisdiccional del TC; la revisión constitucional de las decisiones jurisprudenciales y la acción directa de inconstitucio-

alidad de normas laborales fueron los medios más utilizados por los sujetos del derecho de trabajo.

Al lado de lo anterior, es menester identificar dentro del contenido de las decisiones judiciales en materia laboral del año 2012, el comportamiento de los derechos específicos fundamentales de carácter laboral reclamados ante la jurisdicción constitucional, con la finalidad de obtener una mejor aprehensión del impacto de las relaciones laborales.

En virtud de ello, en el gráfico 2 se muestran los contenidos específicos reclamados ante el TC, respecto a las 11 decisiones dictadas.

GRÁFICO 2. DERECHOS ESPECÍFICOS FUNDAMENTALES DE CÁRACTER LABORAL RECLAMADOS EN LA SENTENCIAS DEL TC EN 2012



FUENTE: Elaboración propia.

En 2012, la prerrogativa del acceso al empleo y la igualdad entre los empleadores y trabajadores fueron las que procuraron obtener una mayor protección constitucional, dejando en última instancia la seguridad social. De una manera segregada, estos aspectos correspondieron a las siguientes decisiones: la seguridad social en la sentencia TC/0012/12; el acceso al empleo en las sentencias TC/0018/12, TC/0019-2012, TC/0048/12, TC/0085/12, TC/0089/2012, TC/0096/12; y la igualdad entre empleadores y trabajadores en las sentencias TC/0022-2012, TC/0059/2012, y TC/0071/2012.

De igual importancia, las sentencias más relevantes en materia laboral durante 2012 son las siguientes:

- En la sentencia TC/0012/12⁹ el TC estableció una reinterpretación del artículo 252 de la Ley núm. 873, declarando que la interpretación constitucional de dicho artículo debe ser la siguiente: “Tendrá derecho a pensión el o la sobreviviente de un matrimonio o de una unión marital de hecho con por lo menos un año de duración, salvo el caso de que hayan engendrado hijos o que el fallecimiento hubiere sido causado por un accidente o por las causales del artículo 247”. Esta sentencia benefició a todos los cónyuges de miembros de las Fuerzas Armadas.
- En la sentencia TC/0018/12,¹⁰ el Tribunal Constitucional dispuso que “el Procurador General de la República: a) Tome las medidas que considere pertinentes para establecer en los recintos de detención localizados en los palacios de justicia y en los establecimientos policiales donde no exista el protocolo de entrada y salida de los defensores públicos y de los abogados en general, con la finalidad de que éstos puedan ofrecer la asistencia legal que requieran los detenidos, sin perjuicio de su integridad y seguridad físicas; b) Ordene, específicamente al Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte, así como a los demás miembros del Ministerio Público que tengan bajo su responsabilidad recintos preventivos de detención en todo el territorio nacional, que mientras se elabore y ponga en vigencia el protocolo más arriba descrito, permitan a los defensores públicos y a los abogados, el acceso al recinto correspondiente, previa acreditación de sus calidades”.
- En la sentencia TC/0022/12,¹¹ el TC declaró el apego a la carta fundamental de la Ley núm. 6186, de Fomento Agrícola del 12 de febrero de 1963 estableciendo que “el procedimiento especial que traza la ley sobre fomento agrícola tiene como propósito de establecer las condiciones más adecuadas para garantizar la sostenibilidad del fomento del crédito territorial, puntal trascendente del crecimiento económico nacional”.

⁹ Esta sentencia emanó a partir de la revisión constitucional de la sentencia núm. 156-2011, dictada por el Tribunal Superior Administrativo, incoada por Lauriana Villar contra la Junta de Retiro de las Fuerzas Armadas, con la finalidad de obtener la pensión como *conviviente* de su fenecido esposo, quien laboró en las Fuerzas Armadas.

¹⁰ La misma surgió a partir del reclamo de unos defensores públicos a quienes no se les permitía el acceso a un recinto carcelario, a fin de dar asistencia legal a los detenidos; no permitiéndoles ejercer su derecho al trabajo como defensores públicos. Esta sentencia benefició a las partes interesadas y a todos los defensores públicos de la República Dominicana.

¹¹ La parte recurrente en esta decisión se fundamentaba en que la Ley núm. 6186 creaba desigualdad entre los hombres, dando preminencia a los créditos laborales.

- En la sentencia TC/0059/2012, el TC declaró la conformidad con la Constitución del artículo 539 del Código de Trabajo, al determinar que dicha disposición de la ley núm. 16-92 no violenta la ley fundamental, pues este artículo establece que el derecho al recurso se ejercerá de conformidad con la ley.
- En la sentencia TC/0071/12,¹² el TC declaró inadmisibles una acción directa de inconstitucionalidad contra la ordenanza núm. 28-2000-44, de fecha 03/05/2000, dictada por la Corte de Trabajo del Distrito Nacional, en atribuciones de juez de los referimientos; estableciendo que las decisiones judiciales no son susceptibles de control directo de inconstitucionalidad, sino de revisión constitucional.
- En la sentencia TC/0085/12, ante el reclamo de un exmiembro de la Policía Nacional (señor Alberto Rodríguez), con la finalidad de revocar la Orden General núm. 079-2010, de fecha 14/10/2010, que ordenó la cancelación de su nombramiento como primer teniente de la Policía Nacional; la jurisdicción constitucional declaró su incompetencia por tratarse de un asunto de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de las disposiciones del artículo 75 de la ley núm.137-11.
- En la sentencia TC/0096/12, respecto al pago de salario por el trabajo realizado al señor Belisario Martínez, en su condición de regidor del Ayuntamiento de Nagua, el TC estableció que se trataba de un amparo de cumplimiento, a la luz del artículo 104 de la ley núm. 137-11, indicando que debe respetarse el derecho del accionante a: “La igualdad y la no discriminación al ejercer un trabajo, sin que importe su naturaleza, deben prevalecer en toda entidad, máxime si se trata de un ciudadano que fue electo y designado conforme a la ley y ha desempeñado debidamente sus funciones”.

VI. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL DURANTE 2013

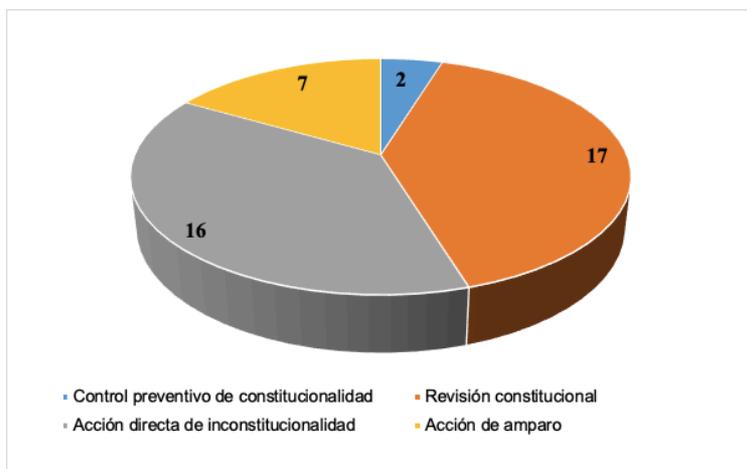
Durante 2013, el TC emitió la cantidad de 44 decisiones constitucionales en materia laboral, que procedieron tanto de relaciones laborales de carácter

¹² Este primer precedente fue utilizado en el análisis de otras sentencias constitucionales de carácter laboral por parte del TC, tales como la TC/0072/12 y la TC/0089/12.

privado como de carácter público. En este año la mayor parte de las demandas en protección del derecho fundamental al trabajo, emanaron de relaciones laborales de carácter público.

En el gráfico 3 aparece la jurisprudencia constitucional en materia laboral durante 2013, segregada por el modo en que el Tribunal Constitucional ejerció el control de constitucionalidad.

GRÁFICO 3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL 2013



FUENTE: Elaboración propia.

Tal como se vislumbra en el gráfico 3, en 2013 las revisiones constitucionales aumentaron ligeramente respecto a las acciones directas de inconstitucionalidad, en contraste con el 2013 cuando estuvieron en la misma proporción. Este fenómeno encuentra respuesta en el precedente constitucional establecido mediante la sentencia TC/0071/12,¹³ lo que también incidió para que aumentara las acciones de amparo solicitando la suspensión de ejecución de sentencias laborales.

De igual forma, las sentencias más destacadas en materia laboral durante el año 2013 son las siguientes:

¹³ Esta decisión estableció que las decisiones judiciales no son susceptibles de control directo de inconstitucionalidad, sino de revisión constitucional.

- En la sentencia TC/0027/13, el TC determinó que una ficha penal no retirada a un ciudadano se convierte una conculcación que afecta el derecho al trabajo de las personas, el acceso al crédito y el derecho al honor. En la sentencia TC/0080/13 se confirmó nuevamente este criterio, al establecer que el no levantamiento de una ficha afecta el derecho de acceder al trabajo.
- La sentencia TC/0153/13 declaró conforme a la Constitución la parte *in fine* del artículo 715¹⁴ del Código de Trabajo, por considerar que no resulta violatorio al principio de separación de poderes, ni a la regla de la incompatibilidad de la función judicial con otros cargos públicos; luego de analizar la validez del fiscalizador laboral como funcionario que presta su servicio dentro del Ministerio de Trabajo, para las infracciones penales-laborales.
- La sentencia TC/0155/13 declaró conforme a la Constitución el artículo 539 del Código de Trabajo (ley núm. 16-92), por no resultar violatoria a la facultad constitucional de las cortes de apelación para conocer de los recursos de apelación. Esta decisión confirma el criterio adoptado por el TC en su decisión TC/0059/12.
- Mediante la sentencia TC/0190/13¹⁵ el TC declaró no conforme con la Constitución los artículos 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o. de la ley núm. 374-98, que creó el Fondo Nacional de Pensiones y Jubilaciones de los Trabajadores Metalmeccánicos, de la Industria Metalúrgica y Minera, por violar los principios de igualdad, legalidad, justicia y equidad tributaria, dispuestos en los artículos 18, 62.4 y 243 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, “al establecer un régimen de doble cotización a cargo de los empleadores y trabajadores del sector metalmeccánico, metalúrgico y minero”.
- El TC, a través de su sentencia TC/0203/13, del 13 de noviembre de 2013, estableció que: “que el derecho a la seguridad social, en particular de las personas envejecientes y que sufren de alguna discapacidad, se en-

¹⁴ La parte *in fine* del artículo 715 establece que: “(...) En el Distrito Nacional y en el Distrito Judicial de Santiago, el ministerio público será ejercido por un abogado al servicio de la Secretaría de Estado de Trabajo”.

¹⁵ En tal sentido, ordenó a las entidades de intermediación financiera que operen en el territorio nacional la congelación de los bienes financieros y económicos pertenecientes al Fondo Nacional de Pensiones y Jubilaciones de los Trabajadores Metalmeccánicos, hasta que los mismos sean intervenidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social, la Superintendencia de Pensiones y la Tesorería de la Seguridad Social.

cuentra revestido de la fuerza que aporta el texto supremo, que lo hace de cumplimiento obligatorio, máxime porque el derecho a la seguridad social responde también al principio de progresividad consagrado en el artículo 81 de la Constitución”.

- Sentencia TC/0229/13, relativa al control preventivo de constitucionalidad del “Convenio de Seguridad Social suscrito entre los Gobiernos de la República Dominicana y la República del Ecuador”.¹⁶ Con esta decisión el TC ejerció el control preventivo de constitucionalidad, declarándolo conforme a la Constitución y centrandó su atención a “*examinar los siguientes aspectos de la convención: i) ámbito de aplicación del Convenio, ii) personal diplomático, iii) trabajadores a bordo de una nave o aeronave; iv) protección de información, y v) solución de controversias. El Convenio establece en cuanto a la legislación aplicable, que el trabajador estará sometido a la legislación de la seguridad social de cada parte contratante, independientemente del Estado en el que, este resida o del Estado en que el empleador tenga su sede*”.

VII. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL DURANTE EL 2014

Respecto al año 2014, la cantidad de sentencias referentes a la materia laboral disminuyó cuantitativamente, llegando a un total de 31 decisiones. En ese mismo sentido, la tasa con relación a la cantidad total de decisiones en ese año también disminuyó.

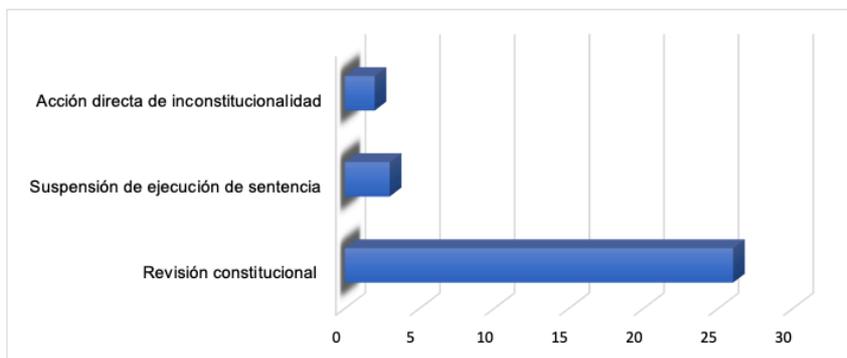
Por otra parte, al tercer año de su actividad jurisdiccional —2014—, el 70.96% de los conflictos dirimidos por el TC provinieron de relaciones laborales de carácter público. En el gráfico 4 se muestra la jurisprudencia constitucional en materia laboral durante 2014, clasificada según el modo en que el TC ejerció el control de constitucionalidad.

En el gráfico 4 se puede apreciar claramente el aumento cuantitativo de las revisiones constitucionales de las decisiones jurisdiccionales de carácter laboral, de esta manera se confirma la tendencia creciente del uso de esta forma de ejercicio de control de constitucionalidad, a la par de la solicitud

¹⁶ En fecha 22 de abril de 2013, el TC ejerció el control preventivo de constitucionalidad, declarando conforme a la Constitución dicho convenio.

de suspensión de ejecución de sentencias y las acciones directas de inconstitucionalidad.

GRÁFICO 4. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL 2014



FUENTE: Elaboración propia

Las sentencias más destacadas en materia laboral durante el año 2014 fueron las siguientes:

- La sentencia TC/308/14, referente a una acción directa de inconstitucionalidad contra la ley sobre el pasivo laboral, núm. 187-07, de fecha 6 de agosto de 2007. El TC rechazó esta acción en virtud de que la Suprema Corte de Justicia la había declarado de conformidad con la Constitución, específicamente en aplicación del artículo 277¹⁷ de la carta magna.
- Con la sentencia TC/165/14, el TC estableció que a pesar de que al trabajador no se le retribuyera el pago de sus salarios, ni tampoco se le reconociera el derecho a recibir el pago de vacaciones y su salario

¹⁷ El artículo 277 de la Constitución dispone que: “Todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en ejercicio del control directo de la constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinadas por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia”.

de Navidad, no puede constituir una justificación para sustraerse del procedimiento establecido, o sea, el Código de Trabajo, el cual ofrece a todo trabajador los más elevados niveles de seguridad y protección jurídica.

- Mediante la sentencia TC/151/14, reiteró el criterio establecido en sus sentencias TC/0058/12 y TC/0273/13, estableciendo que la figura de la suspensión de las decisiones recurridas no puede convertirse en una herramienta para impedir que los procesos judiciales lleguen a su conclusión, por lo que es necesario que se demuestre fehacientemente la posibilidad de que ocurra un daño realmente irreparable, con la finalidad de evitar que esa jurisdicción constitucional especializada sea convertida en un nuevo grado de jurisdicción para ventilar asuntos que no reúnen méritos suficientes para serlo.
- A través de la sentencia TC/375/14, dispuso que, aun cuando el artículo 256 de la Constitución prohíbe el reintegro de los miembros de las fuerzas armadas luego de ser cancelados, ciertamente el mencionado texto constitucional no es aplicable cuando la cancelación adolece de irregularidad, es arbitraria y violenta derechos fundamentales tales como el derecho al trabajo y al honor.

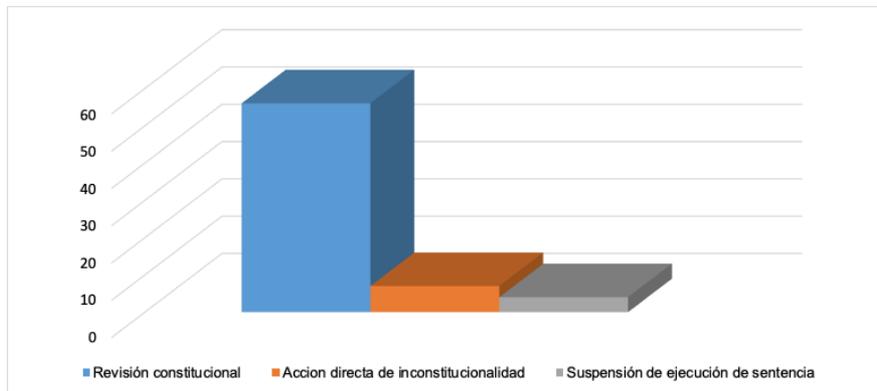
VIII. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TC EN MATERIA LABORAL DURANTE EL 2015

En 2015 se emitieron 67 sentencias constitucionales relacionadas con la protección del derecho fundamental al trabajo. El 56.71% de estas decisiones derivaron de relaciones laborales de carácter público. En cuanto al resto —el 43.28%—, tuvieron su origen en conflictos laborales de carácter privado.

En el gráfico 5 aparece la jurisprudencia constitucional en materia laboral durante 2015, catalogada según la forma en que el TC ejerció el control de constitucionalidad.

Asimismo, tal como se aprecia en el gráfico 5, la cantidad de sentencias aumentaron cuantitativamente en 2015, prevaleciendo la revisión constitucional como modo más utilizado para el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los ciudadanos.

GRÁFICO 5. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
EN MATERIA LABORAL 2015



FUENTE: Elaboración propia.

De las decisiones constitucionales en materia laboral de 2015, cabe resaltar las siguientes:

- Con la sentencia TC/0435/15, el TC declaró conforme con la Constitución los párrafos II y III del artículo 31 de la Ley núm. 87-01, que establecen que las administradoras de riesgos de salud tendrán a su cargo a todos los trabajadores del sector privado, formal o informal, no subsidiados que las seleccionen, al considerar que estas dos disposiciones no violan los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 39.1) y la libertad de empresa (artículo 50.1), al excluir a los trabajadores del sector público de dicha selección, ya que la misma ley sustantiva permite el establecimiento de monopolios en provecho del Estado.
- Mediante la sentencia interpretativa-exhortativa TC/489/15, el TC declaró no conforme a la Constitución el artículo 5o., párrafo II, acápites c), de la Ley núm. 491-08, que modifica los artículos 5o., 12, y 20 de la Ley núm. 3726, sobre Procedimiento de Casación,¹⁸ al considerar que “la cuantía mínima, mejor conocida en doctrina como *summa cassatio-*

¹⁸ El acápites c), párrafo II, del artículo 5o. de la Ley núm. 491-08 establece que: “las sentencias que contengan condenaciones que no excedan la cuantía de doscientos (200) salarios mínimos del más alto establecido para el sector privado, veinte al momento en que se inter-

nis, es de configuración legislativa, tal cosa también ha de permitir la optimización del recurso de casación, de tal suerte que no todos los casos lleguen a la Suprema Corte de Justicia, pero sí se precisa crear un sistema más equilibrado que permita que, con independencia de que exista un límite general que restrinja por su cuantía los asuntos que acceden a la Suprema Corte, se abra una vía alternativa con base en el interés casacional que autorice a dicho órgano judicial a conocer aquellos asuntos que por su trascendencia jurídica o por la ausencia de jurisprudencia constituyan una ocasión adecuada para la fijación de una concreta doctrina”.

- La sentencia TC/0563/15 determinó que la disposición contenida en el artículo 44.1 del Código de Trabajo, para que sea conforme a la Constitución en su artículo 42.3, debe interpretarse en función de las excepciones al principio de la voluntariedad de los reconocimientos médicos, cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

IX. EFECTO TRANSFORMADOR DE LAS RELACIONES LABORALES Y REFORMA LABORAL

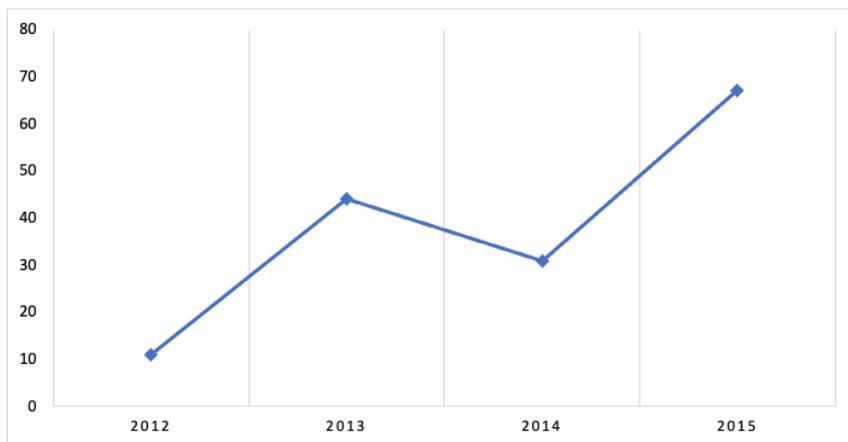
Las decisiones del TC dominicano han propiciado en cierta medida la reconstrucción de la legislación laboral en República Dominicana, a través del carácter vinculante de las sentencias del TC. Cada vez que se establece un precedente en uno de los aspectos relacionados con el derecho fundamental al trabajo, debe ser observado tanto por los legisladores, aplicadores y destinatarios de estas normas.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional en materia laboral ha contribuido también al reconocimiento de prerrogativas laborales en beneficio de personas que originalmente no tenían una relación laboral directa, entre los clásicos sujetos del derecho del trabajo. Lo que ha favorecido a tomar en cuenta aspectos nuevos en las relaciones laborales clásicas.

ponga el recurso. Si no se ha fijado en la demanda el monto de ésta, pero existen elementos suficientes para determinarlo, se admitirá el recurso si excediese el monto antes señalado”.

En el gráfico 6, se muestra la evolución de sentencias emanadas del TC relacionadas con el aspecto laboral durante el periodo 2012-2015.

GRÁFICO 6. SENTENCIAS CONSTITUCIONALES
EN MATERIA LABORAL
(2012-2015)



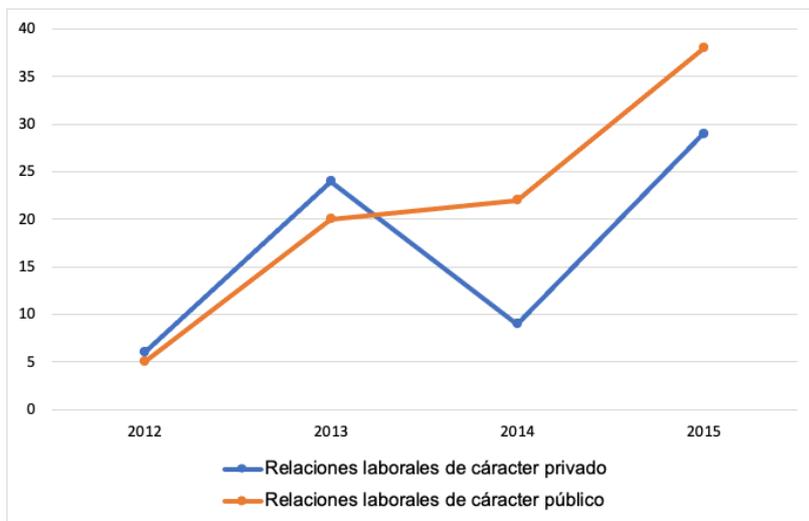
FUENTE: Elaboración propia.

El comportamiento de la actividad jurisdiccional muestra un ligero aumento en la tasa inicial de la jurisprudencia constitucional en materia laboral del TC, durante el periodo del análisis, pasando de un 10.57% en 2012 a un 10.7% en 2015. A la vez que se observa un patrón bianual en las decisiones emanadas del TC; esto es en los periodos 2012-2013 y 2014-2015.

En esa misma línea, este patrón de comportamiento en las sentencias dictadas por el TC en la garantía de los derechos laborales, contribuye a confirmar la capacidad que tienen las relaciones laborales para incidir en la actividad jurisdiccional del TC.

En el gráfico 7 se presenta el comportamiento de las relaciones laborales que formaron parte de la actividad jurisprudencial constitucional en materia laboral. Asimismo, muestra un aumento creciente de la protección constitucional del derecho fundamental al trabajo de los trabajadores públicos, por el TC. Asimismo, se vislumbra la disminución de los reclamos de empleados privados, aunque en este último caso se mantiene un comportamiento síncrono bianual de la jurisprudencia constitucional laboral, que aparece en el gráfico 6.

GRÁFICO 7. RELACIONES LABORALES Y ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL (2012-2015)



FUENTE: Elaboración propia.

La actividad de la jurisdicción laboral ha contribuido a la fluctuación de la cantidad de decisiones emanadas. En ese orden, esto se debe al marco jurídico que regula los aspectos laborales de los empleados públicos, la estructura de la jurisdicción contenciosa administrativa y la resolución de conflictos en sede administrativa; que explican el aumento del reclamo de los servidores públicos.

En otro orden, si se toma en cuenta el desarrollo de la tasa de desocupación elaborada por el Banco Central de República Dominicana durante el periodo de estudio 2012-2015, notaremos también que la actividad jurisdiccional en cuanto al derecho fundamental al trabajo a través de los indicadores elaborados se constituye en un indicador de los fenómenos sociojurídicos que se suscitan en el Estado dominicano.

En tal sentido, según el Banco Central de República Dominicana la tasa de desocupación ampliada¹⁹ para el año 2012 fue de un 14.7%. En 2013, dicha tasa aumentó a un 15%, momento en que la cantidad de sentencias consti-

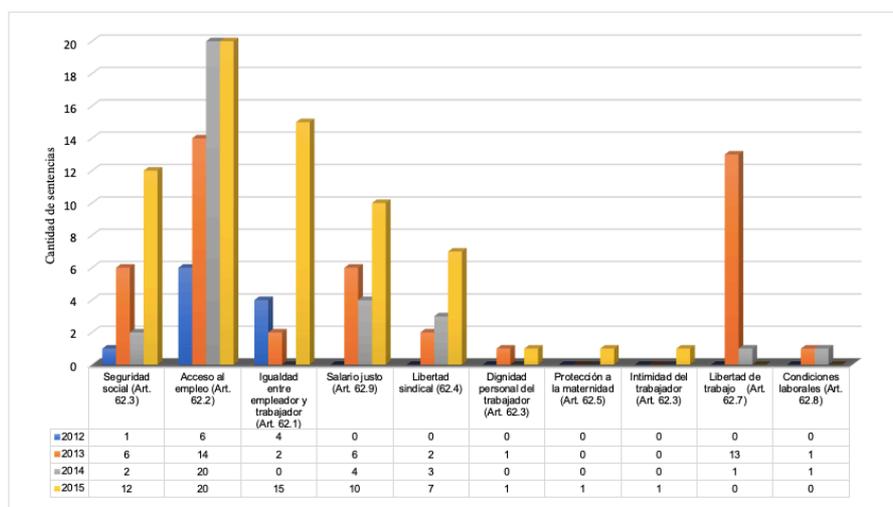
¹⁹ La tasa de desocupación ampliada se refiere al porcentaje de la población desempleada respecto a la población económicamente activa.

tucionales en materia laboral aumentaron, contribuyendo indirectamente al descenso de la cantidad de decisiones en el año 2014, cuando la tasa de desocupación igualmente disminuyó a un 14.5%.

Ahora bien, dicha disminución de un porcentaje respecto al 2014, acompañado de una tasa de desocupación de 14% en 2015, incidieron en el aumento cuantitativo de las decisiones dictadas por el TC en el último periodo de estudio.

Con la finalidad de analizar cualitativamente el impacto de estas sentencias, en el gráfico 8, se muestra en detalle los contenidos específicos del derecho fundamental al trabajo que estuvieron presente es como la base fundamental de las decisiones constitucionales durante el periodo 2012-2015.

GRÁFICO 8. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL (2012-2015)



FUENTE: Elaboración propia.

El acceso al empleo, durante todo el periodo de análisis, prevaleció como el contenido específico de carácter fundamental laboral, más demandado ante el TC, seguido de la seguridad social (artículo 62.3 de la Constitución), la igualdad entre los empleadores y los trabajadores (artículo 62.1 de la Constitución), el salario justo (artículo 62.9) y la libertad sindical (62.4).

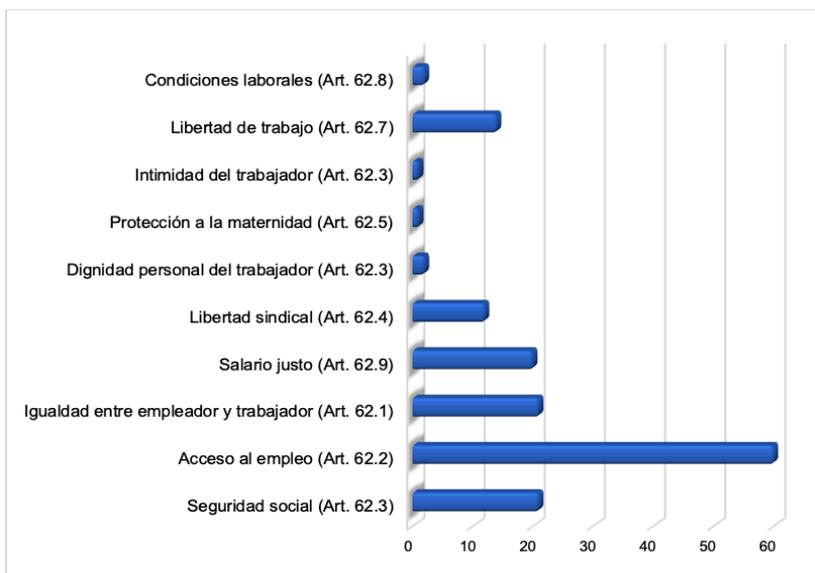
Lo anterior es interesante, en virtud de que los reclamos de acceso al empleo se corresponden con los servidores públicos (jueces, funcionarios, alcaldes,

defensores públicos, militares, entre otros), que una vez desvinculados de sus puestos de trabajo, reclaman ante la jurisdicción constitucional la protección de su derecho fundamental al trabajo, procurando ser restituidos nuevamente.

En cuanto a la seguridad social, es congruente con el desarrollo del Sistema Dominicano de Seguridad Social en el país, ya que cada vez más los ciudadanos requieren se les reconozca el derecho a una pensión justa, así como otras formas de protección social para ellos y sus familiares. Esto guarda estrecha relación con las acciones directas de inconstitucionalidad a las normas que conforman el marco jurídico de la seguridad social en República Dominicana.

En el gráfico 9, se aprecia de una forma más resumida lo presentado en el gráfico 8, los derechos específicos de carácter laboral reclamados ante el TC.

GRÁFICO 9. DERECHOS ESPECÍFICOS DE CÁRACTER LABORAL RECLAMADOS ANTE EL TC (2012-2015)



FUENTE: Elaboración propia.

En torno a la igualdad entre los empleadores y trabajadores, ésta tiene una gran demanda ante la jurisdicción constitucional, mayormente por los

empleadores, quienes consideran que tanto los órganos jurisdiccionales y el marco jurídico laboral se inclinan a beneficiar al trabajador.

El reclamo del salario justo guarda relación con las demandas que persiguen el pago de las prestaciones laborales y derechos adquiridos, luego de terminada la relación laboral o en reparo de indemnizaciones. La libertad de trabajo se presenta en la forma de acciones que pretenden modificar las normas laborales. Por último, la libertad sindical, a través de los sujetos del derecho colectivo de trabajo (sindicatos), ha encontrado una nueva plataforma para obtener la protección de tan importante prerrogativa laboral.

X. REFLEXIONES FINALES

En el análisis exhaustivo, sistemático e integral de las interpretaciones constitucionales del derecho humano y fundamental al trabajo, durante el primer cuatrienio de actividad jurisdiccional del TC dominicano, se observa un desarrollo vertiginoso de la jurisprudencia constitucional en materia laboral en República Dominicana, que no constituye un fenómeno aislado respecto a lo que sucede en el contexto regional. Esto constituye un fenómeno que responde a una nueva corriente del constitucionalismo social, a través de la garantía de los derechos fundamentales de carácter laboral en la administración de justicia constitucional.

Los precedentes vinculantes de los tribunales y cortes constitucionales impactan positivamente la evolución de las normas jurídicas en material laboral, siempre en consonancia con el derecho humano y fundamental al trabajo consignado en la carta sustantiva. Al observar el incremento de las revisiones constitucionales de las decisiones jurisdiccionales en materia laboral, se percibe el empoderamiento de los ciudadanos —trabajadores— de un Estado.

En ese mismo orden, se advierte el valor axiológico y respeto de los principios constitucionales en la interpretación constitucional de las normas del ordenamiento laboral, en reparo y contraste con las tendencias liberales de flexibilización laboral que han seguido algunos países de América Latina, cuyos resultados no han sido tan favorables como se pronosticara.

De la mano con lo anterior, y en la opinión de varios doctrinarios, se ha originado la transición hacia una nueva etapa del constitucionalismo social —neoconstitucionalidad o neoconstitucionalismo— del derecho fundamental al trabajo en América Latina, impulsado por la jurisprudencia vinculante

de los tribunales y cortes constitucionales. Esto es producto del carácter de los principios y valores contenidos en la carta sustantiva aplicables a las relaciones jurídicas en materia laboral.

Al hilo de estas consideraciones, resulta menester repensar el alcance y las garantías constitucionales al derecho humano y fundamental al trabajo, por el poder que tiene como efecto constitucionalizador en el ordenamiento laboral, más aún ante las discusiones de reformas a los *corpus iuris* laboral a nivel regional; y en el caso dominicano, desde el 2013, sin resultados palpables, pero sí latentes como demuestra este artículo.

La configuración actual del control de constitucionalidad con la participación del TC ha contribuido a asentar el constitucionalismo social en el Estado constitucional dominicano, específicamente tomando un rol más activo que la configuración previa —antes de la instauración y puesta en funcionamiento de una jurisdicción constitucional especializada—.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, M., y FERRER, E., *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014.
- CARBUCCIA, M., *Jurisprudencia constitucional en materia laboral de la Suprema Corte de Justicia, sentencias y comentarios*, Santo Domingo, Poder Judicial, 2015.
- CARMONA, E., *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- CENTRO de Estudios Constitucionales del TC de Perú, *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Perú, Palestra Editores, 2006.
- CONSTITUCIÓN de la República Dominicana, *Gaceta Oficial*, núm. 10561, 26 de enero de 2010.
- DECRETO núm. 286-13, *Gaceta Oficial*, núm. 10733, 2 de octubre de 2013.
- FINJUS, *Constitución comentada por los jueces del Poder Judicial*, 3a. ed., Santo Domingo, 2012.
- FIX-ZAMUDIO, H., *et al.*, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. V: *La Constitución mexicana, 70 años después*, México, UNAM, 1988.
- GARGARELLA, R., “*El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la Constitución (1980-2010)*”, *Gaceta Constitucional*, Argentina, núm. 48.
- GONZÁLEZ, P. y ARNALDO, E., *Comentarios a la Constitución dominicana*, Madrid, La Ley, 2012, 2 t.

- HOSTOS, E., *Lecciones de derecho constitucional*, Santo Domingo, Raymundo Amaro Guzmán, 1982.
- JORGE, E., *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2003, vol. I.
- JORGE, E., *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2012, vol II.
- KURCZYN, P. *et al.*, *Relaciones laborales en el siglo XXI*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- LEY núm. 137-11, *Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, 13 de junio de 2011, *Gaceta Oficial* núm. 10622.
- MENDIETA y NÚÑEZ, L., *Derecho Social*, México, Porrúa, 1967.
- NOGUERA, A., y NAVAS, M., *Los nuevos derechos de participación en Ecuador ¿derechos constituyentes o derechos constitucionales?*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2016.
- PETTIT, L., *El Estado social: los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2015.
- QUIROGA, H., *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- RAY, M., *Opinión Constitucional*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2014.
- ROLLA, G., *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.
- SÁNCHEZ, R., *La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)*. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 27, 2012, disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php>, consultado el 15 de julio de 2018.
- SUPREMA Corte de Justicia, *12 años de justicia constitucional en la República Dominicana*, Santo Domingo, 2010.
- SUPREMA Corte de Justicia, *Los jueces de la Suprema Corte de Justicia comentando los derechos individuales y sociales*, Santo Domingo, 2007.
- ZAGREBELSKY, G., “Constitucionalismo”, *Revista Derechos y Libertades*, vol. II, núm. 29, 2013.

COMENTARIOS



**COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA 2A./J. 40/2018.
DE LA INNECESARIA OBTENCIÓN DE TÍTULO
PROFESIONAL PARA SER DESIGNADO
ASESOR EN JUICIOS AGRARIOS***

COMMENTS TO JURISPRUDENCE 2A./J. 40/2018.
OF THE UNNECESSARY ATTAINMENT
OF A PROFESSIONAL DEGREE TO BE APPOINTED
ADVISOR IN AGRICULTURAL TRIALS

COMMENTAIRES SUR LA JURISPRUDENCE 2A./J. 40/2018.
DU NON NECESSAIRE OBTENIR UN TITRE
PROFESSIONNEL POUR ETRE NOMME
CONSEILLER EN ESSAIS AGRICOLES

Edwin LÓPEZ HERNÁNDEZ**

RESUMEN: El 11 de mayo de 2018 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, la tesis jurisprudencial 2a./J. 40/2018.¹ Dicha tesis confirma que para ser designado asesor de las partes dentro de un juicio agrario, es innecesario contar con título profesional que lo acredite como licenciado en derecho. Del texto de la jurisprudencia citada se advierte que, una de las partes puede nombrar su asesor a un abogado titulado, mientras que la contraparte incluso puede designar como su asesor a un estudiante o un pasante de la Licenciatura en Derecho, sin que ello implique una violación a las formalidades del procedimiento agrario. Consecuentemente, dicho criterio permite se continúe en todas sus etapas el juicio agrario, al considerar que existe igualdad procesal.

* Recibido el 13 de febrero de 2021 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

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

¹ Dicho criterio jurisprudencial corresponde a la ejecutoria pronunciada dentro del expediente relativo a la contradicción de tesis 326/2017



A raíz de lo anterior, se considera necesario abordar el estudio de los razonamientos expuestos y la conclusión a la que llegó el más alto tribunal del país, analizándolos a la luz del principio de defensa técnica y adecuada.

Palabras clave: jurisprudencia, asesor, igualdad procesal, proceso agrario, abogado.

ABSTRACT: On May 11, 2018, the jurisprudential thesis 2a./J was published in the Federal Judicial Weekly. 40/2018. This thesis confirms that to be appointed advisor to the parties within an agrarian trial, it is unnecessary to have a professional title that accredits him as a Law Graduate. From the text of the aforementioned jurisprudence, it is noted that one of the parties can appoint a qualified Lawyer as its advisor, while the other party can even appoint a student or an intern of the Law Degree as its advisor without implying a violation of the formalities of the agrarian procedure. Consequently, said criterion allows the agrarian trial to continue in all its stages, considering that there is procedural equality.

As a result of the foregoing, it is considered necessary to study the reasoning presented and the conclusion reached by the highest court in the country, analyzing them in light of the principle of technical and adequate defense.

Keywords: jurisprudence, advisor, procedural equality, agrarian process, Lawyer.

RÉSUMÉ: Le 11 mai 2018, la thèse jurisprudentielle 2a./J a été publiée dans l'Hebdomadaire Fédéral Judiciaire. 40/2018. Cette thèse confirme que pour être nommé conseiller des parties dans le cadre d'un procès agraire, il n'est pas nécessaire d'avoir un titre professionnel qui l'accrédite en tant que diplômé en droit. D'après le texte de la jurisprudence citée, il est à noter que l'une des parties peut nommer un avocat qualifié comme son conseiller, tandis que l'autre partie peut même désigner un étudiant ou un stagiaire du diplôme en droit comme son conseiller sans impliquer une violation de la formalité de la procédure agraire. Par conséquent, ledit critère permet au procès agraire de se poursuivre dans toutes ses étapes, considérant qu'il y a égalité procédurale.

En raison de ce qui précède, il est jugé nécessaire d'étudier le raisonnement présenté et la conclusion de la plus haute juridiction du pays, en les analysant à la lumière du principe de la défense technique et adéquate.

Mots-clés: jurisprudence, conseiller, égalité procédurale, processus agraire, avocat.

SUMARIO: I. *Antecedentes de la jurisprudencia 2a./J. 40/2018*. II. *Resolución de la jurisprudencia*. III. *Derecho de defensa técnica y adecuada* IV. *Principio de igualdad procesal*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Fuentes de consulta*.

I. ANTECEDENTES DE LA JURISPRUDENCIA 2A./J. 40/2018

1. *Criterios sustentantes*

El criterio jurisprudencial indicado surge de una contradicción de tesis entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, ahora Tribunal Colegiado en Materias de Trabajo y Administrativa de dicho circuito, contra el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito.

La primera tesis indicada señala:

...pues es evidente que el asesor designado, en principio, a diferencia de lo manifestado por los propios quejosos en la audiencia de siete de marzo de dos mil cinco ya referida, no es abogado, pues de ordinario por tal se entiende al licenciado en derecho, calidad que el plurinombrado no tiene, debiendo destacarse que si bien el numeral 179, no exige de manera expresa que el asesor designado sea licenciado en derecho, siendo la asesoría jurídica, según la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, Porrúa, México 2004, t. A-B, p. 390, «el patrocinio que proporcionan los abogados, tanto privados como los que prestan servicio en el sector público, a las personas que requieren de sus conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y procesales»; resulta inconcuso que el asesor debe entenderse como individuo presumiblemente “capaz”, desde los puntos de vista jurídico y gramatical, porque la Constitución quiere que el nombrado por las partes en el procedimiento agrario merezca confianza buscando el beneficio del asesorado.

Respecto a la segunda tesis, toralmente concluye:

...es resaltable que aun considerándose que dicha constancia sólo posiciona como un estudiante de la licenciatura en derecho, a la referida persona que en el juicio agrario fungió como asesor jurídico de las quejosas, ello no puede ser óbice para desvirtuar el ya precisado planteamiento de impugnación

del primer concepto de violación, toda vez que, como se ha visto, la debida intelección del artículo 179 de la Ley Agraria, en adminiculación con los numerales 17 y 27, fracción XIX, constitucionales, conlleva a concluir que es suficiente para satisfacer la asesoría jurídica que busca garantizar el primer dispositivo, la participación de dicho estudiante de derecho, sin que se requiera para ello la necesaria intervención de abogado titulado y con cédula profesional, ya que no lo exige así expresamente el normativo de mérito.

2. Pronunciamiento de la Segunda Sala en torno a la existencia o no de contradicción de criterios

El órgano colegiado determinó como incuestionable la existencia de criterios contrarios, señalando como objeto de resolución si en términos del artículo 179 de la Ley Agraria, se actualizaba o no la violación a las formalidades del procedimiento, cuando una de las partes sea representada por un abogado titulado y la otra por un estudiante o pasante de la Licenciatura en Derecho.

II. RESOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Dentro del análisis realizado, se consideró necesario señalar que el artículo 179 de la Ley Agraria se encuentra integrado por dos partes. La primera de ellas, “Será optativo para las partes acudir asesoradas”, porción normativa de la cual dedujeron que es derecho de los contendientes decidir si acuden con asesor o no al proceso agrario, sin que implique consecuencia negativa a las partes el hecho de acudir sin asesoría ante el Tribunal Agrario.

Por lo que hace a la segunda parte del precepto legal referido, se integra del resto del texto que a la letra reza: “En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, con suspensión del procedimiento, se solicitarán de inmediato los servicios de un defensor de la Procuraduría Agraria, el cual, para enterarse del asunto, gozará de cinco días, contados a partir de la fecha en que se apersona al procedimiento”.

Hipótesis que a su juicio se actualiza cuando las partes no son coincidentes en el ejercicio de la facultad por acudir asesoradas. Es decir, cuando una de las partes opta por acudir asesorada y la otra sin asesoría es cuando se activa el mecanismo de la suspensión del procedimiento para salvaguardar la equidad procesal. Por lo cual resulta, aplicable la tesis de jurisprudencia 2a./J. 41/2006, de esa misma Segunda Sala, “PROCEDIMIENTO AGRARIO. DEBE

SUSPENDERSE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 179 DE LA LEY AGRARIA, CUANDO AL CELEBRARSE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGATOS, UNA DE LAS PARTES SE ENCUENTRA ASESORADA Y LA OTRA NO”.

Posteriormente, analizaron que el artículo en estudio y la Ley Agraria no establecen como requisito necesario que el asesor designado por las partes deba ser un profesional titulado en derecho. Además, la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México, señala expresamente que en asuntos agrarios quedan exceptuados de necesitar título profesional para ejercer como asesores.

Bajo ese orden de ideas, y en el caso concreto, se consideró que al regirse la representación jurídica por las disposiciones agrarias no es necesario que las autoridades exijan título profesional a quienes acudan en calidad de asesores de los interesados. Considerando que si en un juicio agrario una de las partes, en uso de la libertad que se le otorga por el numeral previamente indicado, designa como asesor a un estudiante o pasante de la Licenciatura en Derecho, y su contraparte nombra a un abogado titulado como su asesor, no es necesario que se le designe al primero un defensor por parte de la Procuraduría Agraria, pues se vulneraría su libertad de elegir por quién desea ser asesorado, ya que se privilegia el vínculo de confianza que puede existir entre el interesado y su asesor, aunque este último no se encuentre titulado, lo que no sucede con un abogado desconocido, aunque cuente con cédula profesional.

Los ministros consideraron que el requisito previsto en el número 179 de la Ley Agraria implica que ambas partes acudan asesoradas, independientemente si una de ellas es por un abogado y la otra por una persona que no cuente con título profesional. También se realizó un pronunciamiento, el cual señala que cuando el sujeto acude a asesorarse por una persona no titulada necesariamente queda en estado de indefensión significa prejuzgar la capacidad de las personas para desarrollarse en ciertas áreas, a partir de que cuente o no con título profesional; estableciendo necesariamente que incluso pudiera llegar al extremo de cerciorarse si los asesores dominan o no la materia agraria, con independencia de si son profesionistas.

Derivado de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la segunda sala concluyó que, el artículo 179 de la Ley Agraria establece la facultad de las partes para acudir asesoradas al procedimiento agrario, siendo posible que una de las partes lo ejerza nombrando su asesor a un abogado titulado, y su contraparte designe a un estudiante o pasante en derecho. Lo anterior atendiendo a que no es un requisito legal contar con la autorización para ejercer la Licenciatura en Derecho que da un título profesional.

III. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA Y ADECUADA

El derecho de defensa se relaciona al debido proceso y tutela judicial efectiva. Además de considerarse un derecho humano, es un derecho fundamental. En este contexto, el derecho a recibir asesoría jurídica es parte del debido proceso y requisito esencial de validez de éste.

Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción.²

Al respecto, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que, “todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia, y toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente [...] para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

La defensa material se entiende en dos acepciones: la primera, como el hecho de que el sujeto o contendiente directamente decida defenderse él mismo; y la segunda, aquella defensa que se ve materializada en el proceso, es decir, coloquialmente se determina cuando se realiza una defensa activa, cuando ofrece elementos o medios probatorios, etcétera. Respecto a la defensa técnica, se puede considerar que cuando el sujeto tiene a cargo de su defensa a un licenciado en derecho. Mientras que la defensa técnica y adecuada sucede cuando se realiza por un especialista, es decir, va íntimamente relacionada al conocimiento de la materia en concreto, y directamente constreñida al actuar del licenciado en derecho en beneficio de la persona.

Lo anterior, atendiendo a que,

...de acuerdo con la Corte, el derecho de defensa no se agota con la sola presencia de un abogado en las actuaciones policiales o judiciales, sino que se requiere que sea eficaz, es decir que desarrolle sus funciones no sólo formalmente, sino que lleve efectivamente la defensa encargada; ello sólo será posible si la persona detenida cuenta con el tiempo y lugar adecuado para entrevistarse con su patrocinado, sin demora, sin interferencias, sin censura y en forma plenamente confidencial. Respecto a éste tema, García Ramírez ha

² Cruz Barney, Oscar, “Defensa a la defensa y abogacía de México, el derecho de defensa”, México, 2015, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/7.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.

dicho que la defensa del justiciable se refiere a la función misma de defensa y también al ejercicio de esta a través de distintos medios, destacando la presencia y actuación del defensor, que contribuye a integrar la “personalidad procesal” del justiciable.³

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

Primeramente, se le concebía como “una equiparación de carácter formal de los contendientes... sin tomar en cuenta la situación real y las desigualdades económicas y culturales de los justiciables”.⁴ Sin embargo, con el paso del tiempo surgieron garantías constitucionales que permitieron se avanzara en la búsqueda de una igualdad real de las partes. Posteriormente se entendió que la igualdad procesal consistía “en dar un trato equilibrado entre las partes sin prácticas discriminatorias en ejercicio de los derechos procesales”.⁵

Actualmente puede considerarse que este principio y derecho, aplicado como igualdad procesal, no parece permitir ninguna posible distinción, aun cuando, como principio general, sean permitidas ciertas distinciones para sectores de la población que por determinadas circunstancias se encuentran en situación de discriminación (conforme a la máxima “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”).⁶

Resulta indispensable el respeto de tal derecho humano-procesal, careciendo de sustento lógico-jurídico que un proceso jurisdiccional pueda tramitar y continuarse sin la existencia y respeto al principio de igualdad procesal. Lo anterior, toda vez “que el mismo alude a que el proceso debe ser equitativo, lo que conlleva un equilibrio entre las partes, por lo que a cada una debe tener

³ Salazar, Alonso y Montero, Diana, “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>, consultado el 22 de enero de 2021.

⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal, como institución de seguridad social”, p. 67; disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2124/5.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.

⁵ Morfín Corona, Jaime Rafael, “Evolución de las autoridades agrarias y de los principios procesales que rigen los juicios agrarios”, *Revista de la Procuraduría Agraria estudio agrarios*, México, núm. 33, septiembre-octubre de 2006; disponible en http://www.pa.gob.mx/publica/rev_33/morfín.pdf, consultado el 11 de febrero de 2021.

⁶ Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la convención americana sobre los derechos humanos”, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.

la posibilidad de presentar su causa en condiciones que no la coloquen en una situación de franca desventaja en relación con su contraria”.⁷

V. CONSIDERACIONES FINALES

En cierta medida es entendible y justificable la postura adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que considera innecesario contar con título profesional que autorice el ejercicio de la Licenciatura en Derecho para ser nombrado asesor de una o ambas partes.

Si bien es cierto que en algunas ocasiones la legislación nacional permite que la defensa la realice directamente el contendiente, y que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, también resulta cierto que nadie está obligado a lo imposible. Tampoco se puede obligar a que todos conozcan a ciencia cierta el concepto y significado de los términos jurídicos, del proceso jurisdiccional, mismo que evidentemente es complejo, y sólo los peritos en la materia, siendo estos licenciados en derecho, son quienes se encuentran en aptitudes de entender y conocer a la perfección cuestiones inherentes al ejercicio de su profesión. Sin demeritar las capacidades del resto de las personas que no cuentan con una cédula profesional que los autoriza para ejercer tal licenciatura, pero por regla general éstas son ajenas a los tecnicismos, conocimientos, figuras, consecuencias y procesos jurídicos.

Consecuentemente, se considera que es el licenciado en derecho quien, en atención a su calidad y a la presumible pericia en derecho, resulta ser el idóneo para asegurar que no se vean violados los derechos fundamentales de su defendido o asesorado, ejerciendo las acciones legales y constitucionales que estime pertinentes, para garantizar su respeto ante violaciones o eventuales violaciones a sus derechos”.⁸

Debe recordarse que incluso la jurisprudencia en estudio permite que se designe como asesor jurídico en materia agraria a un estudiante de derecho. La Segunda Sala se limita a establecer que la igualdad procesal implica que

⁷ Conforme al proyecto de sentencia del amparo en revisión 225/2019, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-06/ADR-225-2019-190618.pdf, consultada el 11 de febrero de 2021.

⁸ Conforme al proyecto de sentencia del amparo en revisión 2354/2014, emitida por la Tercera Sala en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla; disponible en: <https://jurisprudencia.nlex.com.mx/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-799734537>, consultada el 11 de febrero de 2021.

las partes estén asesoradas en igualdad de condiciones. Si bien el numeral 179 de la Ley Agraria prevé que los contendientes pueden optar por acudir asesoradamente, al menos se debió entrar al análisis de si debe existir verdadera coincidencia en la elección. Es decir, si todas las partes optan por elegir como su asesor a un estudiante o a un abogado. Quizás en ese supuesto pueda considerarse respeto a la igualdad procesal. Esto en referencia “a la igualdad formal: la que establece la ley, tabla rasa, sin discriminación ni miramiento, que en su hora fue una inmensa conquista del ser humano”.⁹

A juicio de esta parte, tampoco es suficiente lo narrado en el párrafo anterior. Toda vez que la jurisprudencia permite la continuación de un juicio donde un abogado asesora a una parte mientras que la otra, es asesorada por un pasante o estudiante de derecho, y sin que acredite este último haber cursado la asignatura de derecho agrario. Aunque resulta necesario explicar que cada vez son menos las instituciones que imparten la asignatura de derecho agrario.

<i>Nombre de la Universidad</i>	<i>Contempla la asignatura de Derecho Agrario en el plan de estudios</i>	<i>Sitio de consulta</i>
Universidad Autónoma de Aguascalientes	No	https://dgdpuaa.mx/catalogo/ciencias_sociales_humanidades/lic_derecho.pdf
Universidad Autónoma de Baja California	Obligatoria	http://derecho.mxl.uabc.mx/derecho/mapa/
Universidad Autónoma de Baja California Sur	No	http://www.uabcs.mx/ofertas/carrera/11
Universidad Autónoma de Campeche	Optativa	https://fd.uacam.mx/view/paginas/2426
Universidad Autónoma de Chiapas	No	https://www.uv.unach.mx/edistancia/558
Universidad Autónoma de Chihuahua	Optativa	http://fd.uach.mx/alumnos/2011/06/13/mapa_curricular.pdf

⁹ García Ramírez, Sergio, “Temas de derecho”, *Principios del procedimiento agrario ordinario*, México, 2002; disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/756/41.pdf>, consultado en fecha 11 de febrero de 2021.

Universidad Autónoma de Coahuila	No	http://www.admisiones.uadec.mx/aspirantes2/wf_materias_p.aspx
Universidad de Colima	Obligatoria	https://www.ucol.mx/oferta-educativa/oferta-superior-licenciatura,132.htm
Universidad Nacional Autónoma de México	Obligatoria y optativa	http://oferta.unam.mx/planestudios/Derecho_plandeestudios-FDerecho19.pdf
Universidad Juárez del Estado de Durango	Obligatoria	https://www.ujed.mx/oferta-educativa/licenciado-en-derecho/plan-de-estudios
Universidad Autónoma del Estado de México	Obligatoria	http://dep.uaemex.mx/portal/oferta.php?doc=planes
Universidad de Guanajuato	No	https://www.ugto.mx/licenciaturas/por-orden-alfabetico-d/derecho
Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo	No	https://www.uaeh.edu.mx/campus/icshu/investigacion/aadj/oferta/lic_recho_2015.html
Universidad de Guadalajara	Obligatoria	http://guiadecarreras.udg.mx/licenciatura-en-derecho-o-abogado/
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo	Obligatoria	http://www.themis.umich.mx/derecho/index.php/academias-materias
Universidad Autónoma del Estado de Morelos	No	https://www.uaem.mx/admision-y-oferta/nivel-superior/licenciatura-en-derecho-virtual-mapa.pdf https://www.uaem.mx/admision-y-oferta/nivel-superior/licenciatura-en-derecho-etapas.pdf
Universidad Autónoma de Nayarit	Obligatoria	http://www.nan.edu.mx/d/a/oferta_educativa/planes_de_estudio/mapa_curricular_derecho.jpg
Universidad Autónoma de Nuevo León	Obligatoria	https://www.uanl.mx/wp-content/uploads/2018/08/OK-Derecho-y-Criminologia-Derecho-Malla-2-1.pdf
Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca	Obligatoria	http://www.derecho.uabjo.mx/licenciatura-en-derecho

Benemérita Universidad Autónoma de Puebla	Obligatoria	https://admission.buap.mx/sites/default/files/Planes%20de%20Estudio/2020/Sociales%20y%20Humanidades/Lic.%20en%20Derecho.pdf
Universidad Autónoma de Querétaro	No	https://www.uaq.mx/ofertaeducativa/prog-derecho/mapa-ld.pdf
Universidad de Quintana Roo	Obligatoria	http://www.uqroo.mx/planes-de-estudio/licenciaturas/chetumal/licenciatura-en-derecho/
Universidad Autónoma de San Luis Potosí	Obligatoria	http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Licenciatura/Licenciado%20en%20Derecho/Ret%3%adcula%20plan%202010-Dic%202014.pdf
Universidad Autónoma de Sinaloa	Obligatoria	http://carreras.uas.edu.mx/Derecho.html
Universidad de Sonora	Seminario	http://www.ofertaeducativa.uson.mx/wp-content/uploads/2019/02/MC-LD.pdf
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco	Obligatoria	http://www.archivos.ujat.mx/2019/div-dacsyb/lic-derecho/mapa-curricular.pdf
Universidad Autónoma de Tamaulipas	Obligatoria	https://www.uat.edu.mx/SACD/DDC/Documentos%20Curriculares/LICENCIADO%20EN%20DERECHO.pdf
Universidad Autónoma de Tlaxcala	Optativa	https://uatx.mx/oferta/licenciaturas/derecho
Universidad Veracruzana	No	https://www.uv.mx/oferta-educativa/mapa-curricular/?programa=DERE-08-E-CR
Universidad Autónoma de Yucatán	No	https://www.derecho.uady.mx/mefi.php
Universidad Autónoma de Zacatecas	Página en servicio	Página en servicio

FUENTE: Elaboración propia.

Aunado a lo antes dicho, debe tomarse en cuenta

...que la sociedad se caracteriza por las desigualdades sociales y económicas, el derecho procesal agrario, y con él todo el proceso social, se realiza tomando como punto de partida la desigualdad social para alcanzar como meta la igualdad material o jurídica de las partes, mediante la realización de la justicia distributiva.¹⁰

Las anteriores consideraciones permiten colegir que es una exigencia fundada que el magistrado del Tribunal Agrario no únicamente se asegure que las partes acudan asesoradas por un estudiante, pasante o licenciado en derecho, y que la elección sea coincidente. Incluso, resulta necesario que el titular del órgano jurisdiccional, al observar los planteamientos y el desarrollo dentro del desahogo de la audiencia de ley, se percate y asegure de que el asesor jurídico al menos conoce las reglas, figuras y principios elementales del derecho sustantivo y procesal agrario. La exigencia de esta parte tampoco llega al extremo de solicitar que el magistrado se cerciore de que los asesores sean peritos o tengan el mismo nivel de conocimiento, capacidades o habilidades, dado que se hace referencia a que no existan “ventajas *ab initio*, no a las que provienen de la experta defensa de alguna de las partes, frente a la torpe actuación de la otra”.¹¹

Debe considerarse lo antes escrito, pero siempre atendiendo a que el derecho de defensa “constituye un derecho ilimitado, por ser un derecho fundamental absoluto”.¹² Por tanto, esta parte considera insuficiente el esfuerzo e interpretación de la Corte para tutelar y respetar a cabalidad el principio de igualdad procesal y el derecho de defensa técnica y adecuada. El artículo 179 de la Ley Agraria incuestionablemente señala el término asesor, haciendo referencia a la necesidad de una asesoría jurídica. Incluso, de no protegerse el derecho de defensa técnica y adecuada, y el principio de igualdad procesal, se corre el riesgo de que alguno de los contendientes quede en estado de desventaja o indefensión en el juicio y “éste sería un mero simulacro de justicia: en realidad se habría prejuzgado y el procedimiento sólo serviría como apariencia para guarecer un resultado injusto”.

¹⁰ Ponce de León Armenta, Luis M., *Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. III, p. 2432.

¹¹ *Ibidem*, p. 12.

¹² Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, p. 3.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- CRUZ BARNEY, Oscar, “Defensa a la defensa y abogacía de México”, *El derecho de defensa*, México, 2015; disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/7.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.
- EJECUTORIA de la contradicción de tesis 326/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal, como institución de seguridad social”; disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2124/5.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Temas de derecho” *Principios del procedimiento agrario ordinario*, México, 2002; disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/756/41.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.
- MORFÍN CORONA, Jaime Rafael, “Evolución de las autoridades agrarias y de los principios procesales que rigen los juicios agrarios”, *Revista de la Procuraduría Agraria*, México, núm. 33, septiembre-octubre de 2006, disponible en http://www.pa.gob.mx/publica/rev_33/morfin.pdf, consultado el 11 de febrero de 2021.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis M., *Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. III, p. 2432.
- PROYECTO de sentencia del amparo en revisión 225/2019, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-06/ADR-225-2019-190618.pdf, consultada el 11 de febrero de 2021.
- PROYECTO de sentencia del amparo en revisión 2354/2014, emitida por la Tercera Sala en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla; disponible en <https://jurisprudencia.vlex.com.mx/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-799734537>, consultada el 11 de febrero de 2021.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la conveniencia americana sobre los derechos humanos”; disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2021.
- SALAZAR, Alonso, y MONTERO, Diana, “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>, consultado el 22 de enero de 2021.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, *Derecho internacional de la seguridad social*, México, Porrúa, 2020, 335 pp.*

Estimado lector, escribir la presente reseña del libro de la Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, *derecho internacional de la seguridad social*, es un privilegio, pues es una obra que tiene la capacidad de analizar la realidad, para explicarla con sencillez, amplitud y minuciosidad necesaria.

Para quienes aspiramos a que la seguridad social como derecho humano sea entendido, aprovechado y exigido por todos los ciudadanos, es un singular logro contar con esta fuente jurídica de derecho comparado, que nos permite entender los derechos sociales de un grupo social determinado: los migrantes, las diferencias en los sistemas de protección social, las prestaciones otorgadas, las instituciones de seguridad social no sólo locales, también regionales y a las organizaciones internacionales, por ello, esta obra contribuye a entender y comparar lo existente, a exigir y asegurar derechos para todas las personas, lo que sólo puede ser entendido, como un noble propósito.

La obra llega en un momento histórico clave para la sociedad globalizada, donde los derechos sociales se ven amenazados por crisis económicas, financieras, la sistemática destrucción de las redes de protección de los sistemas de seguridad social, los cambios demográficos, sociales, geopolíticos, y encima de todo ello, la nueva crisis humanitaria que se avecina ocasionada por el virus SARS-CoV-2 que, sin duda, hace ya evidente las fallas de los distintos sistemas de seguridad social, la desigualdad existente, la pobreza, los rezagos en el acceso a la salud y la falta de garantías hacia los ciudadanos en sus derechos sociales.

De manera general, podemos decir que la obra fue escrita bajo los métodos deductivo, exegético, histórico y comparativo. Consta estructuralmente de siete capítulos. Los tres primeros son la base teórico-conceptual del dere-

* Recibido el 11 de noviembre de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.



cho internacional de la seguridad social, y los cuatro restantes son un minucioso estudio de la diversidad normativa en América, Europa, África y, en el caso particular de Asia, con algunas instituciones de Oceanía.

El primer capítulo titulado *Precisiones terminológicas del derecho internacional de la seguridad social*, se sustenta en tres grandes pilares conceptuales ligados en el ámbito jurídico.

El primero es la disciplina del derecho de la seguridad social, donde hace un análisis sustancioso de los aspectos fundamentales de la seguridad social desde su aspecto internacional, entre ellos los modelos representativos de Bismark y Beveridge, los organismos gestores de la seguridad social, las ramas de aseguramiento y los beneficios relacionados con ellas.

El segundo pilar es el análisis del derecho internacional social, para descifrar su complicada composición de principios, normas e instituciones; de su conceptualización, para seguir con sus instrumentos (tratados, convenios, recomendaciones, declaraciones, protocolos, memorándum de entendimiento, etcétera); destaca la concepción del *Soft Law* y del *Hard Law* como instrumentos jurídicos vinculantes en este sentido, este segundo pilar se cierra con el análisis de los efectos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como el mayor documento jurídico que ha logrado codificar el ejercicio del derecho internacional.

Finalmente, como tercer pilar, encontramos el derecho internacional de la seguridad social, la doctora Gabriela Mendizábal presenta su definición, expone las fuentes del derecho internacional de la seguridad social (DISS), los principios básicos bajo los cuales se asientan los instrumentos internacionales, y las diferencias sustanciales entre el DISS y el derecho de la seguridad social internacional. Detalla, además, los efectos de la coordinación de los sistemas de seguridad social y su armonización; la conceptualización del derecho comparado y finalmente, la diversidad de los sistemas de información internacional de seguridad social.

Al culminar la lectura del primer capítulo, se aprecia un recorrido de los elementos mínimos que el lector debe conocer para asimilar la complejidad de la materia, conceptualizados e indagar en ellos, para más adelante descifrar las diferencias entre los diversos sistemas de seguridad social.

La parte histórica es otro de los elementos que integran la obra; el capítulo II, *Historia y presente del derecho internacional de la seguridad social*, se integra por tres temas generales: primero, el desarrollo histórico de la seguridad social; segundo, el desarrollo histórico del derecho internacional de la seguridad social, y tercero los retos del derecho internacional de la seguridad social ante la globalización.

En el primer tema, desarrollo histórico de la seguridad social, señala en forma de etapas históricas, la evolución de la seguridad social, lo que explica indirectamente porqué algunos países tienen características diferenciadas en relación con los mecanismos de protección de seguridad social o se encuentran en distintas etapas de desarrollo en el acceso a la protección de sus ciudadanos.

Desde un punto histórico-deductivo-exegético, el primer tema prepara el camino para que la autora exponga las teorías protectoras que han servido de base para la concreción del derecho social y del derecho internacional de la seguridad social, desde la teoría de culpa civil, responsabilidad contractual, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo profesional, teoría del riesgo social, teoría de la sociedad del riesgo y la teoría de los derechos humanos.

Este primer tema tiene gran relevancia para el lector, ya que, en virtud de ello, los siguientes capítulos que analizan el derecho internacional de la seguridad social por continente le permitirán al lector distinguir la fundamentación jurídica, catalogar los efectos creados en los diversos países y asimilar las diferencias entre uno y otro continente.

El segundo tema del segundo capítulo se materializa en el apartado denominado desarrollo histórico del derecho internacional de la seguridad social; en este tema, la autora parte de dos factores en el desarrollo del DISS expuestos a continuación.

El primero es el avance de la legislación nacional y los flujos migratorios de los que son objeto los países, ya sea como país de acogida o como país exportador de migrantes; el segundo factor, es el desarrollo histórico de la comunidad internacional, refiriendo a los organismos creados en el ámbito regional o mundial que están directamente vinculados a la seguridad social y los organismos internacionales que tienen influencia en los países miembros, y por tal razón, tienen injerencia directa o indirecta.

Bajo los dos factores mencionados, se valoran tres etapas: la internacionalización, la globalización y la globalización; la primera, la internacionalización, vista desde un aspecto interno de la norma creada en el ámbito local que se extrapola a un ámbito regional o mundial, marcado por dos fenómenos, uno, la protección del individuo fuera de las fronteras de la nación original, y dos, la aplicación de normas que involucran a sujetos del derecho internacional, como son Estados soberanos o instituciones u organismos del ámbito internacional.

La globalización, por su parte, es presentada desde un punto de vista integral, reconociendo el fenómeno económico que representa, pero ampliando el

análisis en los efectos negativos y positivos dentro del ámbito social y jurídico, y señalando objetivamente la innegable influencia que ejerce en el DISS.

En ese orden de ideas, la autora analiza las cuatro garantías indispensables de protección social que deben ser inherentes al fenómeno de la globalización: uno, la atención a la salud; dos, la seguridad básica de ingreso para niños; tres, la seguridad básica de ingreso para personas activas que no pueden obtener lo mínimo por sí mismos, y cuatro, la seguridad básica de ingreso para personas en edad avanzada.

Por su parte, en la globalización, su análisis, como tema novedoso, es ejemplificado en torno a la idea “piensa global, actúa local” bajo un argumento de contraste con la globalización; sin embargo, en la reflexión se desprende que ambos se vinculan en la realidad económica, social y jurídica, lo que permite describir su desarrollo histórico, sus principios y sus expectativas, que en las propias palabras de la autora se puede resumir:

La globalización [...] es un proceso que permite una reconciliación entre la homogeneidad y la heterogeneidad. No es lo micro en contra de lo macro, o lo global en contra de lo local, sino un proceso en que ambos tienen cabida y se requieren como parte del desarrollo [...] en la seguridad social [...] reconoce las necesidades especiales de su población local y atiende las recomendaciones internacionales.¹

El tercer y último tema de este capítulo se refiere a los retos del derecho internacional de la seguridad social, ante la globalización, los cuales implican una serie de desafíos en el ámbito social que el DISS tiene la enorme tarea de regular. Entre ellos, el primer desafío es la migración y la necesidad de protección por la seguridad social y el trabajo; el segundo es el desempleo; el tercero es la regulación de los instrumentos internacionales; y el cuarto, son las nuevas formas de trabajo y sus riesgos.

La visión progresista y actualizada de las nuevas realidades que marcan la presente obra se engrandece, con ejemplos como el teletrabajo, trabajos derivados de la industria 4.0, *Job sharing*, *Crowd employment*, *Casual work*, basados en las nuevas tendencias laborales, al igual que la actualización de los riesgos: acoso laboral, estrés en el trabajo, *burn out*, acoso sexual en el trabajo, riesgos derivados de las TIC, lo cual deja de manifiesto que la doctora Mendizábal tiene su pensamiento plasmado en una sociedad versión 5.0.

¹ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *Derecho internacional de la seguridad social*, México, Porrúa, 2020, p. 52.

En el tercer capítulo, *Organizaciones internacionales de seguridad social*, la investigación se divide en dos grandes grupos de organizaciones internacionales, el primero presenta el recuento de quienes, en el ámbito regional o mundial, tienen injerencia directa en el desarrollo del derecho internacional de la seguridad social, como son: la Organización de las Naciones Unidas; la Organización Internacional del Trabajo; la Asociación Internacional de Seguridad Social; la Organización Iberoamericana de Seguridad Social; la Conferencia Interamericana de Seguridad Social; donde se estudia la organización, el funcionamiento, la semblanza y los más relevantes instrumentos jurídicos.

El segundo grupo de instituciones internacionales analizado es aquel que, dadas sus características políticas y económicas, tiene influencia y poder en la geopolítica mundial para determinar el avance y reconocimiento de derechos, o desafortunadamente tienen consecuencias adversas en los países, mediante las políticas económicas y sociales, sobre todo en los países en vías de desarrollo, y por consecuencia, en el reconocimiento de derechos en el ámbito de la seguridad social.

En este caso, la doctora Gabriela Mendizábal realiza un recorrido por los fines, objetivos y principales programas del Fondo Monetario Mundial, el Banco Mundial, los bancos regionales de desarrollo, como es el interamericano, el asiático y el africano, así como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

En consecuencia, en este capítulo se destaca la conceptualización de la cooperación internacional, órganos internacionales, sujetos del derecho internacional, órganos permanentes y organización internacional.

En los siguientes capítulos: IV. *Derecho internacional de la seguridad social en América*; V, *en Europa*; el VI, *en África*; y el VII, *en Asia y parte de Oceanía*, el análisis que presenta la autora refleja una amplia investigación en cada uno de los continentes.

Siguiendo el orden metodológico, estructurado bajo el derecho comparado, los capítulos mencionados se construyen bajo cuatro categorías claramente identificables, la primera es el marco referencial, que incluye la estructura sociodemográfica de cada continente.

La segunda son los organismos regionales de la seguridad social, los cuales son sus edificadores, desde lo local a lo regional; la tercera categoría son los instrumentos internacionales regionales, analizados bajo dos líneas de investigación: la primera, por la regulación migratoria, consistente en declaraciones cuyo objeto es el ámbito subjetivo del individuo, y como segunda línea de

investigación se abarca los principales convenios, declaraciones, acuerdos en los que han participado los Estados de cada región, en lo particular.

La cuarta y última categoría se compone de los órganos jurisdiccionales responsables de la protección del derecho humano de la seguridad social, como son: en América, la Corte Interamericana de Derechos humanos; en Europa, el Defensor del Pueblo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en África, la Corte Africana para el Pueblo y Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y del Pueblo y por último, en Asia, la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN y la Comisión Asiática de Derechos Humanos.

En resumen, la obra *Derecho internacional de la seguridad social* presenta, a lo largo de sus siete capítulos, dos principales enfoques, el primero es la concepción de una aldea global, donde el libre tránsito de las mercancías que permite la globalización debiera dar paso a la libertad de tránsito de personas (no sólo en la zona euro, sino a nivel regional y mundial) propiciando con ello el reconocimiento de todas aquellas personas que decidan ser ciudadanos del mundo y por consecuencia migrantes, donde su derecho humano de seguridad social los acompañe, y los Estados dentro y fuera de sus fronteras exijan y garanticen su respeto.

El segundo enfoque tiene que ver con los procesos de integración regional, las relaciones jurídicas surgidas por medio del flujo migratorio y la protección codificada del derecho humano de seguridad social.

En este escenario, los dos enfoques crean la visión integral de la Dra. Gabriela Mendizábal, clara y objetiva, en donde la legislación social va asociada a los derechos humanos para todas las personas, y en consecuencia en favor de los derechos sociales de todos los migrantes.

Finalmente, las aportaciones y sugerencias que expresa la autora manifiestan los enfoques, la diversidad y la coordinación existente en los diversos instrumentos jurídicos relacionados con la seguridad social, al igual que su relación con agencias especializadas; sus aportaciones no sólo son novedosas, sino pertinentes a la realidad.

Al respecto, el Dr. Ulrich Becker, director del Instituto Max-Planck de Derecho Social y Política Social en Múnich, Alemania, ha expresado sobre este libro:

El libro llena además un vacío y llega en un momento importante, pues, aunque inicialmente se enfatizó la importancia que tiene la seguridad social

para la convivencia de las personas, este reconocimiento no parece haber prevalecido en todas partes [...]

Tampoco es fácil de conseguir. Sobre todo, hoy que la seguridad social y los derechos sociales corren más peligro de verse amenazados [...] su protección presupone, en primer lugar, que se conozcan y se comprendan y el libro de Gabriela Mendizábal Bermúdez hace una importante contribución a ese fin [...]

Gabriela Mendizábal Bermúdez cumple especialmente con esos requisitos. Pues no sólo se ha ocupado de una amplia variedad de problemas actuales en derecho social durante muchos años, sino que además y a menudo ha adoptado una perspectiva transfronteriza en sus numerosas publicaciones. No menos importante es que ella posee una amplia experiencia internacional y un intercambio constante con científicos y científicas del derecho social en otras partes del mundo [...] por lo tanto, se espera que la autora continúe esta actividad obviamente fructífera, y se le desea un gran éxito a su libro.

No me queda más que sumarme al reconocimiento que expresa el Dr. Ulrich Becker, al decir que la amplia experiencia en estudios de derecho comparado de la seguridad social, por parte de la Dra. Mendizábal, su conocimiento transnacional, su vasta red de contactos a nivel mundial y su búsqueda constante por innovar la seguridad social, garantizar derechos y ampliarlos, se ven reflejados en su obra: a la cual le auguro, sin lugar a dudas, al igual que el doctor Ulrich Becker, “un éxito rotundo”.

Fermín ESQUIVEL DÍAZ**

** Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, estudiante de la maestría en derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UAEM, y estudiante de la licenciatura en relaciones internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México.

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL



INFORME: AVANCES Y RETROCESOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO, 2020*

REPORT: PROGRESS AND SETBACKS
OF SOCIAL SECURITY IN MEXICO, 2020

RAPPORT: PROGRES ET RECULS
DE LA SÉCURITÉ SOCIALE DU MEXIQUE, 2020

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**

RESUMEN: La seguridad social es un derecho humano que se encuentra en constante evolución. Esto es reconocible en cada país, a través de diversos sucesos, de los cuales sobresalen: el proceso legislativo, que genera nuevas normas jurídicas para asegurar que se garantizará el derecho humano a la seguridad social; las diferentes resoluciones que emite el Poder Judicial, con lo cual proporciona la interpretación de dichas normas jurídicas; de forma que inclusive se puede ampliar la cobertura prestacional y la política social que el gobierno promueve a través de programas sociales. En este contexto, la seguridad social puede presentar avances o retrocesos si se analiza en un periodo determinado. Por lo anterior, este informe se ocupa de presentar los eventos más importantes de 2020 en materia de seguridad social en México.

Palabras clave: derecho internacional de la seguridad social, México 2020, programas sociales, seguridad social.

ABSTRACT: Social security is a constantly evolving human right. One can see this in every country through various events, of which three stand out:

* Recibido el 11 de noviembre de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

** Profesora-investigadora titular C de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México; nivel II, y profesora de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad El Externado, Colombia; mgabriela@uaem.mx; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>.



the legislative process, which generates new legal norms to ensure the guarantee of the human right to social security; the different resolutions delivered by the judicial authority, which give a legal interpretation to the norms in such a way that it is even possible to expand the benefit coverage and the social policy that the government promotes through social programs. In this context, Social Security can present advances or setbacks if it is analyzed in a certain period. Due to this, the aim of this report is to present the most important events of 2020 in terms of social security in Mexico.

Keywords: international social security law, Mexico 2020, social programs, social security.

RÉSUMÉ: La sécurité sociale est un droit de l'homme en constante évolution. C'est reconnu dans chaque pays à travers de divers événements, dans lequel se démarquent: le processus législatif, qui génère de nouvelles normes juridiques pour garantir le droit humain à la sécurité sociale; les différentes résolutions émises par le pouvoir judiciaire, lesquelles donnent une interprétation aux normes juridiques, de telle sorte que la couverture des prestations et la politique sociale que le gouvernement promeut par le biais de programmes sociaux puissent être étendues. Dans ce contexte, la sécurité sociale peut présenter des avancées ou des reculs si elle est analysée dans un certain laps de temps. C'est pourquoi ce rapport est destiné à démontrer une présentation des événements les plus importants de l'année 2020 en matière de sécurité sociale au Mexique.

Mots-clés: droit international de la sécurité sociale, Mexique 2020, programmes sociaux, sécurité sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto socioeconómico y político.* III. *Los cambios en programas y políticas sociales.* IV. *Principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Reformas legislativas.* VI. *Seguridad social internacional.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Fuentes de investigación.*

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda 2020 estuvo marcado en el mundo por los efectos de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2. El derecho social no estuvo ausente a esos resultados, y en el caso mexicano, de un lado, desafortunada-

mente es reconocible la falta de liderazgo que condujo a una casi inexistente política laboral y de seguridad social en beneficio de los trabajadores y sus familiares, pero también la falta de apoyo a los empleadores. De otro lado, el gobierno mexicano impulsó cambios en materia sanitaria para materializar una cobertura universal en caso de infección por el virus. Esto para México es un gran reto, en virtud de que se cuenta con una población asegurada de 81.3 millones de personas,¹ mientras que 48.8 millones reciben únicamente prestaciones sanitarias de la asistencia social.² Pese a ello, al cierre de 2020 el país perdió 128 771 habitantes por la COVID-19 y su tasa de contagios es de 1 186 por cada cien mil habitantes.³

Fuera del tema de la pandemia, vale la pena reflexionar sobre diversos sucesos importantes en torno a la seguridad social.

Es en este sentido, que el informe intenta dar una respuesta a la hipótesis sobre la seguridad social en México, la cual presenta año con año avances en algunas áreas y retrocesos en otras. Por lo mismo, el análisis se compone de cinco apartados: el primero se dedica a reflejar brevemente el contexto socioeconómico y político de México, por ello reúne algunos datos estadísticos para contextualizar la problemática en materia de seguridad social; el segundo apartado trata de los cambios en programas y políticas sociales, para dar cuenta de las medidas del gobierno en torno a la asistencia social; los apartados cuarto y quinto se ocupan de reseñar algunas de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de las reformas legislativas que sobresalieron en este año respectivamente; el apartado sexto analiza el avance en materia de seguridad social desde el aspecto internacional. El informe cierra con las conclusiones pertinentes y las fuentes de investigación.

II. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y POLÍTICO

El aspecto económico en el país para 2020 resultó ser un tema negativo, principalmente por las consecuencias que ha traído la pandemia generada por la COVID-19 en todo el mundo. El Fondo Monetario Internacional (FMI)

¹ *Segundo Informe de Gobierno 2020*, Presidencia de la República, México, Gobierno de México, 2020, p. 241; disponible en <https://presidente.gob.mx/wp-content/uploads/2020/09/PRESIDENTE%20AMLO%20INFORME%20DE%20GOBIERNO%202019-2020.pdf>, consultado el 7 de enero de 2021.

² *Ibidem*, p. 242.

³ *COVID-19 México*, México, Gobierno de México, 2021; disponible en <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>, consultado el 7 de enero de 2021.

calculó que el producto interno bruto (PIB) por habitante en México cayó 9.9% en 2020;⁴ asimismo, estableció que el valor generado por las actividades económicas en México no compensará el crecimiento de la población. Por su parte, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en su reporte “Comercio y Desarrollo 2020” proyectó que México tendría el peor desempeño del PIB pues registraría una caída del 10% en 2020.⁵

A pesar de ello, se debe resaltar que el primer ingreso de la economía mexicana proviene de las remesas que ingresan al país, en su mayoría por trabajadores migrantes en Estados Unidos de América y Canadá. Para 2020 las remesas alcanzaron un nuevo récord, generando un ingreso de 860 mil millones de pesos (39,50 billón USD), lo cual representó un incremento de 8.4% más que en 2019.⁶ De lo anterior, persiste el crecimiento de las remesas que ingresan a México en los últimos cinco años, conforme a la siguiente tabla:

Remesas ingresadas a México en los últimos cinco años

<i>Año</i>	<i>Cantidad</i>
2020	39,50 billón USD
2019	35,46 billón USD
2018	33,48 billón USD
2017	28,60 billón USD
2016	26.97 billón USD

FUENTE: Elaboración propia a partir de los anuarios de Migración y remesas México de los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 realizadas por BBVA Research.

Al respecto, la Organización Internacional para las Migraciones señaló en su “Informe sobre las migraciones en el mundo 2020” que México se encuen-

⁴ Cfr. *Informes de perspectivas de la economía mundial octubre de 2020*, FMI, Estados Unidos de América, 2020; disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>, consultado el 5 de enero de 2021.

⁵ Cfr. *Informe sobre el comercio y el desarrollo 2020 de la pandemia mundial a la prosperidad para todos: evitar otra década perdida*, ONU, Suiza, 2020; disponible en <https://www.onu.org.mx/presentacion-del-informe-2020-sobre-comercio-y-desarrollo-de-la-unctad/>, consultado el 4 de enero de 2021.

⁶ Cfr. *BBVA México: En 2020, las remesas alcanzarán los 39,500 millones de dólares pese a la pandemia*, México, BBVA, 2020; disponible en <https://www.bbva.com/es/mx/bbva-mexico-estima-que-en-2020-las-remesas-alcanzaran-los-39500-mdd-8-4-pese-a-la-pandemia/>, consultado el 4 de enero de 2021.

tra dentro de los primeros tres países en el mundo que recibieron más remesas internacionales desde los Estados Unidos de América.⁷

En materia de empleo, durante 2020 las estadísticas laborales en México no son alentadoras en gran medida por la COVID-19 y sus repercusiones en la materia. Datos proporcionados por el Banco de México (BANXICO) refieren que se perdieron 10 millones de empleos informales y dos millones de trabajos formales debido a la crisis originada por la pandemia.⁸

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en su última Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del tercer trimestre de 2020, menciona que la población económicamente activa (PEA) para ese periodo en el país fue de 53.8 millones de personas, lo que refleja 3.6 millones menos en comparación al mismo periodo de 2019. La población ocupada representó el 94.9% respecto de la PEA, es decir, las personas que trabajaron en la semana anterior a la entrevista o que no trabajaron, pero mantenían un vínculo laboral con la unidad económica para la que trabajan,⁹ en tanto la población desocupada de la PEA fue de 2.7 millones de personas.¹⁰ La división de la población activa por sexo se conformó de 33.5 millones de hombres frente a 20.3 millones de mujeres.

Respecto a la población ocupada informal para este periodo fue de 27.7 millones de personas, lo que significa que más del 60% de la población ocupada se encuentra en la economía informal.¹¹

En relación a la pobreza, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), como organismo público descentralizado de la administración pública federal encargado de generar información objetiva sobre la situación de la política social y la pobreza en México,¹² informó en su última medición de la pobreza 2018 que en México 61.1 mi-

⁷ India, China y en tercer lugar México. Véase *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020*, Suiza, OIM-ONU Migración, 2020, p. 12; disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf, consultado el 6 de enero de 2021.

⁸ *Cambios estructurales en el mercado laboral*, Banco de México, 2020; disponible en <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/presentaciones/%7B03A31AC2-D1CD-C0CA-955B-B8AEFE71AFAB%7D.pdf>, consultado el 4 de enero de 2021.

⁹ *Resultados de la encuesta nacional de ocupación y empleo. nueva edición (ENOEN) cifras durante el tercer trimestre de 2020*, México, INEGI, 2020; disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enoe/15ymas/doc/enoe_n_notas_tecnica_trim3.pdf, consultado el 4 de enero de 2021.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

¹² ¿Quiénes somos?, México, Coneval, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/quienesomos/Paginas/Quienes-Somos.aspx>, consultado el 4 de enero de 2021.

lones de mexicanos se encontraba en situación de pobreza y 21 millones en condición de pobreza extrema.¹³ Asimismo, estableció que para la medición de la pobreza se utilizan líneas de ingreso, cuyos datos hasta diciembre de 2020 se exponen a continuación.

Línea de pobreza extrema por ingresos, que equivale al valor de la canasta alimentaria por persona de 1 206.24 pesos (60.13 USD)¹⁴ en la zona rural y 1 676.11 pesos (83.55 USD) en la zona urbana;¹⁵ y la línea de pobreza por ingresos, que equivale al valor total de la canasta alimentaria y de la canasta no alimentaria por persona al mes, la cual fue de 2 153.82 pesos (107.36 USD) en la zona rural y 3 295.73 pesos (164.29 USD) en la zona urbana.¹⁶

Al respecto, se debe señalar que el salario mínimo nacional tuvo un incremento del 15% y se fijó en 141.70 pesos (7.06 USD) diarios, es decir 4 251 pesos (211.91 USD) mensual para 2021.¹⁷

Por su parte, la CEPAL en su informe especial COVID-19 núm. 5 de la CEPAL. Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para lograr una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones, ha pronosticado que a raíz de la crisis económica generada por la pandemia, está dejará millones de personas en situación de pobreza, y México será uno de los países de América Latina con mayor tasa de aumento de pobreza. Refiere que actualmente México es el tercer país en América Latina que reporta un mayor crecimiento en población pobre, el porcentaje de mexicanos en situación de pobreza pasará de 41.9% en 2019 a 49.5% para el 2020, mientras que la pobreza extrema de 11.1% a 17.4%.¹⁸

¹³ Cfr. Medición de la pobreza, Coneval, México, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Pobrezainicio.aspx>, consultado el 5 de enero de 2021.

¹⁴ El tipo de cambio para este informe es 20.06 pesos mexicanos = 1 USD, datos del Banco de México del 11 de enero de 2021. Véase Banco de México, Tipo de cambio, México, Banco de México, 2021; disponible en <https://www.banxico.org.mx/tipocamb/main.do?page=tip&idioma=sp>, consultado el 7 de enero de 2021.

¹⁵ Evolución de las líneas de pobreza por ingresos, México, Coneval, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>, consultado el 4 de enero de 2021.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ “Acuerda Conasami incremento del salario mínimo del 15% para 2021”, Comisión Nacional de Salarios Mínimos, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/conasami/prensa/acuerda-conasami-incremento-del-salario-minimo-del-15-para-2021-259690>, consultado el 11 de enero de 2021.

¹⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones*, 2020, p. 5; disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45782/4/S2000471_es.pdf, consultado el 4 de enero de 2021). Cabe aclarar que los datos reportados de pobreza para México por la CEPAL

En relación con las medidas de política social para preservar el trabajo, la seguridad social y la protección social de los trabajadores por la pandemia, hemos sido testigos desde el inicio de la pandemia de cómo el gobierno de cada país ha dictado diversas medidas sanitarias, laborales y económicas. Algunas se han elevado a normas jurídicas por los poderes legislativos, otras sólo son medidas administrativas; sin embargo, la mayoría solo sirven para atender y superar la crisis, pero las consecuencias de la pandemia han pasado de ser sólo una crisis y están conformando una nueva realidad que requiere medidas para atender los efectos en el trabajo y la economía que la pandemia está ocasionando a mediano y largo plazo.

En ese contexto, en México resaltan las siguientes medidas:

a) En materia laboral

- Denominación de emergencia sanitaria. El 30 de marzo del 2020¹⁹ se publicó el acuerdo emitido por el Consejo de Salubridad General, que declaró emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), lo que suscitó una incertidumbre jurídica en materia laboral. Lo anterior, debido a que la Ley Federal del Trabajo, en sus artículos 42 bis, 427 fracción VII y 429 fracción IV,²⁰ en materia de suspensión de las relaciones de trabajo, no contempla el supuesto de emergencia sanitaria, sino una declaratoria de contingencia sanitaria, lo cual tiene consecuencias jurídicas distintas.

Esto tuvo como efecto negativo que los empleadores hasta el momento no hayan podido aplicar la suspensión jurídica de las relaciones laborales de sus trabajadores, lo que ocasionó que se aumentaran los despidos y otras medidas irregulares (vacaciones sin pago, reducción de salarios, etc.).

- Teletrabajo. El 1 de abril de 2020 la Secretaría de Trabajo y Previsión Social expidió una “Guía para implementar el teletrabajo en los centros

son menores que los nacionales determinados por Coneval y esto se debe al instrumento que se aplica para la medición de la pobreza.

¹⁹ Acuerdo por el que se declara emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), Diario Oficial de la Federación, México, 2020; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020#:~:text=Primero.-,Se%20declara%20como%20emergencia%20sanitaria%20por%20causa%20de%20fuerza%20mayor;prevista%20en%20el%20numeral%20anterior, consultado el 7 de enero de 2021.

²⁰ Ley Federal del Trabajo.

de trabajo en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19”,²¹ únicamente de carácter informativo, en la cual se establecen una serie de recomendaciones tanto para el empleador como para las y los trabajadores que implementen la modalidad de teletrabajo en sus centros laborales, con la intención de acompañarlos durante esta transición respetando los derechos y obligaciones de ambas partes.

b) En materia de seguridad social

- Atención sanitaria. El 13 de abril de 2020 se firmó el convenio “Todos juntos contra el COVID-19” entre el Gobierno de México y la Asociación Nacional de Hospitales Privados y el Consorcio Mexicano de Hospitales, para que los derechohabientes del sistema de salud pública recibieran atención médica y hospitalaria que no guarde relación con la COVID-19 en hospitales privados. Esta medida tuvo como finalidad que los institutos públicos de salud den prioridad a la atención de pacientes con COVID-19 y evitar que se saturen.²²
- COVID-19 como riesgo de trabajo. El 29 de julio de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo del H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social acerca del reconocimiento de la enfermedad COVID-19 como riesgo de trabajo para las y los trabajadores durante el periodo de la contingencia. Este acuerdo da la posibilidad a los trabajadores que sean diagnosticados con COVID-19, en el desarrollo de actividades prioritarias, para que puedan tramitar su incapacidad temporal ante el IMSS, que les permita justificar las inasistencias en el trabajo durante el tiempo de recuperación, así como garantizar las prestaciones económicas y en especie, para él y sus beneficiarios, como riesgo de trabajo y no sólo como enfermedad general.²³

²¹ *Guía para implementar el teletrabajo en los centros de trabajo en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19*, México, Secretaría de Trabajo y Previsión Social, 2020; disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/543661/INTRODUCCIO_N.pdf, consultado el 7 de enero de 2021.

²² *Convenio con hospitales privados ¡Todos juntos contra el COVID-19!*, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/issste/es/articulos/convenio-con-hospitales-privados?idiom=es>, consultado el 7 de enero de 2021.

²³ *Acuerdo ACDO.AS2.HCT.240620/173.P.DPES, dictado por el H. Consejo Técnico en sesión ordinaria el día 24 de junio de 2020, por el que se autorizan estrategias para prorrogar las prestaciones en especie y/o en dinero a los asegurados con incapacidad temporal para el trabajo que lleguen a término de ley y a los beneficiarios hijos incapacitados que cumplen 16 años, así como reconocimiento de la enfermedad COVID-19*

- Prestaciones de seguridad social sustitutas del seguro de desempleo. El Instituto Mexicano del Seguro Social informó en julio que las personas que perdieron su empleo durante la emergencia sanitaria podían tramitar el retiro parcial por desempleo. Este retiro es un trámite mediante el cual el trabajador puede hacer un retiro parcial de su cuenta individual por situación de desempleo que, según la modalidad que aplique, puede ser equivalente a:
- Modalidad A: 30 días de su último salario base de cotización con un límite de 10 unidades de medida de actualización (2641.15 pesos mexicanos para 2020).

Modalidad B: lo que resulte menor entre 90 días del salario base de cotización del trabajador en las últimas 250 semanas o las que tuviere y el 11.5 % de los recursos acumulados en la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV).²⁴

De la misma forma desde el 15 de abril, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) inició el proceso para el registro y entrega del seguro de desempleo que otorga a sus acreditados activos y que han perdido su relación laboral a causa de la contingencia de la COVID-19. Esta prestación consiste en cubrir el pago de las mensualidades por la adquisición de una vivienda en un 100% durante 12 quincenas, es decir, seis meses.

- Programas sociales. Como una medida para hacer frente a las afectaciones económicas de la población en México, el presidente Andrés Manuel López Obrador decretó que los beneficiarios de los programas para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores, programa social que otorga una pensión a personas de 65 años o más en México, así como del programa Becas Benito Juárez,²⁵ que otorga becas a estudiantes de educación básica, media superior y superior recibieran un anticipo de la

como riesgo de trabajo en trabajadores IMSS, durante el periodo de contingencia, Diario Oficial de la Federación, México, Secretaría de Gobernación, 2020; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5597452&fecha=29/07/2020, consultado el 7 de enero de 2021.

²⁴ *Personas que perdieron su empleo durante emergencia sanitaria pueden tramitar Retiro Parcial por Desempleo: IMSS, México, IMSS, 2020; disponible en <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202006/368>, consultado el 7 de enero de 2021.*

²⁵ *Becas para el Bienestar Benito Juárez; Conferencias sobre Programas del Bienestar, México, Gobierno de México, Secretaría de Trabajo y Previsión Social, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/stps/articulos/becas-para-el-bienestar-benito-juarez-conferencias-bienestar>, consultado el 11 de enero de 2021).*

pensión así como de las becas, correspondientes a dos meses.²⁶ Estos adelantos se repitieron en dos ocasiones durante 2020.

III. LOS CAMBIOS EN PROGRAMAS Y POLÍTICAS SOCIALES

Los acontecimientos más importantes durante 2020 en este tema pueden catalogarse de la siguiente manera.

1. *Creación del Programa de Salud y Bienestar Comunitario*

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 29 y el anexo 25, del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020,²⁷ se crea el Programa de Salud y Bienestar Comunitario que, de acuerdo con sus reglas de operación,²⁸ tiene el propósito de fortalecer la salud y bienestar comunitario de las personas de localidades de alta y muy alta marginación, a través de la práctica de estilos de vida saludables, por lo que se privilegia un abordaje colectivo, desde un enfoque de promoción de la salud y determinantes sociales, entendida ésta como un derecho que trasciende el cuidado personal del equilibrio biológico, para abarcar el derecho a participar organizadamente en la modificación y mejoramiento de las circunstancias de carácter social que limitan el desarrollo integral de los individuos y comunidades. Esto es, aspirar a vivir en un entorno donde se cultiven estilos de vida saludables, definidos como el desarrollo de capacidades individuales y colectivas.

Este programa financia proyectos que cumplan con los requisitos planteados y sean aprobados conforme a las reglas de operación con un apoyo económico de hasta 600 000.00 pesos (29,910 USD) con el propósito de for-

²⁶ Adultos mayores recibirán bimestre adelantado de pensión, anuncia presidente; programas sociales se fortalecerán ante COVID-19, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://presidente.gob.mx/adultos-mayores-recibiran-bimestre-adelantado-de-pension-anuncia-presidente-programas-sociales-se-fortaleceran-ante-covid-19/>, consultado el 7 de enero de 2021.

²⁷ Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2020/PEF_2020_abro.pdf, consultado el 21 de enero de 2021.

²⁸ Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa de Salud y Bienestar Comunitario, para el Ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5583027&fecha=28/12/2019, consultado el 7 de enero de 2021.

talecer uno o más componentes de la salud y el bienestar comunitario, el cual puede incluir capacitaciones, proyectos sociales o productivos, así como otros insumos y acciones requeridas para el logro de los objetivos planteados por el programa. En caso de que la propuesta exceda el costo máximo señalado, se podrá hacer una excepción siempre y cuando la justificación lo amerite.

2. Programa Bienestar de las Personas en Situación de Emergencia Social y Natural

Se trata de un cambio de denominación del antiguo programa de asistencia social: Bienestar de las Personas en Emergencia Social o Natural, para nombrarse ahora como Bienestar de las Personas en Situación de Emergencia Social y Natural.²⁹ Este programa tiene como objetivo atender las necesidades de las personas, prioritariamente de niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, personas indígenas y afro mexicanas, en poblaciones afectadas por fenómenos sociales y naturales a través de la entrega de apoyos económicos o en especie en el lugar donde se suscite la emergencia social o natural, con el fin de reducir el impacto negativo en la esfera de sus derechos sociales. Los beneficios económicos se otorgan a través de tarjetas bancarias y/o cheques o por los medios que determine la Secretaría de Bienestar, y son equivalente a una Unidad de Medida y Actualización (UMA) mensual, que para 2021 es de 2 724.45 pesos (135.81 USD).³⁰

3. Programas de asistencia social eliminados

Por último, se destaca que en el ejercicio 2020 se eliminaron algunos programas de relevancia, como lo son el Programa 3 x 1 para Migrantes y el Programa de Coinversión Social.³¹

²⁹ Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos de Operación del Programa para el Bienestar de las Personas en Emergencia Social o Natural para el Ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020; disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment_data/file/578546/Lineamientos_Emergencia_Social.pdf, consultado el 7 de enero de 2021.

³⁰ UMA, México, INEGI, 2021; disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>, consultado el 7 de enero de 2021.

³¹ *Inventario Coneval de Programas y Acciones Federales de Desarrollo Social 2019-2020. Presentación y Análisis*. México, Coneval, 2020, p. 35; disponible en <https://www.coneval.org.mx/evaluacion/ipfe/Paginas/default.aspx>, consultado el 7 de enero de 2021.

El Programa 3x1 para Migrantes era un programa del Gobierno de la República que comenzó a cargo de antigua Secretaría de Desarrollo Social, hoy Secretaría de Bienestar, y apoyaba las iniciativas de los migrantes para realizar proyectos de infraestructura social o servicios comunitarios, así como proyectos productivos comunitarios, familiares o individuales que contribuían al desarrollo de sus comunidades de origen, mediante la aportación de los gobiernos federal, estatal y municipal, así como de los clubes u organizaciones de migrantes radicados en el extranjero.³²

El Programa de Coinversión Social era un programa destinado a fortalecer a los actores sociales a través de la promoción de proyectos de coinversión entre el gobierno y éstos, para apoyar a la población en situación de pobreza, exclusión, marginación, discapacidad, desigualdad por género o vulnerabilidad.³³

IV. PRINCIPALES RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido criterios importantes en materia de seguridad social, los cuales se ven reflejados en las siguientes jurisprudencias y tesis aisladas.

1. *Derechos pensionarios extranjeros*

A causa de diversas demandas interpuestas por trabajadores extranjeros³⁴ para que se les haga la devolución de las aportaciones de su cuenta individual de la Afore argumentado que regresan a su país de origen, en noviembre de 2020 la SCJN³⁵ estableció jurisprudencia en relación a que los trabajadores

³² *Programa 3x1 para Migrantes*, México, Secretaría de Desarrollo Social; disponible en http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Transparencia/TransparenciaFocalizada/Programas_Sociales/pdf/3x1_para_migrantes.pdf, consultado el 7 de enero de 2021).

³³ *Programa de Coinversión Social*, México, Secretaría de Desarrollo Social; disponible en http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Transparencia/TransparenciaFocalizada/Programas_Sociales/pdf/coinversion_social.pdf, consultado el 7 de enero de 2021).

³⁴ Algunas demandas similares presentadas en el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo directo DT-1124/2015, y el sustentado por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo directo DT-668/2019.

³⁵ Tesis PC.I.L. J/67 L. (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, décima época, noviembre 2020, t. II, p. 1813, TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A LA DEVO-

extranjeros tienen derecho a que se les haga la devolución de los recursos acumulados en su cuenta individual abonadas en su Afore, así como las aportaciones realizadas en la subcuenta de vivienda, cuando el trabajador extranjero regrese de manera definitiva a su país de origen, por lo que no es necesario que éstos cumplan los requisitos generales establecidos en la ley para efectos de su devolución, como tener 60 o más años de edad así como tener las semanas cotizadas solicitadas por la Ley del Seguro Social.

La SCJN refiere que en las leyes aplicables en la materia prevalece el principio de igualdad entre trabajadores nacionales y extranjeros, sin embargo, tratándose de trabajadores extranjeros procede hacer un trato diferenciado para alcanzar una igualdad sustantiva, debido a que el trabajador extranjero ha laborado en nuestro país y tiene parte de su patrimonio en los recursos acumulados en su cuenta individual de Afore, y para efectos de entablar una igualdad sustantiva es necesario eliminar las condiciones de desventaja que afectan a los extranjeros en los casos en que regresen a residir a su país de origen de forma definitiva, ya que al no poder cumplir con los requisitos contemplados en la leyes correspondientes, no podrán tener acceso a la devolución de sus aportaciones y para efectos de garantizar una igualdad de hecho y no de derecho, los trabajadores extranjeros no deben tener el mismo trato que los nacionales, pues con ello se les genera un obstáculo que les impide gozar de manera real y efectiva los recursos de sus cuentas individuales, caso contrario con los trabajadores mexicanos, quienes al residir en este país sí tendrán la oportunidad de continuar cotizando y eventualmente acceder a esos recursos con base en los requisitos que exijan las leyes de la materia.³⁶

2. El incremento de las pensiones otorgadas al amparo de la Ley del Seguro Social derogada debe efectuarse en febrero

La SCJN emitió jurisprudencia³⁷ a raíz de una contradicción de criterios entre tribunales federales sobre el incremento de las pensiones otorgadas por la Ley del Seguro Social derogada (Ley del Seguro Social de 1973).

LUCIÓN DE LOS RECURSOS ACUMULADOS EN SU CUENTA INDIVIDUAL DEPOSITADA EN LA ADMINISTRADORA DE FONDOS PARA EL RETIRO (AFORE), ASÍ COMO DE LAS APORTACIONES AL FONDO DE LA SUBCUENTA DE VIVIENDA, CUANDO VUELVAN EN FORMA DEFINITIVA A SU PAÍS DE ORIGEN, SIN QUE LES SEAN EXIGIBLES LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Tesis PC.IV.L. J/21 L (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, décima época, diciembre, 2020, PENSIONES OTORGADAS AL AMPARO DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL DE-

La jurisprudencia establece que las pensiones que fueron otorgadas bajo el amparo de Ley del Seguro Social de 1973, derogada en 1997, deben actualizarse anualmente en febrero (al igual que las otorgadas por la Ley del Seguro Social vigente), con base en el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) correspondiente al año calendario anterior, que comprende de enero a diciembre del año previo a aquél donde se aumenta la pensión. Dicho cálculo se debe realizar conforme a lo establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

3. COVID-19 y salud

Los tribunales colegiados emitieron una jurisprudencia por reiteración de criterios³⁸ en relación que el Estado, a través de las instituciones públicas que prestan atención a la salud, en calidad de empleadores tienen que garantizar las medidas necesarias y suficientes al personal de salud que presta sus servicios en hospitales y que se encuentren expuestos al contagio del virus SARS-CoV-2 para no poner en peligro sus vidas al momento de desarrollar su trabajo.

Esta jurisprudencia nace como resultado de que personas trabajadoras de la salud del IMSS interpusieron diversos juicios de amparo³⁹ en su contra, por la negativa de proporcionar material médico suficiente y de calidad para desempeñar su trabajo y atender de manera segura a los pacientes que acudirían al centro hospitalario por padecer algún síntoma o estar contagiadas con el virus SARS-CoV-2, puesto que el instituto de salud no tenía los insumos necesarios para proteger a sus trabajadores de la exposición al virus.

4. Aplicación del cuadro básico de medicamentos

Los seguros sociales en México se ciñen actualmente a la normativa que establece un cuadro básico de medicamentos, a los cuales están sujetos los

ROGADA. SU INCREMENTO DEBE EFECTUARSE ANUALMENTE EN EL MES DE FEBRERO, CONFORME AL ÍNDICE NACIONAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (INPC) CORRESPONDIENTE AL AÑO CALENDARIO ANTERIOR.

³⁸ Tesis XVII.1o.P.A. J/31 K (10a.) *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, octubre 2020, VIRUS SARS-COV2 (COVID-19). AL CONSTITUIR SU BROTE UNA EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL AMERITA EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS PREVENTIVAS URGENTES PARA LA PROTECCIÓN DEL PERSONAL QUE PRESTA SUS SERVICIOS EN LOS HOSPITALES PÚBLICOS Y ESTÁ EXPUESTO AL CONTAGIO.

³⁹ Queja 79/2020, Queja 80/2020, Queja 82/2020, Queja 87/2020, Queja 107/2020, presentadas en el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito

médicos para prescribir las medicinas para los tratamientos de los asegurados. En este año, se presentó de manera insólita una resolución de la Corte a un derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), que solicitó a través de juicio de amparo que se le suministrara gratuitamente un medicamento, que fue prescrito por un médico ajeno a ese organismo, y que además no se encontraba incluido en el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud regulados por la Ley General de Salud.

La Corte, a través de criterio jurisprudencial,⁴⁰ estableció que la institución de seguridad social debe realizar una comparación de medicamentos que sí están incluidos en el Cuadro Básico o Compendio Nacional de Insumos para la Salud o en sus propios catálogos institucionales, y si la conclusión de ese análisis es que el medicamento solicitado es el mejor tratamiento para el paciente-quejoso, la institución debe otorgarlo de inmediato; en caso contrario, debe comunicar su resolución al paciente para que éste decida, con conocimiento previo del análisis realizado, sobre su tratamiento.

Esto abre la puerta para que mediante la acción judicial se certifique si los medicamentos solicitados por el derechohabiente a través de juicio de amparo son de mayor eficacia terapéutica, seguridad y eficiencia para el padecimiento del paciente y en su caso se amplíe el cuadro básico de medicamentos.

5. *Mínimo vital*

En 2020, la Corte, a través de dos resoluciones que devienen de juicios de amparo,⁴¹ establece criterios que coadyuvan al fortalecimiento de la interpretación del derecho al mínimo vital.

⁴⁰ Tesis 2a./J. 40/2020 (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, décima época, octubre, 2020, t. I, p. 974, SUSPENSIÓN PROVISIONAL. DEBE OTORGARSE PARA QUE LA INSTITUCIÓN RESPONSABLE, DE INMEDIATO, ANALICE Y CERTIFIQUE EL MEJOR MEDICAMENTO PARA EL PADECIMIENTO DEL QUEJOSO, EN COMPARACIÓN CON LOS MEDICAMENTOS PREVISTOS EN EL CUADRO BÁSICO O COMPENDIO NACIONAL DE INSUMOS PARA LA SALUD. A consecuencia de la contradicción de criterios distintos entre otros tribunales: Contradicción de tesis 517/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, Primero en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito y Primero del Noveno Circuito, (actual Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Noveno Circuito), 10 de junio de 2020.

⁴¹ Amparo en revisión 309/2019. Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito; Queja 225/2019. Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Octavo Circuito.

La primera se refiere a la jurisprudencia⁴² originada por el juicio de amparo interpuesto por un pensionado del gobierno del Estado de Morelos, contra un acto de autoridad por parte del Congreso del Estado de Morelos, al emitir un decreto que abroga la concesión de pensión del pensionado sin garantizarle el derecho de audiencia establecido en la Constitución mexicana y violando su derecho al mínimo vital al quitarle la pensión.

La segunda se generó mediante una tesis aislada, emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, como resultado de la interposición de juicio de amparo de un grupo de jubilados, que demandaron al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California la falta de pago de sus pensiones.⁴³

Los principales argumentos en ambos casos, que refuerzan el derecho al mínimo vital, fueron que el hecho de no garantizar el pago de la pensión tanto de los jubilados, como del pensionado, viola el derecho al mínimo vital, ya que a través del ingreso económico que se percibe por concepto de pensión las personas pueden adquirir los bienes-servicios que les permita entablar ese mínimo vital establecido en la Constitución.

V. REFORMAS LEGISLATIVAS

En el año 2020 existieron algunas reformas legislativas importantes en materia de seguridad social que merecen su análisis. Dichas reformas se catalogan de la siguiente manera.

1. *Reformas de pensiones*

El 9 de diciembre del 2020 se aprobó el Proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan 19 artículos de la Ley del Seguro Social, más transitorios, en un hecho casi histórico y un tanto controversial, debido a que

⁴² Tesis PC.XVIII.P.A. J/7 A (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, décima época, febrero, 2020, t. II, p. 1866, SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCESO DE CONCEDERLA CONTRA LOS EFECTOS DEL DECRETO EXPEDIDO POR EL CONGRESO DEL ESTADO DE MORELOS A TRAVÉS DEL CUAL ABROGA UN DIVERSO DECRETO PENSIONARIO.

⁴³ Tesis XV.3o.9 A (10a.), *Gaceta de Seminario Judicial de la Federación*, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, febrero, 2020, t. III, p. 2361, PENSIÓN JUBILATORIA. LA OMISIÓN RECURRENTE DE PAGARLA OPORTUNAMENTE VIOLA LOS DERECHOS HUMANOS A LA DIGNIDAD, AL MÍNIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS JUBILADOS.

en el mismo día fue aprobada por la Cámara de Diputados con 441 votos en pro, 13 en contra y 6 abstenciones,⁴⁴ y por el senado con 95 votos en pro y ninguno en contra.⁴⁵

Dentro de las reformas que entraron en vigor el 1o. de enero de 2021 se encuentran las siguientes.

A. *Cambio del monto y requisitos para la pensión garantizada*

El artículo 170 y el 4o. transitorio modifican los requisitos para acceder a la pensión garantizada⁴⁶ por vejez, cesantía en edad avanzada y retiro, pasando de 1250 a 750 semanas de cotización como mínimo; aumentando hasta llegar a 1000 semanas de cotización, conforme a la tabla prevista en este apartado normativo, además de tener 60 años o más de edad. El monto también cambia pasando de 3 289.34 pesos⁴⁷ (163.97 USD) para todos los derechohabientes en el 2020 a establecer un parámetro de mínimos y máximos, teniendo como cuantía mínima de 2 622.00 pesos (130.70 USD) y una máxima de 8 241.00 pesos (410.81 USD) a partir del 2021. Para efectos del cálculo de las cuantías, se debe considerar el promedio del salario base de cotización, el número de semanas de cotización y la edad con que cuente el trabajador al momento de solicitar la pensión, con base en la tabla establecida en el artículo 170 de la Ley del Seguro Social.

Cabe aclarar que el monto de la pensión garantizada anteriormente se fijaba con base en el salario mínimo general, y la reforma contempla que se calculará con base en unidades de medida y actualización (UMA), que son “la referencia económica en pesos para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades

⁴⁴ Votaciones del primer periodo ordinario del tercer año de la LXIV Legislatura, *Servicio de la Gaceta Parlamentaria*, México, Cámara de Diputados, 2020; disponible en http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/Votaciones/64/vot64_a3primero.html, consultado el 10 de enero de 2021.

⁴⁵ *Gaceta del Senado*, miércoles 09 de diciembre de 2020 *Gaceta: LXIV/3PPO-72*, México, Senado de la República, 2020; disponible en https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/2020_12_09/2757#418, consultado el 11 de enero de 2021.

⁴⁶ Pensión garantizada es la que el Estado asegura a quienes cumplan los requisitos establecidos en la ley respectiva.

⁴⁷ Para 2020, la pensión garantizada que otorga el IMSS es de \$3,289.34. La pensión garantizada se actualiza anualmente conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor. Pensión por Régimen 97, México, Conasami, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/conasar/articulos/por-regimen-de-97#:~:text=Para%202020%20la%20Pensi%C3%B3n%20Garantizada,necesitas%20para%20realizar%20este%20retiro%3F>, consultado el 11 de enero de 2021.

federativas, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores”,⁴⁸ equivalentes a 86.88 pesos diarios (4.33 USD) para el 2020 y de 89.62 pesos diarios (4.46 USD) para el 2021;⁴⁹ mientras que el salario mínimo general es de 141.70 pesos diarios (7.06 USD); sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en el 2019 que no puede aplicarse la cuota diaria para el pago de una pensión con base en UMAS, sino deben ser regidas por el salario mínimo, lo que significa que es una reforma jurídica que contra- viene un criterio del Poder Judicial.

B. *Diversificación de pensiones*

Antes de la reforma, el artículo 157 de la Ley del Seguro Social (LSS) mencionaba que los asegurados podrían disponer de dos formas de su cuenta individual con el objeto de disfrutar de una pensión de cesantía en edad avanzada, a saber: la renta vitalicia y retiros programados. Previo a la reforma, éstas eran excluyentes una de otra; gracias a la modificación de la ley, ahora se permite que los asegurados elijan una o ambas opciones, siempre y cuando el monto de la renta vitalicia sea mayor al mínimo previsto por el artículo 170 de la misma ley.

C. *Financiación de las pensiones*

Las pensiones se financian de forma tripartita. La reforma no presenta cambios en el porcentaje de cotización de los trabajadores. Por su parte, el artículo 168 de la LSS mantiene que a los empleadores les corresponde cubrir el equivalente del 2% del salario base de cotización del trabajador para el seguro de retiro, pero modifica las aportaciones en el seguro de cesantía en edad avanzada y vejez, partiendo del actual monto fijo de 3.150 % —el cual se toma como base mínima—, fluctuando hasta el 11.875%. Cabe aclarar que el artículo 2o. transitorio establece que esta modificación será aplicable de manera gradual, a partir del 1o. de enero de 2023 y hasta el 2030, por lo que del 1o. de enero del 2021 al 31 de diciembre del 2022 se mantienen las cuotas fijas que la LSS establecía antes de la reforma, pero sí aumenta ya el monto de la pensión garantizada y sí se disminuyen las semanas de cotización para su obtención.

⁴⁸ UMA, México, INEGI, 2021; disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>, consultado el 11 de enero de 2021.

⁴⁹ *Idem.*

De la misma forma se retrasa hasta finales del 2022 la derogación de la fracción tercera que establece las aportaciones que el Estado realiza al seguro de cesantía en edad avanzada y vejez correspondientes al 7.43% del total de las cuotas patronales, lo que significa que se reducirán las aportaciones estatales y el costo de la reforma la cargarán los empleadores.

La fracción cuarta del artículo 168 hace referencia a las cuotas sociales que son aportaciones hechas por el Gobierno federal a los trabajadores que ganen hasta cuatro veces la unidad de medida y actualización; ésta se depositará en la cuenta individual de cada trabajador, siendo un gran detrimento con relación al mismo artículo previo a la reforma (que cubría hasta 15 veces el salario mínimo).

El tercero transitorio menciona —con relación a esta fracción— que lo dispuesto por este numeral será aplicable a partir del primero de enero del 2023, por lo que, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022, el Gobierno federal cubrirá de igual manera, por concepto de cuota social (dependiendo de una tabla creada para este transitorio), a aquellos trabajadores que ganen entre 4 y 7.09 veces la unidad de medida y actualización.

Por último, no se omite que en los artículos 172, 172 A y 302, además de los transitorios quinto, sexto y séptimo, se menciona que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá revisar los procedimientos que el Instituto Mexicano del Seguro Social realice con el fin de verificar la información aportada por él, lo que en teoría aporta un mayor control sobre la institución.

2. Límite al cobro de comisiones de las Afores

El 16 de diciembre de 2020⁵⁰ se reformó el artículo 37 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, y se estableció que las comisiones que cobren las administradoras de fondos para el retiro (Afores), por el manejo y administración de recursos para el retiro de las cuentas individuales de los trabajadores a fin de generar rendimientos,⁵¹ estarán sujetas a un límite máximo.

⁵⁰ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social y de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5607729&fecha=16/12/2020, consultado el 11 de enero de 2021.

⁵¹ *Las Afore sólo cobran una comisión*, Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, México, Gobierno de México, Consar, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/consar/articulos/las-afore-solo-cobran-una-comision>, consultado el 8 de enero de 2021.

Esto es, el cobro de comisiones ya no podrá exceder de un límite máximo que establecerá la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar),⁵² tomando como referencia el promedio aritmético de los cobros en materia de comisiones en los sistemas de contribución definida de los Estados Unidos de América, Colombia y Chile.⁵³

Lo anterior resulta relevante si se toma en cuenta que el cobro de comisiones en México depende del crecimiento de los fondos, en contraste con el cobro que se lleva a cabo en Chile y Colombia, el cual depende del crecimiento del salario y el empleo.⁵⁴

Además, el mercado mexicano se conforma de 10 Afores y cada una realizaba el cobro de comisiones diversas, por lo que la reforma incide directamente en el monto máximo de cobro que realicen, ahora considerando los ajustes a la baja o al alza de las comisiones de Estados Unidos, Colombia y Chile.⁵⁵

3. *Nuevos tribunales laborales*

Desaparecen las Juntas de Conciliación y Arbitraje para dar paso a los nuevos Tribunales Laborales y a la instancia encargada de las conciliaciones. Las principales diferencias entre las primeras y los segundos son:

- Los Tribunales Laborales especializados dependen directamente del Poder Judicial y ya no del Ejecutivo, como se organizaban administrativamente las Juntas de Conciliación y Arbitraje.
- Las juntas fungían de manera tripartita⁵⁶ en los laudos, para resolver los conflictos de trabajo entre obreros y patrones; convirtiéndose ahora en tribunales de trabajo unipersonales con controversias que serán resueltas por un juez.

⁵² Es el organismo que establece las reglas para que el funcionamiento del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), Qué hacemos, México, Consar, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/consar/que-hacemos>, consultado el 11 de enero de 2021.

⁵³ *Qué hacemos*, México, Consar, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/consar/que-hacemos>, consultado el 8 de enero de 2021.

⁵⁴ *Cfr.* “Afores que han bajado más su comisión y cómo les afecta la reforma”, *El Ceo*, México, 2020; disponible en <https://elceo.com/economia/afores-que-han-bajado-mas-su-comision-y-como-les-afecta-la-reforma/>, consultado el 8 de enero de 2021.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *¿Qué hacemos?*, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/jfca/que-hacemos>, consultado el 7 de enero de 2021.

- En lugar de la dictaminación de laudos por las Juntas, se emitirán resoluciones o sentencias definitivas por los Tribunales Laborales (del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus homólogos en las entidades federativas).

El nuevo modelo arrancó a nivel federal el 18 de noviembre del 2020⁵⁷ con los Tribunales Laborales especializados dependientes del Poder Judicial en una primera etapa con los estados de Campeche, Chiapas, Durango, Estado de México, San Luis Potosí, Tabasco, Zacatecas e Hidalgo.⁵⁸

4. Servicio de guarderías para hijos de padres trabajadores

Un avance significativo hacia la equidad de género en prestaciones de seguridad social se consiguió el 21 de octubre del 2020 con la modificación de los artículos 201 y 205 de la LSS referentes al seguro de guarderías, sustituyendo las palabras “hombre” o “mujer” por “persona trabajadora”⁵⁹ para referirse a los derechohabientes de las prestaciones para sus hijos del seguro de guarderías. Cabe aclarar que previo a esta reforma, la citada ley discriminaba a los hombres,⁶⁰ quienes sólo podían acceder a este derecho en el caso de viudez, divorcio o cuando ellos ostentaran la custodia por resolución judicial,⁶¹ la reforma procura un trato igualitario de las y los trabajadores a ejercer el derecho de guarderías para el cuidado de sus hijos menores de cuatro años.

⁵⁷ Listos para iniciar la reforma laboral, demostraremos a la ciudadanía que el cambio va en serio: Luisa Alcalde, México, Gobierno de México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/stps/prensa/listos-para-iniciar-la-reforma-laboral-demostramos-a-la-ciudadania-que-el-cambio-va-en-serio-luisa-alcalde>, consultado el 7 de enero de 2021.

⁵⁸ *Arranca la segunda etapa de implementación de la Reforma Laboral*, México, Gobierno de México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/stps/prensa/arranca-la-segunda-etapa-de-implementacion-de-la-reforma-laboral>, consultado el 7 de enero de 2021.

⁵⁹ Decreto por el que se reforman los artículos 201, primer párrafo y 205, primer párrafo de la Ley del Seguro Social, *Diario Oficial de la Federación*.

⁶⁰ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; disponible en http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/02/asun_3809565_20190207_1549476168.pdf, consultado el 12 de enero de 2021.

⁶¹ Ruiz Ramírez, José Manuel, *Acceso a las guarderías y género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación; disponible en https://www.sjn.gob.mx/sites/default/files/derechos_humanos/articulosdb/documentos/2016-12/ACCESO%20A%20LAS%20GUARDER%C3%8DAS.pdf, consultado el 12 de enero de 2021.

5. Protección de riesgos psicosociales para los trabajadores en México

El 23 de octubre de 2019 entró en vigor la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 relativa a la prevención de riesgos psicosociales en el trabajo.

La primera etapa concluyó el 23 de octubre del 2020, e inició la segunda etapa en la cual los centros de trabajo, cuyas evaluaciones previamente determinen la necesidad de desarrollar acciones de control, deben implementar a través de un programa la atención de los factores de riesgo psicosocial, que propicie un entorno organizacional favorable y prevenir actos de violencia laboral.⁶²

Dicho programa debe contener las áreas de trabajo y/o trabajadores sujetos, tipo de acciones y medidas de control, fechas para su realización, control de avances de la implementación y la evaluación posterior; esta disposición aplica a centros de trabajo con más de 15 trabajadores.⁶³

Las evidencias impresas o en medios electrónicos se conservarán por lo menos un año, desde la fecha de elaboración, y podrán ser por constatación, revisión documental, registros o entrevistas, que se presentarán al momento de la visita de inspección o verificación (según corresponda) por la autoridad laboral.⁶⁴

6. Vivienda

Una prestación poco común para los seguros sociales es la de vivienda, a la que tienen derecho los trabajadores de la iniciativa privada asegurados en el IMSS a través del Infonavit y para los servidores públicos federales a través del ISSSTE, y en este año se presentaron las siguientes reformas:

1a. Creación del programa *ConstruYo*. Es un programa que empezó a operar el 31 de agosto de 2020 manejado por el Infonavit en los estados de Baja California, Chiapas, Jalisco, Nayarit, Oaxaca, Yucatán y Zona Metropolitana del Valle de México⁶⁵ y, dependiendo las necesidades del

⁶² Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, Factores de riesgo psicosocial en el trabajo. Identificación, análisis y prevención, *Diario Oficial de la Federación*, México, 23 de octubre de 2018; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5541828&fecha=23/10/2018, consultado el 7 de enero de 2021.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *ConstruYO*, Infonavit, México, 2020; disponible en https://portalmx.infonavit.org.mx/wps/portal/infonavit.web/trabajadores/construYO!/ut/p/~1/jZBND4IwDIZ_DV/jaicHpDQkOP2LUuI

trabajador, se otorga en tres supuestos: para reparaciones menores de la vivienda propiedad del trabajador, para la autoconstrucción o remodelación de una vivienda, y para la construcción o remodelación de vivienda mediante la empresa constructora de elección del trabajador (cabe aclarar que en los primeros dos supuestos se contará con una verificación, y en el último es responsable directamente la compañía constructora frente al Infonavit).

2a. El 16 de diciembre de 2020 se reforman la Ley del Infonavit⁶⁶ y la Ley del ISSSTE,⁶⁷ y se incluye como una de las prestaciones de ambos institutos el otorgar créditos al trabajador para la adquisición en propiedad del suelo destinado para la construcción de sus habitaciones.⁶⁸

3a. Las aportaciones de los trabajadores asegurados del IMSS se depositan en una cuenta individual, administrada por una Afore. Esta cuenta se divide a su vez en tres subcuentas y una de ellas acumula los recursos para el seguro de vivienda. Al respecto, el artículo 37 de la Ley del Infonavit mencionaba que el derecho de disponer de los recursos de esta subcuenta (por el trabajador o sus beneficiarios) prescribía a favor del Infonavit transcurrido el plazo de 10 años,⁶⁹ una vez que fuera exigible este derecho. Con la reforma al citado artículo se crea un procedimiento por el cual Infonavit podrá disponer de los montos de las subcuentas, además señala que un año antes de que se cumpla el plazo señalado (10 años), el Infonavit hará del conocimiento del trabajador o beneficiarios el tiempo que ha transcurrido para exigir este derecho; la notificación se dejará a la facultad discrecional del mismo instituto. Transcurrido el plazo ya mencionado, el Infonavit podrá constituir una reserva financiera con esos recursos.

C7GDA4SLAZmPL3RT2ZCNJbmdp8xYEbCDK6JHJSGeqjPK2Pwn7bDNE3x2TLTn4Fu53R
zJfL_rjQSCNzCiiGyOLUB9is7CW3rTjTVinLAY4mNHOTjM7nFE__o.AxBypSkDwD_CKO_
ICoTMVfz5p1PGFpUgguSaVEll3qt2nGp9q2cGGtg0jSmVknliXIRb4C8IVbW'G8JuEW8F5iN
mCCg9BCa50ng! / dz/ d5/ L2dBISEvZ0FBIS9nQSEb/, consultado el 12 de enero de 2021.

⁶⁶ Se modifican los artículos 41, párrafo primero; 42, fracción II, incisos a), b), c) y d); 43 Bis, párrafo tercero; 47, párrafos segundo, cuarto y quinto; 48; 49, párrafos primero y segundo, y, 50; y se adicionan al artículo 3o., fracción II, inciso d); 42, fracción II, inciso e), y un segundo párrafo.

⁶⁷ Se reformaron los artículos 167, párrafo tercero; 176, párrafo tercero; 179, párrafo primero y 181; y se adicionan a los artículos 169, fracción I, inciso d); y 178, un párrafo segundo, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

⁶⁸ Se entiende por suelo el terreno sobre el cual el trabajador pretende construir.

⁶⁹ Decreto por el que se reforma el artículo 37 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de diciembre de 2020.

Cabe aclarar que se protege el derecho de los trabajadores, quienes podrán exigir los montos de la subcuenta de vivienda por medio de un mecanismo de reclamación ante el instituto (el cual no ha sido definido), aún transcurridos los 10 años.

7. *Cambios en las cuestiones de financiamiento*

De forma general, destaca el aumento del presupuesto en materia de seguridad social, que en 2019 se estableció para el ejercicio 2020 en \$863 611 766 125.00 (ochocientos sesenta y tres mil seiscientos once millones setecientos sesenta y seis mil ciento veinticinco pesos 00/100 M.N.)⁷⁰ (43,051 billón USD), y para el ejercicio 2021 se aumentó a \$961,026,461,285.00 (Novecientos sesenta y un mil veintiséis millones cuatrocientos sesenta y un mil doscientos ochenta y cinco pesos 00/100 M.N.)⁷¹ (47,907 billón USD).

También resaltan los montos asignados por primera vez en el presupuesto anual, para dar cumplimiento a prestaciones en materia de seguridad social y de servicios de salud que se mencionan a continuación.

A. Incorporación de presupuesto para la seguridad social de los productores de caña de azúcar

Dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020⁷² se incorporó un monto de 280 millones de pesos, (14 millones USD) para dar cumplimiento a la incorporación por decreto presidencial⁷³ al régimen del seguro social obligatorio otorgado por el IMSS a los productores de caña, que les otorga las prestaciones de los siguientes seguros: Riesgos de Trabajo, Enfermedades y Maternidad, Invalidez y Vida, Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez y Guarderías y Prestaciones Sociales.

⁷⁰ Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2020/PEF_2020_abro.pdf, consultado el 7 de enero de 2021.

⁷¹ Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2021, *Diario Oficial de la Federación*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2021_301120.pdf, consultado el 7 de enero de 2021.

⁷² Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020..., *cit.*

⁷³ Artículos 236 y 12 fracción III de la Ley del Seguro Social.

B. Incorporación de subsidio para el financiamiento de las prestaciones por licencia para padres de hijos con cáncer

El 4 de junio de 2019 entró en vigor el “Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y de la Ley Federal del Trabajo”,⁷⁴ con el cual las madres o padres trabajadores asegurados podrán ausentarse de sus labores para el cuidado de sus hijos diagnosticados con cáncer, y gozarán de una licencia por cuidados médicos equivalente al 60% del último salario diario de cotización registrado por el empleador, durante un periodo máximo de 364 días en 3 años, en licencias de 1 a 28 días.⁷⁵

Por lo que se incluye en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020⁷⁶ un monto de 498.8 millones de pesos (24,865 millones USD), sólo para el IMSS; además, por el mismo concepto, se designó un presupuesto de 168 millones de pesos para ser ejercidos por el ISSSTE. Lo anterior destinado para cubrir los gastos originados por dicha prestación económica.

VI. SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL

En este apartado se reportan los dos acontecimientos siguientes.

1. El nuevo Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá

El primero de julio de 2020 entró en vigor el nuevo tratado de libre comercio denominado “Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá” (T-MEC/USMCA) que sustituye al *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), y que

⁷⁴ Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y de la Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, México; disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561817&fecha=04/06/2019, consultado el 7 de enero de 2021.

⁷⁵ Artículo 140 bis de la LSS.

⁷⁶ *Inventario Coneval de Programas y Acciones Federales de Desarrollo Social 2019-2020. Presentación y Análisis*, México, Coneval, 2020, p. 35; disponible en <https://www.coneval.org.mx/evaluacion/ipfe/Paginas/default.aspx>, consultado el 7 de enero de 2021.

permite atender las nuevas necesidades y realidades en materia comercial entre los países intervinientes.

De manera particular destacan en derecho social algunas novedades del T-MEC:

- 1) El T-MEC se distingue por estar compuesto por 34 capítulos⁷⁷ y sus aspectos trascendentales en materia laboral se encuentran contenidos en el capítulo 23 del tratado en el que las partes se comprometen, esencialmente, a adoptar e implementar en sus legislaciones los derechos establecidos a Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, que incluye entre otros temas la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, incluido el trabajo infantil; inclusive, la prohibición de importar mercancías producidas bajo estas condiciones.⁷⁸
- 2) Si bien en el NAFTA se establecían prohibiciones de discriminación respecto de los proveedores⁷⁹ o en materia de licitación,⁸⁰ en el T-MEC se incorporan además compromisos específicos para proteger a los trabajadores de la discriminación de género, pues se reconoce el objetivo de eliminar la discriminación tanto en el empleo y la ocupación, y apoyar el objetivo de promover la igualdad de la mujer en el centro de trabajo, protegiéndolas de cualquier discriminación de género, incluido el acoso sexual, embarazo, orientación sexual, identidad, etc.⁸¹
- 3) Por otra parte, el T-MEC aborda la protección de los trabajadores migrantes, señalando que deberán estar protegidos conforme a las leyes laborales de los países, sean o no nacionales,⁸² para así establecer mecanismos de protección en defensa de sus derechos: No obstante, lo anterior no incluye medidas en pro de la circulación de trabajadores.

⁷⁷ Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, México, Gobierno Mexicano, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published>, consultado el 25 de enero de 2021.

⁷⁸ *Ibidem*, capítulo 23, artículo 23.6.

⁷⁹ *Ibidem*, artículo 1003.

⁸⁰ *Ibidem*, artículo 1008.

⁸¹ *Ibidem*, capítulo 23, artículo 23.9.

⁸² *Ibidem*, capítulo 23, artículo 23.8.

2. *El registro del Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 189) ante la Organización Internacional del Trabajo*

El 3 de julio de 2020 se llevó a cabo el registro del Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 189) ante el director general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁸³ El decreto respectivo se publicó anteriormente el 20 de enero de 2020 en el Diario Oficial de la Federación. El registro formal del Convenio 189 da inicio a la cuenta regresiva para su entrada en vigor, el cual, en un plazo de doce meses, tendrá rango constitucional.⁸⁴ El artículo 14 de dicho convenio establece que las y los trabajadores domésticos deben disfrutar de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad, por lo que seguramente tendremos reformas en la Ley Federal del Trabajo en este año 2021.⁸⁵

VII. CONCLUSIONES

Como se ha podido constatar en este informe, la seguridad social de México, pese a la pandemia, ha dado un avance importante en materia jurisdiccional, pues esto es reconocible a través de las diversas resoluciones que sin aplicación *stricto sensu* de la norma, han podido ampliar su cobertura; por ejemplo, con los extranjeros, al reclamar sus ahorros acumulados en las cuentas individuales y la protección que se debe dar a los trabajadores en la pandemia.

En el aspecto legislativo, resulta sumamente interesante la reforma a las pensiones de 2020, en función de que al no contar con una clara planeación financiera, no se puede sostener que sea una reforma acertada. Seguramente cuenta con una buena intención, y por lo mismo con una excelente aceptación de los beneficiarios de dicha reforma, pero esto no garantiza su sustentabilidad.

⁸³ *México y el Convenio 189 de la OIT*, 2020; disponible en <https://www.onu.org.mx/wp-content/uploads/2020/07/M%C3%A9xico-y-el-Convenio-189-de-la-OIT.pdf>, consultado el 7 de enero de 2021.

⁸⁴ Cfr. “México salda su deuda histórica con los 2,3 millones de trabajadoras domésticas al ratificar el ‘Convenio 189’”, Noticias ONU, 2020; disponible en <https://news.un.org/es/story/2020/07/1477151>, consultado el 7 de enero de 2021.

⁸⁵ *C189 Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, OIT, 2011 (núm. 189), artículo 14; disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189, consultado el 12 de enero de 2021.

Por último, en materia internacional, se reconoce un avance significativo ya presentado desde el año anterior en la protección de las y los trabajadores domésticos. Lamentablemente el nuevo T-MEC no incluye normas específicas de seguridad social, y seguramente los mexicanos deberemos esperar veinte años más para ver iniciar una verdadera negociación que nos lleve a una integración regional. Porque éste inicia efectivamente por una integración económica con la libertad de mercancías, pero a ella debiera seguir la libre circulación de trabajadores, y posteriormente de todas las personas; en los dos últimos casos es indispensable el cobijo de la seguridad social desde el principio.

VIII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

“Acuerda Conasami incremento del salario mínimo del 15% para 2021”, México, Gobierno de México, Comisión Nacional de Salarios Mínimos, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/conasami/prensa/acuerda-conasami-incremento-del-salario-minimo-del-15-para-2021-259690>.

Acuerdo ACDO.AS2.HCT.240620/173.PDPES, dictado por el H. Consejo Técnico en sesión ordinaria de 24 de junio de 2020, por el que se autorizan estrategias para prorrogar las prestaciones en especie y/o en dinero a los asegurados con incapacidad temporal para el trabajo que lleguen a término de ley y a los beneficiarios hijos incapacitados que cumplen 16 años, así como reconocimiento de la enfermedad COVID-19 como riesgo de trabajo en trabajadores IMSS, durante el periodo de contingencia, *Diario Oficial de la Federación*, México, Secretaría de Gobernación, 2020; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5597452&fecha=29/07/2020.

Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020#:~:text=Primero.,Se%20declara%20como%20emergencia%20sanitaria%20por%20causa%20de%20fuerza%20mayor,prevista%20en%20el%20numeral%20anterior.

Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa de Salud y Bienestar Comunitario, para el Ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5583027&fecha=28/12/2019.

Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos de Operación del Programa para el Bienestar de las Personas en Emergencia Social o Natural para el Ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020; disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/578546/Lineamientos_Emergencia_Social.pdf.

Adultos mayores recibirán bimestre adelantado de pensión, anuncia presidente; programas sociales se fortalecerán ante COVID-19, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://presidente.gob.mx/adultos-mayores-recibiran-bimestre-adelantado-de-pension-anuncia-presidente-programas-sociales-se-fortaleceran-ante-covid-19/>.

“Afores que han bajado más su comisión y cómo les afecta la reforma”, *El Ceo*, México, 2020; disponible en <https://elceo.com/economia/afores-que-han-bajado-mas-su-comision-y-como-les-afecta-la-reforma/>.

Arranca la segunda etapa de implementación de la Reforma Laboral, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/stps/prensa/arranca-la-segunda-etapa-de-implementacion-de-la-reforma-laboral>.

BBVA México: En 2020, las remesas alcanzarán los 39,500 millones de dólares pese a la pandemia, México, BBVA, 2020; disponible en <https://www.bbva.com/es/mx/bbva-mexico-estima-que-en-2020-las-remesas-alcanzaran-los-39500-mdd-84-pese-a-la-pandemia/>.

Becas para el Bienestar Benito Juárez, *Conferencias sobre Programas del Bienestar*, México, Gobierno de México, Secretaría de Trabajo y Previsión Social, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/stps/articulos/becas-para-el-bienestar-benito-juarez-conferencias-bienestar>.

C189-Convención sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, OIT, 2011 (núm. 189), Artículo 14; disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

Cambios estructurales en el mercado laboral, Banco de México, 2020; disponible en <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/presentaciones/%7B03A31AC2-D1CD-C0CA-955B-B8AEFE71AFAB%7D.pdf>.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones*, 2020, p. 5; disponible en https://repositorio.cepal.org/biustream/handle/11362/45782/4/S2000471_es.pdf.

ConstruYO, México, Infonavit, 2020, disponible en https://portalmx.infonavit.org.mx/nps/portal/infonavit.web/trabajadores/construYO/!ut/p/!z1/jZBND4IwDIZ_DVfaicHpDQkOP2LUuIC7GDA4SLAZmPL3RT2ZC

*NJbmdp8xYEhCDK6JHJSGeqjPK2Pwn7bDNE3x2TLTu4Fu53RzJl
fl_ryQSCNzCiiGyOLUB9is7CW3rTjTVinLAY4mNHOTjM7wFE__oA
xBtpSkDwD_CKO_ICoTMVfz5p1PGFpUgquSaVell3qt2nGp9q2cGGtg0j
SmVknliXIRb4C8IVbWG8JuEW8F5iNmuCGj9BCc.S0vg!/dz/d5/L2dBI
SErZ0FBIS9nQSEb/.*

Convenio con hospitales privados ¡Todos juntos contra el COVID-19!, México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/issste/es/articulos/convenio-con-hospitales-privados?idiom=es>.

COVID-19 México, México, Gobierno de México, 2021; disponible en <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>; consultado el 7 de enero de 2021.

Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y de la Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, México; disponible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561817&fecha=04/06/2019.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social y de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2020; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5607729&fecha=16/12/2020.

Evolución de las líneas de pobreza por ingresos, México, Coneval, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>.

Guía para implementar el teletrabajo en los centros de trabajo en el marco de las acciones para enfrentar el COVID-19, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 2020; disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/543661/INTRODUCCION_N.pdf.

Informes de perspectivas de la economía mundial octubre de 2020, Fondo Monetario Internacional, Estados Unidos de América, 2020; disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>.

Informe sobre el comercio y el desarrollo 2020 de la pandemia mundial a la prosperidad para todos: evitar otra década perdida, Organización de las Naciones Unidas, Suiza, 2020; disponible en <https://www.unu.org.mx/presentacion-del-informe-2020-sobre-comercio-y-desarrollo-de-la-unctad/>.

Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020, Suiza, OIM-ONU, 2020; disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf.

Inventario Coneval de Programas y Acciones Federales de Desarrollo Social 2019-2020. Presentación y Análisis, México, Coneval, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/evaluacion/ipfe/Paginas/default.aspx>.

Las Afore solo cobran una comisión, Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/consar/articulos/las-afore-solo-cobran-una-comision>.

Listos para iniciar la reforma laboral, demostraremos a la ciudadanía que el cambio va en serio: Luisa Alcalde, Gobierno de México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/stps/prensa/listos-para-iniciar-la-reforma-laboral-demostraremos-a-la-ciudadania-que-el-cambio-va-en-serio-luisa-alcalde>.

LXIV/3PPO-72, *Gaceta del Senado*, México, Senado de la República, 2020, miércoles 9 de diciembre de 2020, disponible en https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/2020_12_09/2757#418.

Medición de la pobreza, México, Coneval, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>; consultado el 5 de enero de 2021.

México salda su deuda histórica con los 2,3 millones de trabajadoras domésticas al ratificar el "Convenio 189", Noticias ONU, 2020; disponible en <https://news.un.org/es/story/2020/07/1477151>.

México y el Convenio 189 de la OIT, 2020; disponible en <https://www.onu.org.mx/wp-content/uploads/2020/07/M%C3%A9xico-y-el-Convenio-189-de-la-OIT.pdf>.

Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, Factores de riesgo psicosocial en el trabajo- Identificación, análisis y prevención, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de octubre de 2018, México; disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5541828&fecha=23/10/2018.

Pensión por Régimen 97, México, Consar, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/consar/articulos/por-regimen-de-97#:~:text=Para%202020%20la%20Pens%3%B3n%20Garantizada,necesitas%20para%20realizar%20este%20Oretiro%3F>.

Personas que perdieron su empleo durante emergencia sanitaria pueden tramitar retiro parcial por desempleo: IMSS, México, IMSS, 2020; disponible en <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202006/368>.

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020, *Diario Oficial de la Federación*, México; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2020/PEF_2020_abro.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2021, *Diario Oficial de la Federación*, México; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2021_301120.pdf.

Programa 3x1 para Migrantes, México, Secretaría de Desarrollo Social; disponible en http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Transparencia/TransparenciaFocalizada/Programas_Sociales/pdf/3x1_para_migrantes.pdf.

Programa de Coínversión Social, México, Secretaría de Desarrollo Social; disponible en http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Transparencia/TransparenciaFocalizada/Programas_Sociales/pdf/coinversion_social.pdf.

Qué hacemos, México, Consar, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/consar/que-hacemos>.

¿Qué hacemos?, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/jfca/que-hacemos>.

¿Quiénes somos?, México, Coneval, 2020; disponible en <https://www.coneval.org.mx/quienessomos/Paginas/Quienes-Somos.aspx>.

Resultados de la encuesta nacional de ocupación y empleo. nueva edición (ENOEN) cifras durante el tercer trimestre de 2020, México, INEGI, 2020; disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enoe/15ymas/doc/enoe_n_notata_tecnica_trim3.pdf.

RUIZ RAMÍREZ, José Manuel, *Acceso a las guarderías y género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación; disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos_humanos/articulosdb/documentos/2016-12/ACCE%20A%20LAS%20GUARDER%20C3%8DAS.pdf.

Segundo Informe de Gobierno 2020, México, Gobierno de México, Presidencia de la República, 2020; disponible en <https://presidente.gob.mx/wp-content/uploads/2020/09/PRESIDENTE%20AMLO%20INFORME%20DE%20GOBIERNO%202019-2020.pdf>.

Tipo de cambio, México, Banco de México, 2021; disponible en <https://www.banxico.org.mx/tipcamb/main.do?page=tipc&idioma=sp>.

Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, México, Gobierno de México, 2020; disponible en <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published>.

UMA, México, INEGI, 2021; disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>.

Votaciones del primer periodo ordinario del tercer año de la LXIV Legislatura, *Servicio de la Gaceta Parlamentaria*, México, Cámara de Diputados, 2020; disponible en http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/Votaciones/64/vot64_a3primero.html.