

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. 29, julio-diciembre de 2019



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretario académico

Isaa Luna Pla

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: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

Apoyo editorial: Óscar Martínez González

Diseño de interiores: Wendy Vanesa Rocha Cacho



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

Raúl Márquez Romero

Secretario técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Albuquerque (República Dominicana); Alfonso Bouzas (México); Carlos de Buen Unna (México); José Dávalos Morales (México); Alexander Godínez (Costa Rica); Óscar Hernández Álvarez (Venezuela); 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 †.

VOCALES

José Alfonso Aparicio Velázquez; 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)

Número de certificado de licitud de título: en trámite

Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

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

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

Primera edición: 17 de septiembre de 2019

DR © 2019. 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

- Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología 3
Jesús AGUILERA DURÁN
- La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México 25
Isaac DE PAZ GONZÁLEZ
María del Refugio MACÍAS SANDOVAL
- Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas 63
Ana DOMÍNGUEZ MORALES
- Los principios de igualdad y universalidad. Excepciones de aplicación a los extranjeros en situación administrativa regular en España: el caso de la prestación por hijo o menor a cargo 87
Ana Nieves ESCRIBÁ PÉREZ
- El derecho al acceso a la seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado 117
Karen Yarely GARCÍA ARIZAGA
Diana PÉREZ PADRÓN

¿Incrementar la edad legal de jubilación y extender la trayectoria laboral? Apuntes para la discusión sobre empleo en personas mayores en Chile	145
Ignacio MADERO-CABIB Rodrigo PALOMO VÉLEZ María Soledad JOFRÉ BUSTOS	
La continuación de la empresa en quiebra y la optimización del derecho a trabajar: algunos criterios interpretativos en la jurisprudencia nacional argentina	177
Eduardo Esteban MAGOJA	
El sistema general de seguridad social en salud de Colombia. Universal, pero ineficiente: a propósito de los veinticinco años de su creación.	201
David MENDIETA GONZÁLEZ Carmen Elena JARAMILLO	
La vulneración al mínimo vital en el sistema de seguridad social chileno.	219
Rodrigo MONTEIRO PESSOA	
Nuevos modelos de seguridad social ante las nuevas formas de empleo y cambio tecnológico.	239
María Ascensión MORALES RAMÍREZ	
El derecho constitucional a la igualdad retributiva.	269
José María SOBERANES DÍEZ	
Prostitución en Colombia: hacia una aproximación sociojurídica a los derechos de los trabajadores sexuales.	289
Misael TIRADO ACERO Carlos Alfonso LAVERDE RODRÍGUEZ Juan Camilo BEDOYA CHAVARRIAGA	

COMENTARIOS

- Las relaciones laborales del Instituto Estatal Electoral de Nayarit y sus
trabajadores 319

José Daniel AMAYA CARVAJAL

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- HERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos en libertad sindical*, 5a. ed., Monte-
video, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, 267 pp. 339

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL

- Informe: avances y retrocesos de la seguridad social en México, 2018. . 347

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

ARTÍCULOS



DERECHO AL TRABAJO, AUTOMATIZACIÓN LABORAL Y DERECHOS DE AFECTACIÓN POR EL USO DE TECNOLOGÍA*

RIGHT TO WORK, LABOR AUTOMATION AND RIGHTS
OF AFFECTATION BY TECHNOLOGY'S USE

DROIT AU TRAVAIL, AUTOMATISATION DU TRAVAIL ET DROITS
D'AFECTION POUR L'UTILISATION DE LA TECHNOLOGIE

Jesús AGUILERA DURÁN**

RESUMEN: El uso de la tecnología trae aparejada la utilización de robots y la inteligencia artificial en diversos ámbitos de la producción de bienes y la prestación de servicios, lo que va generalizando la automatización laboral y el desvanecimiento de los derechos laborales de las personas, por lo que se hace necesario un replanteamiento de las expectativas profesionales y legales para el futuro. Se tienen como objetivos los siguientes: abordar la realidad y normativa del derecho al trabajo que está dirigida a regir las relaciones laborales sólo entre personas; exponer algunos datos sobre la automatización laboral y el replanteamiento que se debe hacer para enfrentar la construcción de una nueva forma de educar para un futuro no lejano; abordar la interacción del ser humano, particularmente la del trabajador, con la tecnología, y, de forma general, de ésta con las personas. Asimismo, reflexionar sobre cuándo las personas resientan alguna afectación en sus derechos por el uso de tecnología sin que la legislación contemple disposiciones para protegerlos y garantizarlos. Para alcanzar estos objetivos se plantea un relevamiento de información en fuentes bibliográficas y digitales que permitan reforzar la postura del autor sobre el contexto actual y futuro del derecho al trabajo, la disseminación de la automatización laboral y, como corolario, lo que se considera de más

* Recibido el 26 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesor de Derechos Humanos y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.



trascendencia: la visualización de los derechos de afectación por el uso de tecnología como derechos humanos.

Palabras clave: derechos laborales, automatización laboral, robots, derechos de afectación.

ABSTRACT: The use of technology brings with it the use of robots and artificial intelligence in various areas of the production of goods and the provision of services, which is generalized labor automation and the fading of labor rights of people, so that It is necessary to rethink professional and legal expectations for the future. The following objectives are aimed at: addressing the reality and regulations of the right to work that is aimed at governing labor relations only between people; expose some data on labor automation and the rethinking that must be done to face the construction of a new way of educating for a future not far away; to approach the interaction of the human being, particularly the worker with the technology, and in a general way, of this with the people. Also, reflect on when people resent any impact on their rights for the use of technology without the legislation includes provisions to protect and guarantee them. To achieve these objectives, a survey of information in bibliographic and digital sources is proposed to reinforce the author's position on the current and future context of the right to work, the dissemination of labor automation and, as a corollary, what is considered to be transcendence, the visualization of rights of affectation due to the use of technology as human rights.

Keywords: labor rights, labor automation, robots, rights of affectation.

RÉSUMÉ: L'utilisation de la technologie entraîne l'utilisation de robots et de l'intelligence artificielle dans divers domaines de la production de biens et de la fourniture de services, à savoir l'automatisation généralisée du travail et la disparition progressive des droits des personnes en matière de travail. ce qui devient nécessaire est de repenser les attentes professionnelles et juridiques pour l'avenir. Les objectifs suivants visent à: faire face à la réalité et aux réglementations du droit au travail visant à régir les relations de travail uniquement entre personnes; exposer quelques données sur l'automatisation du travail et les réflexions à faire pour faire face à la construction d'une nouvelle manière d'éduquer pour un avenir proche; aborder l'interaction de l'être humain, en particulier du travailleur, avec la technologie et, d'une manière générale, avec les gens. En outre, réfléchissez au moment où les gens ressentent un quelconque impact sur leurs droits à l'utilisation de la technologie sans que

la législation comprenne des dispositions visant à les protéger et à les garantir. Pour atteindre ces objectifs, une enquête sur l'information figurant dans des sources bibliographiques et numériques est proposée pour renforcer la position de l'auteur sur le contexte actuel et futur du droit au travail, de la diffusion de l'automatisation du travail et, en corollaire, de ce qui est considéré comme un droit. transcendance, la visualisation des droits d'affectation résultant de l'utilisation de la technologie en tant que droits de l'homme.

Mots-clés: droits du travail, automatisation du travail, robots, droits d'affectation.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *El derecho al trabajo en el contexto jurídico mexicano*. III. *El derecho al trabajo en el ámbito internacional*. IV. *Automatización de las profesiones para el trabajo*. V. *Interacción de humanos con robots en el campo laboral*. VI. *¿Y si hablamos de una responsabilidad por uso de la tecnología?* VII. *Visualización de los derechos por afectación por del uso de tecnología como derechos humanos*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Fuentes de información*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

En un contexto internacional donde el reconocimiento de los derechos humanos se va dando a cuentagotas, lo que hace cada vez más complicado poder acceder a su ejercicio pleno, se presentan situaciones de conflicto en el ámbito nacional para poder mantener su protección y garantía, ya que casi por lo general se tiene que acudir al ámbito jurisdiccional para poder exigirlos.

Sirva lo anterior para resaltar que el Estado no ha garantizado a cabalidad el derecho de acceso a la justicia, que en ocasiones es negado o no está al alcance de las personas por falta de recursos económicos para pagar un proceso judicial, que va a ser largo, costoso, y que de ninguna forma garantiza alcanzar justicia a sus pretensiones.¹

Cabrera Dircio, Julio y Aguilera Durán, Jesús, "La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-junio de 2019, p. 247, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40>.

En ese contexto, se va perdiendo la eficacia de los derechos laborales, ya que los resultados de esa histórica lucha por el aseguramiento de condiciones laborales que provean a los trabajadores de una seguridad y estabilidad laborales se antoja cada vez más difícil de mantener, porque se van desvaneciendo los derechos adquiridos o su vigencia en la normativa laboral.

Además, los ámbitos laborales se ven influenciados cada vez más por los avances de la tecnología.

La evolución de las telecomunicaciones y de la informática ha sido tan vertiginosa que ha llegado incluso a modificar el marco normativo previsto para las relaciones laborales. Es por ello que la protección de los derechos fundamentales se haya alzado como plano prioritario, siendo objeto de una regulación exhaustiva y de su correspondiente interpretación por el colectivo comunitario.²

El uso de la tecnología trae aparejada la utilización de robots y la inteligencia artificial en diversos ámbitos de la producción de bienes y la prestación de servicios, lo que va generalizando la automatización laboral, por lo que se hace necesario un replanteamiento de las expectativas profesionales para el futuro, porque a los dueños del capital les representa más ganancias invertir en robots que mejorar las condiciones de trabajo para sus empleados.

“No nos cabe la menor duda que la robótica y la inteligencia artificial traerán consigo eficiencia y ahorro en todos los sectores (producción y comercio, transporte, asistencia sanitaria, educación y agricultura, etc.) pero también pueden causar que aquéllos asuman gran parte del trabajo que ahora realizamos los humanos”.³

Con esa automatización laboral, también se presenta la interacción robot-humanos, de la cual se van a derivar diversas situaciones en las que el trabajador puede resentir alguna afectación en sus derechos o en su persona por el uso de la tecnología en los diversos sectores productivos de la sociedad, incluida la inminente readaptación de los seres humanos a nuevas condiciones laborales.

Dicha afectación, que puede ser de tipo físico, normativo, psicológico o laboral, en lo que respecta a pérdidas o disminución en los derechos de los

² Monereo Pérez, José Luis y López Insua, Belén del Mar, “BIB 2014\122”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, Cizur Menor, 2014, p. 28.

³ Sierra Benítez, Esperanza Macarena, “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, en Cerejeira Namora, Nuno *et al.*, *Digital Work and Personal Data Protection*, Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 68.

trabajadores, también puede resentirse en otros aspectos de la vida cotidiana de las personas cuando entran en contacto con el uso de la tecnología.

Esto plantea la necesidad de realizar una evaluación de las consecuencias éticas y morales de las nuevas tecnologías, porque los robots deben respetar los lógicos derechos fundamentales de las personas y los derechos sociales protegidos. Para ello, se deben prever las medidas técnicas que garanticen el respeto en la propia fase de diseño (protección de la intimidad desde el momento inicial), así como establecer unas consideraciones sobre seguridad (información y regulación de la responsabilidad derivada del uso, como quien es el propietario, quien tiene la potestad para disponer de ellos y quien puede modificar su implantación).⁴

En esa tesitura, este artículo tiene como objetivos los siguientes: abordar la realidad y normativa del derecho al trabajo, que está dirigido a regir las relaciones laborales sólo entre personas; exponer algunos datos sobre la automatización laboral y el replanteamiento que se debe hacer para enfrentar la construcción de una nueva forma de educar, para un futuro no lejano; abordar la interacción del ser humano, particularmente del trabajador con la tecnología, y de forma general, de ésta con las personas. Asimismo, como corolario, lo que se considera de más trascendencia: hacer visibles los derechos de afectación por el uso de tecnología como derechos humanos.

Para alcanzar estos objetivos se plantea un relevamiento de información en fuentes bibliográficas y digitales, que permitan reforzar la postura del autor sobre el contexto actual del derecho al trabajo, la diseminación de la automatización laboral y la visualización de los derechos de afectación por el uso de tecnología.

II. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL CONTEXTO JURÍDICO MEXICANO

Los derechos sociales, los laborales entre ellos, se plasmaron por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917, la que se denominó “la primera Constitución social en el mundo”.

En Latinoamérica varias Constituciones siguieron los pasos del constitucionalista mexicano e incorporaron a su texto los derechos sociales, lo que

Ibidem, pp. 80 y 81.

significó entender al ser humano como un individuo inserto en un contexto social, con necesidad de una protección más amplia frente a las vicisitudes de la vida que debe afrontar en condiciones propias de la dignidad del ser humano.⁵

Con esa visión, las personas pertenecientes a sectores vulnerables de la sociedad, en aras de proteger su dignidad ante las desigualdades sociales, reciben un reconocimiento del Estado, que les va a permitir tener una vida decente. Uno de estos sectores lo representan los trabajadores, que ven cristalizada esa visión a través de los derechos laborales.

El derecho al trabajo encuentra su sustento en los artículos 1o., como matriz de los derechos humanos, y en el 123, que es propio de las relaciones laborales; asimismo, en la Ley Federal del Trabajo y en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Sin embargo, con los avances de la tecnología se percibe un desvanecimiento de los derechos laborales; por ejemplo, la estabilidad en el trabajo o la seguridad social, que se han visto seriamente disminuidas con las nuevas formas de contratación laboral.

Se deberá prever la formación y capacitación de nuevos puestos laborales, así como nuevos riesgos o enfermedades profesionales derivados de los mismos puestos a los cuales se tendrá que hacer frente. Aunado a lo anterior, el reto se encuentra en encontrar el equilibrio entre desarrollo tecnológico y el respeto a los derechos de los trabajadores; así como implementar la protección que necesita el trabajo de la era digital.⁶

Un factor que provoca otra afectación seria en los derechos del trabajador es la ocasionada por el poderío económico de las empresas trasnacionales, que se allegan de abogados para cabildear reformas legislativas que favorecen a sus intereses o esquivar a las leyes laborales.

En lo que respecta a la CPEUM, se resalta que si bien en el artículo 1o. se reconocen los derechos humanos, los derechos laborales entre ellos, también se imponen obligaciones a las autoridades de promover, respetar, proteger y

⁵ Kurczyn Villalobos, Patricia, “Seguridad social”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, 2a. ed., México, UNAM-Colegio Nacional, 2011, p. 202.

⁶ Mendizábal Bermúdez, Gabriela y López Pérez, Emmanuel, “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 1, enero-marzo de 2018, p. 315.

garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Con relación al principio de progresividad, se entiende que la obligación estatal consiste en ir adaptando a la realidad el respectivo avance en los derechos o la inclusión de nuevos derechos en la legislación interna. Además, el artículo 1o. contiene el principio pro persona y el principio de interpretación conforme, lo que amplía el ámbito de protección sobre los derechos humanos.

En ese orden de ideas, la CPEUM en el artículo 123 prescribe que “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”. Con esta disposición se reconoce el derecho al trabajo, y también se estipulan los deberes del Estado en este ámbito; pero nada se habla de responsabilidad con relación al uso de robots o la inteligencia artificial en el ámbito laboral.

El artículo 123 es una de las conquistas de la clase obrera en la Revolución mexicana, y, por lo mismo, se establece como una norma de mínimos para proteger al trabajador en contra del patrón. Esta misma tendencia se observa en su ley reglamentaria (la Ley Federal de Trabajo), y en las normas laborales de Latinoamérica.⁷

En la fracción XIV de este precepto se menciona que “los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten”; sin embargo, en la descripción de ambos conceptos no existe ninguna alusión de responsabilidad que surja de la interacción trabajador-robot.

En el apartado A se regulan las relaciones laborales “entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo”; en el apartado B, las relaciones laborales “entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores”. Este artículo es el fundamento de la Ley Federal del Trabajo (LFT) y de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), las cuales van a detallar todo lo relacionado con el derecho laboral.

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, enero-junio de 2019, p. 162, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.28.13147>.

La LFT rige las relaciones de trabajo comprendidas en el apartado A del artículo 123. En otras palabras, las relaciones laborales del sector privado. De tal modo que detalla todas las disposiciones de dicho apartado.

El artículo 60. dispone que “Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia”.

En cuanto a la responsabilidad, por ejemplo, es de poner atención a lo que dispone el artículo 489, que prescribe:

No libera al patrón de responsabilidad:

- I. Que el trabajador explícita o implícitamente hubiese asumido los riesgos de trabajo;
- II. Que el accidente ocurra por torpeza o negligencia del trabajador; y
- III. Que el accidente sea causado por imprudencia o negligencia de algún compañero de trabajo o de una tercera persona.

En la fracción III se considera pertinente que debería agregarse “o de alguna máquina o robot”.

La LFTSE, también conocida como la ley burocrática, es reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional, y como ya se mencionó rige las relaciones laborales entre los trabajadores del Estado y los poderes e instituciones enunciadas en su artículo primero.

Así, la jornada laboral se estipula como de ocho horas durante el trabajo diurno, de siete horas para el nocturno y la mixta de siete horas y media como máximo. No se hace mención alguna a la interacción que se produce entre los humanos y los robots en el trabajo.

El artículo 46 dispone:

Ningún trabajador podrá ser cesado sino por justa causa. En consecuencia, el nombramiento o designación de los trabajadores sólo dejará de surtir efectos sin responsabilidad para los titulares de las dependencias por las siguientes causas:

V. Por resolución del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, en los casos siguientes:

- f) Por comprometer con su imprudencia, descuido o negligencia la seguridad del taller, oficina o dependencia donde preste sus servicios o de las personas que allí se encuentren.

Por virtud de este inciso f), el trabajador sí puede ser sancionado hasta con el cese de sus funciones, pero nada se aborda sobre la posibilidad de que resienta una afectación por descuido o negligencia de un robot o máquina.

La automatización y la digitalización perfilan, además, otras consecuencias de dimensión social, entre otras: un aumento temporal del desempleo o la consolidación de un nivel de desempleo estructural significativo que genere necesidades de protección social más amplias, dado el número de personas afectadas por el proceso disruptivo.⁸

Del análisis breve sobre la legislación laboral más importante en nuestro país se aprecia que es necesaria una adecuación a una realidad cada vez más cotidiana sobre el uso de la tecnología en el ámbito laboral, puesto que el uso de robots y de la inteligencia artificial se vuelve cada vez más frecuente en nuestro entorno, sin que se actualice manifestación legal alguna sobre dicho fenómeno.

III. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En lo que respecta al ámbito universal, se puede decir que el fundamento de los derechos laborales se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Organización Internacional del Trabajo; en la región americana, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En dichos instrumentos jurídicos internacionales, al igual que en el ámbito nacional, no se visualiza una inclusión normativa sobre las relaciones donde interactúan los humanos con los robots, ni en el campo laboral ni en términos generales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 6.1, reconoce el derecho a trabajar, el cual se complementa con el reconocimiento al derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias del artículo 7o.; con la obligación de los

Bonet Pérez, Jordi, “Disrupción tecnológica y trabajo, ¿disrupción también en el ámbito de las relaciones laborales?”, *Revista Mientras Tanto.e*, núm. 169, junio de 2018, p. 4, disponible en: <http://www.mientrastanta.org/boletin-169/notas/disrupcion-tecnologica-y-trabajo-disrupcion-tambien-en-el-ambito-de-las-relaciones> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2019).

Estados, de garantizar la libertad sindical del artículo 8o. y el reconocimiento del derecho de toda persona a la seguridad social y al seguro social plasmado en el artículo 9o.

Sin embargo, en la era digital, la automatización de diversas actividades laborales, el trabajo a distancia, varios de estos derechos no se protegen ni se garantizan por los Estados, lo que conlleva el desvanecimiento de los derechos laborales para los trabajadores que entran en contacto con la tecnología.

Por lo que toca a la Organización Internacional del Trabajo, como máximo órgano especializado en la materia laboral, se considera pertinente tomar en cuenta sus predicciones:

Los avances tecnológicos —la inteligencia artificial, la automatización y la robótica— crearán nuevos puestos de trabajo, pero quienes van a perder sus trabajos en esta transición podrían ser los menos preparados para aprovechar las nuevas oportunidades. Las competencias de hoy no se ajustarán a los trabajos de mañana y las nuevas competencias adquiridas pueden quedar desfasadas rápidamente.⁹

Esta recomendación resulta muy atinada, porque más que preocuparse por las incertidumbres del futuro, hay que ocuparse en prepararse hoy en día para asumir el reto de estar profesional, técnica y mentalmente capacitado para incursionar en áreas laborales, que tal vez en nuestro pasado reciente no visualizábamos como parte de nuestra ocupación laboral o de nuestras vidas.

Por esa razón, la OIT propone un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo y recomienda centrar los esfuerzos en aumentar la inversión en las capacidades de las personas, aumentar la inversión en las instituciones del trabajo e incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible.¹⁰

Con ese rediseño de las políticas laborales se hará necesario un ajuste en la regulación laboral, que brinde certeza jurídica y seguridad a los trabajadores.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla los derechos laborales en el artículo 6o., las condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias en el artículo 7o.; los derechos sindicales en el artículo 8o. y el derecho a la seguridad social en el artículo 9o.

⁹ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, 2019, p. 10.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 11-13.

Tampoco en este convenio se visualiza alguna disposición que extienda estos derechos fuera de la formalidad en el trabajo, ya que no se contemplan los derechos de aquellos empleados que trabajando en casa no tienen protección sobre la seguridad social, o de aquellos trabajadores que no pueden acceder a un seguro de desempleo al verse desplazados de sus fuentes de trabajo por la automatización laboral.

IV. AUTOMATIZACIÓN DE LAS PROFESIONES PARA EL TRABAJO

El uso de la tecnología en las fuentes de trabajo es cada vez más frecuente, lo que está provocando la automatización de las profesiones; unas presentan mayores afectaciones que otras, principalmente, aquellas de baja cualificación; aunque también las especializadas están en riesgo; pero no cabe duda alguna sobre el impacto real de la injerencia del uso de la robótica y la inteligencia artificial en las expectativas profesionales para el trabajo.

“De acuerdo a nuestro análisis de más de 2,000 actividades laborales en 800 profesiones, cerca de la mitad de las actividades por las cuales se pagan salarios equivalentes a \$15 billones en la economía mundial tienen el potencial de ser automatizadas si se adoptan tecnologías probadas”.¹¹ En ese orden de ideas, se considera que las actividades más proclives a la automatización son las físicas predecibles, el procesamiento de datos y la compilación de datos.

Esto sin duda representa un gran reto para la sociedad en su conjunto, puesto que si no se corrige la forma de educar o trabajar, las afectaciones en el sector laboral se verán tanto para los jóvenes como para los adultos, ya que se requiere estudiar con responsabilidad, capacitarse constantemente y pensar que el trabajar no sólo representa la ilusión de tener un puesto, sino reflexionar si se está cualificado para siquiera pensar en obtenerlo.

“Aunque menos del 5 por ciento de todas las profesiones pueden ser automatizadas en su totalidad usando tecnologías probadas, cerca del 60 por ciento de todas las profesiones están integradas por actividades automatizables y que representan por lo menos el 30% de su total”.¹² En este 5% se incluyen

¹¹ Mckinsey Global Institute, “Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad”, resumen ejecutivo 2017, disponible en: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/digital%20disruption/harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/a-future-that-works-executive-summary-spanish-mgi-march-24-2017.aspx> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2019).

¹² *Idem*.

profesiones relacionadas con el sector de hospedaje y prestación de servicios, almacén, agencias de viajes, contabilidad, administración, preparación de impuestos y manufactura.

“Los grandes volúmenes de datos y aprendizaje automático harán que sea posible automatizar muchas tareas que eran difíciles de automatizar en el pasado”.¹³

Por lo que se hace necesario prepararse, tanto académicamente como desarrollar habilidades, destrezas y capacidades que permitan ser más competitivos en cualquier área laboral que se tiene pensado incursionar.

Por el contrario, empleos altamente cualificados que implican las capacidades de resolución de situaciones, la intuición y la creatividad, y tareas que se realizan «en persona» y que precisan de ciertas destrezas y habilidades de comunicación social flexible para una mejor prestación de servicios (atención, trato, etc...), son más difíciles de convertir en rutina.¹⁴

Por lo tanto, la automatización va a ser influida por el tipo de actividad que se realiza.

En resumen, las tareas rutinarias se definen como tareas que siguen reglas explícitas que pueden ser realizadas por las máquinas, mientras que las tareas no rutinarias no son suficientemente comprendidas como para ser especificadas en el código de computadora. Cada una de estas categorías de tareas puede ser, a su vez, de naturaleza manual o cognitiva —por ejemplo, si se relacionan con el trabajo físico o el trabajo del conocimiento—. ¹⁵

En cuanto a la profesión jurídica, aún persiste la duda si la labor que realiza un operador jurídico, cuya función principal es la toma de decisiones, puede ser reemplazada en su totalidad por un robot, puesto que la experiencia, la preparación académica, el raciocinio y su visión personal son factores que influyen en su desempeño profesional.

¹³ Mercader Uguina, Jesús R., “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, p. 158, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/jlder.24488933e.2017.269.62438> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2019)

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Benedikt Frey, Carl y Osborne, Michael, “The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerization?”, Oxford Martin Programme on Technology and Employment, septiembre de 2013, pp. 16 y 17, disponible en: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (fecha de consulta: 21 de febrero de 2019).

Muchos criterios de decisión son subjetivos del juzgador, y por ello, muy difícilmente codificables para ser procesados por un sistema informatizado (la apreciación sobre la verosimilitud de un testigo o la suficiencia de una prueba). Además, parece que difícilmente una máquina podría ser capaz de responder a una cuestión no previamente contemplada por el ordenamiento (el problema de la anomia o la falta de precedentes para un caso).¹⁶

Aunado a que los abogados van a litigar casos que aunque parecieran similares, cada uno goza de ciertas particularidades, vicisitudes o complejidad, puesto que cada persona tendrá sus propias reacciones, que a veces son impredecibles; cada abogado asume su estrategia, y los resultados van a diferir, dependiendo de cómo se desarrolle el proceso.

¿Pero podrán estos sistemas constituirse en herramientas de apoyo a los profesionales jurídicos? Muy probablemente sí. La posibilidad de contar con sistemas capaces de analizar a gran velocidad enormes volúmenes de documentación, para extraer de ellos pautas o mejores opciones de actuación ante supuestos concretos, parece posible y de gran utilidad para los usuarios.¹⁷

Con esto, los robots pueden representar una ayuda significativa, mas no reemplazar la capacidad humana, dotada de raciocinio natural y del discernimiento, que permite tomar decisiones, tomando en cuenta todos y cada uno de los factores que inciden en el análisis, síntesis y resolución de un caso. Además, estará ausente la valoración emocional, que en no pocas veces es lo que complica la resolución de un caso concreto.

Por lo antes expuesto, la educación y las políticas públicas deben enfocarse a la consolidación de profesiones que son poco susceptibles de automatización o la creación de nuevas profesiones relacionadas con la utilización de la tecnología en el campo laboral, tomando en consideración las que los expertos consideran más relevantes.

Destacan los perfiles tecnológicos o digitales cualificados (analistas de Big Data, perfiles orientados a resolver problemas complejos, especialistas en redes sociales o híbridos entre diseño y tecnología); perfiles relacionados con el

¹⁶ Fernández Hernández, Carlos y Boulat, Pierre, “Inteligencia artificial y derecho: Problemas y perspectivas”, *Noticias Jurídicas*, 2015, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9441-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2019).

¹⁷ *Idem*.

trato con personas (psicólogos, *coaches* y facilitadores en empresas o gestores de nuevas formas de trabajo); y perfiles de ventas y *marketing* (especialistas cualificados en desarrollo de negocio y vendedores técnicos).¹⁸

Sólo de esta forma se estarán formando profesionistas cualificados para un futuro laboral influenciado por el uso de la tecnología en la producción de bienes y la prestación de servicios, específicamente de los robots y la inteligencia artificial.

V. INTERACCIÓN DE HUMANOS CON ROBOTS EN EL CAMPO LABORAL

Como se ha expuesto en líneas anteriores, con la automatización de diversas profesiones se provocan dos efectos: el primero, sobre la deshumanización de la mano de obra, y el segundo sobre el desvanecimiento de los derechos laborales de los trabajadores, que al verse avasallados por la tecnología no alcanzan a comprender que o se renuevan en sus capacidades, conocimientos, destrezas y habilidades, o se quedarán sin empleo en un futuro cercano.

Ahora bien, se considera muy buena idea el hacer uso de la robótica y de la inteligencia artificial en el trabajo, pero con ese uso, necesariamente se presenta una interacción cotidiana de los robots con los humanos, lo que puede ocasionar que se presente una afectación en sus derechos o incidentes, donde, seguramente, el humano se verá en inferioridad de condiciones en relación con los robots.

“El eje central de la reflexión y, por tanto, la proyección jurídica es o ha de ser el mantenimiento de la identidad humana y su dignidad (y en torno a ellas sus derechos irrenunciables) junto a la mejora del ser humano a través de la tecnología y el respeto de los derechos humanos”.¹⁹

Dicho en otras palabras, en esa interacción, los robots, además de desplazar a los trabajadores de tareas que eran propias de sus actividades diarias,

¹⁸ Repositorio institucional de la Fundación Universitaria San Pablo CEU, *Informe ADDECO sobre el futuro del trabajo en España*, 2016, p. 138, disponible en: <https://www.ceu.es/joblab/documentacion/informeAdecco.pdf> (fecha de consulta: 10 febrero de 2019).

¹⁹ Sánchez-Urán, Ma. Yolanda, “El impacto de la robótica en especial la robótica inclusiva en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, estudio realizado en el marco de los proyectos CertificaRSE, DER 2015-65374-R (MINECO-FEDER); e INBOTS CSA, Inclusive Robotics for a better Society, Programa H2020-ICT-2017-1; proyecto 780073, disponible en: <http://inbots.eu/wp-content/uploads/2018/08/publications/robotica-derecho-del-trabajo-derecho-fiscal-final-mayo2018.pdf>.

puede conducir a situaciones en las que los humanos resientan alguna afectación física o psicológica, puesto que la impotencia de verse rebasados en conocimientos les puede producir estrés laboral.

Por otro lado, los trabajadores en contacto con los robots pueden sufrir accidentes o enfermedades que les produzca alguna afectación en su integridad, ya sea física o intelectual.

Con la diseminación del uso de los robots será necesario replantear el papel que deben asumir los trabajadores para poder ser competitivos y poder acceder a un empleo. Será necesario echar mano de todos los recursos a su alcance. Me parece que en este punto, los trabajadores de edades avanzadas sufrirán más las consecuencias de haber nacido en una época anterior a la revolución tecnológica.

Se considera indiscutible la idea de que en el campo laboral se prevé que los empresarios inviertan cada vez más en la robótica como una forma de agilizar la productividad, pero también como una forma de tener menos obligaciones contractuales con los trabajadores. En ese caso la empresa tiene como objetivo obtener los mayores beneficios posibles.

La era digital requiere que los ciudadanos la tomen con el debido respeto, lo que los va a llevar a prepararse más y mejor, no solamente estudiando una carrera, sino complementándola con formación en informática o desarrollando habilidades para ser más competitivos. Al Estado le corresponde extender la protección de la ley a la realidad laboral.

“En resumen, no parece factible detener la digitalización, pero la política tiene muchas opciones para influir y dirigir el proceso, invirtiendo en educación, infraestructura e I + D [investigación más desarrollo], y adaptando la legislación laboral, las políticas fiscales y de seguridad social a la digitalización”.²⁰

VI. ¿Y SI HABLAMOS DE UNA RESPONSABILIDAD POR USO DE LA TECNOLOGÍA?

En la interacción humano-humano, parece cosa fácil deducir quién tendría la culpa o responsabilidad en caso de presentarse incidentes relacionados con el trabajo, sería A o sería B. Pero en la interacción de humanos con robots,

²⁰ Dachs, Bernhard, *The Impact of New Technologies on the Labour Market And The Social Economy*, European Parliament, 2018, p. 53.

cuando el humano fuera C y el robot D, ¿cómo se podría deducir quién tuvo la culpa si cada uno tenía encomendadas tareas específicas? Pues eso habrá de depender de los hechos, pero de una forma u otra el trabajador podría resultar afectado.

Si D por alguna razón desvía el curso de su actividad automatizada y le inflige una herida a C, éste resentiría la afectación no sólo en su persona, sino también en su estabilidad emocional. No obstante, D no sentiría ninguna afectación, porque carece de esa parte emocional que sólo los humanos tenemos.

El inciso AB del apartado denominado “Responsabilidad” dice que

Considerando que, cuanto más autónomos sean los robots, más difícil será considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes (como el fabricante, el operador, el propietario, el usuario, etc.); que esta circunstancia, a su vez, suscita la cuestión de si la normativa general sobre responsabilidad es suficiente o si se requieren normas y principios específicos que aporten claridad sobre la responsabilidad jurídica de los distintos agentes y su responsabilidad por los actos y omisiones de los robots cuya causa no pueda atribuirse a un agente humano concreto, y de si los actos u omisiones de los robots que han causado daños podrían haberse evitado.²¹

Desde luego que es de tomar en cuenta lo antes expuesto, ya que una falla en la actividad programada puede ocasionar daños de carácter irreversible, y aunque se podría decir que el propietario del robot o el empresario es el responsable directo, puede haber más personas involucradas y resultar que no sea posible la determinación de la responsabilidad.

Considerando que, en el supuesto de que un robot pueda tomar decisiones autónomas, las normas tradicionales no bastarán para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permitirán determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado.²²

En otras palabras, es imperante la necesidad de que las normas vayan evolucionando con la realidad; no se puede solucionar problemas nuevos con

²¹ Parlamento Europeo, Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre Normas de Derecho Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)), Propuesta de resolución del Parlamento Europeo. Responsabilidad, inciso AB.

²² *Ibidem*, inciso AF.

disposiciones normativas que datan del siglo pasado. Tampoco es pertinente que se visualice una regulación que incluya sólo uno o varios aspectos de la problemática.

Por ejemplo, en la región europea, la Directiva 85/374/CEE solamente aborda la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Lo que no es aceptable, se impone que la adecuación sea integral para que tome en cuenta la responsabilidad desde el punto de vista patrimonial, de derechos laborales o fiscales

Por lo que “deberá estudiarse la posibilidad de someter a impuesto el trabajo ejecutado por robots o exigir un gravamen por el uso y mantenimiento de cada robot, a fin de mantener la cohesión social y la prosperidad”.²³

Con el fin de lograr el propósito planteado en el párrafo anterior, la inclusión de una responsabilidad por uso de la tecnología, en particular, debe velar por preservar la integridad física e intelectual de las personas y, en lo general, de forma más amplia, por sus derechos, humanos.

Y el régimen de responsabilidad civil que se adopte habrá de ser preciso para regular los daños ocasionados por robots dotados de autonomía, puesto que existe una gran complejidad en el posible reparto de culpas entre los diferentes agentes involucrados, sumándose además la complejidad resultante de la posible acción originadora de daño, que se puede denominar “la culpa del robot”, de difícil imputación, y que con más razón exigirá un régimen de responsabilidad objetiva y/o solidaria frente al tercero perjudicado.²⁴

VII. VISUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS POR AFECTACIÓN DEL USO DE TECNOLOGÍA COMO DERECHOS HUMANOS

De actualizarse las predicciones de expertos en el área de la tecnología, los robots tenderán a ir absorbiendo un porcentaje significativo en la mayoría de las actividades, lo que puede desembocar en pérdida de empleos o un reacomodo de ellos, pero también va a ocasionar afectaciones a aquellos anal-fabetos digitales, trabajadores en interacción con robots, personas que usan dispositivos electrónicos, contratantes de bienes o servicios y a las personas

²³ *Ibidem*, Introducción, inciso K.

²⁴ Castro Calvo, Manuel, “La acción autónoma del robot”, *Legal Today*, 2018, disponible en: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-accion-autonoma-del-robot> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2019).

desplazadas de sus empleos. Asimismo, es inevitable el incremento de la interacción cotidiana entre humanos y robots.

Las modalidades de interacción son distintas entre sí —daños, relación contractual, injerto o implante en el cuerpo— y evocan otras ramas del sistema jurídico. El robot diseñado para la asistencia en el hogar o en una clínica hospitalaria entra en íntimo contacto con la persona que lo utiliza (con frecuencia con un paciente o, en general, una persona en condiciones de fragilidad, debido a su edad, a una enfermedad o a una incapacidad), con sus familiares y con los operadores de ese ambiente, suscitando de forma inevitable la ocasión para la ocurrencia de accidentes, lesiones o perjuicios.²⁵

De tal modo que esos accidentes, lesiones o perjuicios van a producir una afectación en los derechos de las personas, la cual puede ser física, pero extendiéndose a daños psicológicos, económicos o sociales, los que hoy en día resulta muy complejo hacerlos exigibles, puesto que la legislación se ha visto rebasada por la realidad.

Lo anterior invita a la reflexión sobre si es tiempo de ir poniendo en la agenda el replanteamiento de los derechos humanos, porque no se trata de establecer si son derechos individuales, colectivos o de solidaridad, sino de visualizar aquellos derechos de las personas que van a ser afectados por el uso de la tecnología, los que se podrían empezar a conceptualizar como los derechos de una persona que resiente una disminución o menoscabo en su integridad física o emocional, sus bienes o derechos, producto del uso de la tecnología, sea por interacción laboral, contacto o a distancia en caso de haber solicitado una prestación o servicio digital.

VIII. CONCLUSIONES

El derecho al trabajo, de poco en poco se va quedando sin dientes para morder un hueso duro de roer: el uso de la tecnología en la producción; se requiere que la regulación laboral vaya adaptándose a las nuevas tendencias que imponen el uso de la tecnología como medio para eficientizar recursos humanos o económicos; no es posible que las leyes laborales cada vez sean menos

²⁵ Palmerini, Erika, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 32, enero-junio de 2017, p. 58, disponible en: <https://revistas.uextornado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5021/6009> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2019).

protectoras de los trabajadores y más condescendientes con los empresarios, mientras que el Estado parece aplicar la filosofía de *laissez faire, laissez passer*.

De igual forma, se hace necesario que ante el avance imparable de la automatización en las profesiones, la educación en nivel medio superior y superior se visualice en prospectiva, no sólo en el sistema tecnológico, sino también en el universitario, para que se inserten materias sobre informática, programación y sistemas computacionales en los planes de estudio, se inserten nuevas carreras o se modifiquen las actuales y se prepare a los estudiantes y futuros trabajadores en un contexto de automatización laboral, uso de la inteligencia artificial y capacitación constante.

Con el uso de la tecnología en el ámbito laboral resulta indispensable que se hable de una responsabilidad por el uso de la tecnología en el sector productivo y de servicios, para que aquellas personas que resientan una afectación en su persona o en sus derechos puedan ser beneficiadas por disposiciones legales que les restituyan en sus derechos o las indemnicen por cualquier afectación.

En ese orden de ideas, es menester visualizar los derechos de afectación por el uso de tecnología como derechos humanos, que salvaguarden no sólo la integridad física de las personas, sino también la psicológica, económica y social, por lo que el reconocimiento de estos derechos podrá brindar una seguridad jurídica a los individuos en una sociedad cada vez más ávida de justicia ante la avasallante invasión de la tecnología en la cotidianidad de sus vidas.

IX. FUENTES DE INFORMACIÓN

BONET PÉREZ, Jordi, “Disrupción tecnológica y trabajo, ¿disrupción también en el ámbito de las relaciones laborales?”, *Mientras Tanto.e*, núm. 169, junio de 2018, disponible en: <http://www.mientrastanto.org/boletin-169/notas/disrupcion-tecnologica-y-trabajo-disrupcion-tambien-en-el-ambito-de-las-relaciones> (fecha de consulta: 11 de febrero de 2019).

BENEDIKT, Carl y OSBORNE, Michael, “The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Compurezitation?”, Oxford, Martin Programme on Technology and Employment, disponible en: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (fecha de consulta: 21 de febrero de 2019).

CABRERA DIRCIO, Julio y AGUILERA DURÁN, Jesús, “La justicia alternativa, el derecho colaborativo y sus perspectivas en México”, *Cuestiones Cons-*

- titucionales*, núm. 40, enero-junio de 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40>.
- CASTRO CALVO, Manuel, “La acción autónoma del Robot”, *Legal Today*, 2018, disponible en: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-accion-autonoma-del-robot> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2019).
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2019.
- DACHS, Bernhard, *The Impact of New Technologies on the Labour Market and the Social Economy*, European Parliament, 2018.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos y BOULAT, Pierre, “Inteligencia artificial y derecho: problemas y perspectivas”, *Noticias Jurídicas*, 2015, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9441-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2019).
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, “Seguridad social”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, 2a. ed., México, UNAM-El Colegio Nacional, 2011.
- MCKINZEY GLOBAL INSTITUTE, *Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad*, disponible en: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/digital%20disruption/harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/a-future-that-works-executive-summary-spanish-mgi-march-24-2017.ashx> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2019).
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, “Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, enero-junio de 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.28.13147>.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela y LÓPEZ PÉREZ, Emmanuel, “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 1, enero-marzo de 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús R., “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.269.62438> (fecha de consulta: 19 de febrero de 2019).
- MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, Cizur Menor, 2014.

- PALMERINI, Erika, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 32, enero-junio de 2017, disponible en: <https://revistas.uecexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5021/6009> (fecha de consulta 16 de febrero 2019).
- PARLAMENTO EUROPEO, *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))*, Propuesta de resolución del Parlamento Europeo. Responsabilidad, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html?redirect.
- REPOSITORIO INSTITUCIONAL DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN PABLO CEU, *Informe ADDECO sobre el futuro del trabajo en España, 2016*, disponible en: <https://www.ceu.es/joblab/documentacion/informeAdecco.pdf> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2019).
- SÁNCHEZ-URÁN, Ma. Yolanda, “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, estudio realizado en el Marco de los Proyectos CertificaRSE, DER 2015-65374-R (MINECO-FEDER); e INBOTS CSA, Inclusive Robotics for a better Society, Programa H2020-ICT-2017-1; Proyecto 780073, disponible en: <http://inbots.eu/wp-content/uploads/2018/08/publications/robotica-derecho-del-trabajo-derecho-fiscal-final-mayo2018.pdf>.
- SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena, “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, en CEREJEIRA NAMORA, Nuno *et al.*, *Digital Work and Personal Data Protection*, Cambridge Scholars Publishing, 2018.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. ALTIBAJOS DE SU INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO*

THE JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS. UPS AND DOWNS
OF ITS CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN MEXICO

LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX. UNE
INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE FLUCTUANTE
AU MEXIQUE

Isaac DE PAZ GONZÁLEZ**
María del Refugio MACÍAS SANDOVAL***

RESUMEN: Los derechos sociales son reconocidos por la doctrina global contemporánea por su autonomía y justiciabilidad directa. No obstante, a la luz de diversos fallos en cortes regionales y nacionales, los efectos positivos de su judicialización no son del todo convincentes. En el sistema constitucional mexicano se está construyendo una demosprudencia sobre derechos sociales incoada por sectores marginados. Para lograrlo, la jurisdicción mexicana se guía por el derecho internacional de los derechos humanos y de las tendencias regionales en la materia. Con este marco de trabajo, el artículo subraya que la jurisprudencia mexicana de derechos sociales tiene avances y retrocesos, pues existen líneas decisorias que favorecen su progresividad y otras que denotan un sistema de interpretación ambiguo y restrictivo.

* Recibido el 20 de enero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, campus Tijuana. Miembro de The International Association of Constitutional Law y de The Society of Legal Scholars y del SNI. Este artículo forma parte del proyecto de investigación del Cuerpo “Justicia Alternativa y Social UABC CA-191”. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2267-5629>, contacto: isaac.depaz@uabc.edu.mx.

*** Profesora-investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, campus Tijuana. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Miembro del SNI.



Palabras clave: derechos sociales, interpretación constitucional, demosprudencia, amparo, ley de remuneraciones.

ABSTRACT: Social rights are recognised by the contemporary global doctrine by its autonomy and direct justiciability. Notwithstanding, in light of various failures in regional and national courts, positive effects of social rights' judicialization are not entirely convincing. As for the Mexican constitutional system, there is an ongoing construction of a social rights demosprudence. To achieve this, the Mexican constitutional approach takes guidelines from the international human rights law and regional trends on social rights. Within this framework, the article emphasizes that the Mexican jurisprudence of social rights has ups and downs, advances and setbacks, since there are progressive lines and some others denote ambiguous and restrictive interpretation.

Keywords: social rights; constitutional interpretation; demosprudence, amparo, wages law.

RÉSUMÉ: À l'heure actuelle, la justiciabilité directe et l'indépendance des droits sociaux sont reconnues partout dans le monde. Pourtant, si l'on prend en compte certaines décisions de justice rendue par des tribunaux régionaux ou nationaux, les effets positifs de leur judiciarisation ne sont pas des tous convaincants. Dans le système constitutionnel mexicain, une demosprudence sur les droits sociaux est en train d'être intentée contre certains secteurs marginalisés. Pour y parvenir, la juridiction mexicaine se base sur le droit international en ce qui concerne les droits humains et sur les tendances en la matière dans la région. En tenant compte de ce contexte, notre travail montre que la jurisprudence relative aux droits sociaux au Mexique progresse ou régresse avec des décisions de justice qui certes favorisent le progrès mais d'autres qui, au contraire, sont le résultat d'une interprétation ambiguë et partiale.

Mots-clés: droits sociaux, interprétation constitutionnelle, demosprudence, recours en justice, loi sur les salaires.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Derechos y justicia social: el estado de la cuestión.* III. *Problemas de la interpretación constitucional.* IV. *El derecho internacional en el modelo mexicano de derechos sociales.* V. *Interpretaciones progresistas versus regresividad: los derechos sociales y su justiciabilidad en México.* VI. *Desventajas de los amparos en materia de derechos sociales.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto explicar la importancia de la justiciabilidad y los altibajos de los derechos sociales en el sistema constitucional mexicano bajo el marco teórico y práctico internacional. A manera de escena inicial, el estudio toma como punto de partida el marco internacional de derechos humanos, la jurisdicción interamericana y algunas referencias sobresalientes en cortes nacionales (como la India, Sudáfrica y Colombia), que han formulado vertientes interpretativas novedosas sobre los derechos sociales. El objetivo central del trabajo radica en mostrar que dentro del sistema constitucional mexicano se está forjando una línea de derechos sociales que —como “demosprudencia”— es impulsada por grupos indígenas, grupos marginados y organizaciones sociales que buscan la rendición de cuentas del gobierno. Esta línea demosprudencial cuenta con avances y retrocesos, ya que si bien existen sentencias que maximizan su eficacia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) y el resto del poder judicial no cuentan con un consenso homogéneo a favor de su justiciabilidad en temas como salud, educación, medio ambiente, salarios y progresividad.

El estudio consta de cinco apartados: en el apartado I describimos las vertientes doctrinales sobre la emancipación de los derechos sociales y los problemas que enfrenta su justiciabilidad en la actualidad. En el apartado II mencionamos ciertos problemas concernientes al cumplimiento de los fallos sobre derechos sociales en diversos contextos constitucionales. En el apartado III se analiza la influencia del derecho internacional y la jurisprudencia interamericana en el sistema constitucional mexicano y sus líneas de adjudicación de los derechos sociales. En el apartado IV se analizan los casos ante la Suprema Corte de México sobre la protección de la salud, la educación, el ambiente limpio, el agua potable y derechos de consumo. En el apartado final (V) se hace hincapié sobre las desventajas de los amparos otorgados, de los problemas en la ejecución de las sentencias, y de las interpretaciones restrictivas de los derechos laborales y de cierto avance en la seguridad social. Por último, se formulan conclusiones sobre las perspectivas de justiciabilidad de los derechos sociales en el contexto constitucional mexicano.

II. DERECHOS Y JUSTICIA SOCIAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Los derechos sociales han superado aquella etapa conceptual que los asociaba a programas y políticas públicas que el Poder Ejecutivo podía (o no)

desarrollar.¹ Asimismo, es un hecho que su exigibilidad no sólo se materializa mediante mecanismos administrativos, sino que los remedios judiciales cobran relevancia en contextos de inequidad y exclusión social. Una mirada rápida al constitucionalismo global nos permite reconocer las nuevas tendencias de adjudicación de los derechos sociales que surgen en sistemas constitucionales domésticos y regionales de derechos humanos² sin importar el grado de desarrollo económico o político de las naciones.

Por otro lado, la justiciabilidad contemporánea de los derechos sociales está ligada a tres factores: a) el aumento de su transgresión en diversos planos de la vida económica y política; b) el ensanchamiento constitucional de su contenido, y c) la legitimación de los jueces para adjudicar el contenido material de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos. Aunado a ello, la justiciabilidad ha logrado avances gracias a la difusión de la jurisprudencia internacional y las ideas recientes de la filosofía política de la justicia que promueven el disfrute de condiciones materiales de existencia

¹ Con ello, por mucho tiempo se postergó su cumplimiento a pesar de que las directrices del derecho internacional (pactos, acuerdos, y observaciones generales) siempre apuntaron fuertemente hacia la plenitud del ser humano libre del temor y la miseria mediante el cumplimiento de niveles de vida decente para facilitar el progreso y la igualdad de la familia humana.

² En el ámbito anglosajón, King, Jeff, *Judging Social Rights*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012. Con una explicación casuística desde el caso *Niños de la Calle* hasta *Petroperú*, y toda la jurisprudencia de los derechos sociales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, De Paz González, Isaac, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights. Shadow and Light in International Human Rights*, Reino Unido, Edward Elgar, 2018. Sobre la reciente interpretación directa del artículo 26, y el fin del debate en la Corte, Ferrer Mac-Gregor *et al.*, *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2018. Un estudio internacional, regional y doméstico que expone las tendencias jurisprudenciales clásicas y es formulado por De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales. Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, México, Porrúa-IMDPC, 2016. Se afirma incluso que —en materia de derechos ambientales y pueblos indígenas— la jurisprudencia interamericana puede servir como guía para la europea. Pavoni, Riccardo, “Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Court of Human Rights. Comparative Insights”, en Boer, Ben (edit.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 69-106.

En enero de 2018, la Corte Interamericana emitió la OC-23 para homologar el enfoque normativo (y su justiciabilidad) en materia de salud y problemas ambientales de índole transnacional.

con un enfoque centrado en el ser humano³ y el universalismo de los derechos en favor de sectores marginados históricamente.

Así, el discurso normativo de los derechos sociales se inserta en un modelo de justicia que gira en torno a la satisfacción de las necesidades humanas vitales. En consecuencia, la justicia social contemporánea tiene raíces en los valores comunes de una sociedad como forma de identidad, materializados a través de bienes públicos, como la educación, el salario, la salud, la vivienda adecuada y el cuidado del ambiente. En Europa se ha puesto énfasis en la conexión entre las relaciones de particulares y los efectos sobre los derechos fundamentales como parte de un nuevo contrato social que reivindique las reglas de conducta justa en torno a la educación, la salud, las utilidades, las pensiones y las comunicaciones, en un esquema básico de justicia social.⁴

Sin embargo, la intervención judicial en los derechos sociales no ha tenido un camino fácil. La década pasada, Abramovich y Courtis ya advertían que la judicatura puede ser un poderoso instrumento de formación e impacto, pero que su justiciabilidad presenta diversos obstáculos, como la determinación de la conducta debida en razón de la vaguedad del lenguaje de los derechos, la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, la ausencia de mecanismos procesales adecuados, y la escasa tradición de tutela judicial en la materia.⁵ Las dificultades advertidas aún se observan en diversas jurisdicciones constitucionales; pero, a paso lento (y la justicia constitucional mexicana no es la excepción), las están superando, porque el diseño constitucional de los derechos sociales ha expandido su alcance con apoyo en el derecho internacional. Aunque es verdad que su alto o bajo grado de justiciabilidad depende de cuestiones técnicas y procesales, y que la mejor vía para su eficacia cuantitativa está en las políticas públicas.

Otro aspecto importante de la justiciabilidad de los derechos sociales es su conexión con la distribución de recursos económicos, a favor de sectores

³ Sen señala que “el ajuste del comportamiento y los procedimientos de corrección de los arreglos sociales basados en la discusión pública sobre qué se promete, cómo funcionan las instituciones y cómo pueden mejorarse las cosas”. Sen, Amartya, *La idea de la Justicia*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2015, pp. 283-298

⁴ Hesselink, Martín W. *et al.*, “Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference”, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, núm. 2009/05, 2005, p. 09.

⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 118-131. King también apunta los riesgos de la intervención judicial y la evasión de otros remedios administrativos o legislativos que pueden ser más benéficos. King, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 312.

marginados. Por ejemplo, en el caso del Obamacare, se tuvo en cuenta el umbral de ingresos bajos y medios de los beneficiarios del seguro de salud, y la Corte Suprema de Estados Unidos validó la intención de la ley que permitía expandir el acceso médico al mayor número de usuarios posible y, en especial, de aquellos en umbral de pobreza.⁶ En Colombia, incluso, existe una línea jurisprudencial que “permite generar importantes reglas y estándares sobre igualdad y dignidad que se constituyen como parámetro para definir y evaluar las políticas públicas en materia de pobreza”,⁷ pero que a su vez muestra el corto alcance (*inter partes*) de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional.⁸

Pero la justiciabilidad de los derechos sociales enfrenta otros riesgos externos. La sobrecarga normativa y la ausencia de presupuesto pueden limitar el disfrute real de los derechos sociales. García Roca afirma que, como límite estructural, deben estar sujetos a la sustentabilidad presupuestaria.⁹ En este sentido, el debate jurídico debe tomar en cuenta el análisis económico de los derechos sociales, su eficiencia presupuestaria y la política fiscal de un sistema de gobierno. En consecuencia, no se puede establecer que la mera constitucionalización resulte ni beneficiosa ni gravosa económicamente. Bajo esta premisa se evita el dilema de que los derechos sociales siempre dependen del presupuesto y son normas ilusorias. Por ello, un punto de apoyo que puede evitar su inviabilidad presupuestaria sería el ajuste de las metas bajo un desarrollo progresivo y proporcional, según los cánones internacionales de no regresividad.¹⁰

Por otra parte, y a pesar del terreno ganado por los derechos sociales, en diversos ámbitos constitucionales y regionales, aún prevalece un discurso opuesto, que cuenta por lo menos con tres frentes: el de las políticas públicas, que sólo actúan en forma subsidiaria en casos excepcionales para ayudar a ciertos sectores marginados; el marco legislativo, que reduce el gasto público

⁶ *David King et al. v. Sylvia Burwell*, US. Supreme Court, 576, 2015.

⁷ Nieto Rodríguez, María Angélica y López Cárdenas, Carlos Mauricio, “La pobreza y su tratamiento en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia 1991-2015”, *Estudios Constitucionales*, año 16, 2018, pp. 327-364.

⁸ *Ibidem*, p. 357. El estudio analiza 56 sentencias y su seguimiento en ejecución.

⁹ García Roca, Javier, “Taking Social Rights Seriously: Principle of Financial Sustainability”, en Bagni, Silvia *et al.*, *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, t. I, México-Madrid, Tirant lo Blanch, 2017, p. 1042.

¹⁰ Espino Tapia, Diana Rocío, “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 36, enero-junio, 2017, pp. 93-95.

social, y la interpretación judicial minimalista,¹¹ que no considera la interdependencia o progresividad de los derechos humanos. Estas vertientes crean una bifurcación entre derechos humanos y las garantías de cumplimiento que los Estados ya se han obligado a cumplir en instrumentos domésticos e internacionales. En consecuencia, la justiciabilidad de los derechos sociales —como parte de su articulación y exigibilidad política— requiere una revisión sistemática de la captación, distribución y eficiencia en la administración de los recursos públicos. En virtud de esta complejidad, la práctica judicial aporta directrices técnicas, que pueden ser retomadas por las legislaturas y por el Poder Ejecutivo en la elaboración de programas sociales de acuerdo con el marco constitucional e internacional.¹²

En la actualidad, las provisiones constitucionales de derechos sociales comprenden vías policéntricas que no sólo abarcan la exigibilidad judicial, sino la viabilidad presupuestaria, la ampliación legislativa, y, sobre todo, su operatividad mediante políticas públicas. Un buen comienzo ha sido su articulación como derechos del buen vivir¹³ (como es el caso de Ecuador). Aunque se debe tener en cuenta el riesgo de caer en el “realismo mágico” que no evalúa los costos de esta sobrecarga de derechos sociales¹⁴ y se conviertan

¹¹ En la Corte Interamericana de Derechos Humanos se superaron las posturas nugatorias de la justiciabilidad de los derechos sociales, pero subsiste la idea de que el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos sólo contiene metas progresivas. Desde el caso *Suárez Peralta*, el juez Humberto Sierra Porto ha expresado su disenso; en *Petroperú*, señaló que “se trata de una cuestión que, de no tomarse con seriedad en el futuro, puede conducir a la Corte a justificar cualquier decisión, como la de este caso, en relación con la justiciabilidad del artículo 26, sin importar su validez lógica o normativa a la luz del derecho internacional”. Voto parcialmente disidente, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, 2017, párr. 12.

¹² En Sudáfrica se analizó el tema de las implicaciones presupuestarias de las decisiones judiciales sobre los derechos socioeconómicos, dando como resultado un diálogo entre poderes. Véase *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign* (No. 1) (CCT9/02) [2002] ZACC 16; 2002 (5) SA 703.

¹³ La Constitución de Ecuador (2008), en su capítulo segundo define los derechos del buen vivir; y en diversos preceptos establece normas que conjugan la obligación internacional y constitucional para aplicarlos. A decir de Baldin, se trata de una tradición jurídica contrahegemónica, que como ley suprema reconoce un nuevo orden del Estado basado en el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución de la riqueza y la protección de los intereses colectivos. Baldin, Serena, “La tradición jurídica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, 2015, pp. 483-530.

¹⁴ García Roca, *op. cit.*, pp. 1036-1039. No obstante, Holmes y Sunstein ya dejaron en claro que todos los derechos civiles, políticos y sociales dependen de la capacidad fiscal de los Estados. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-London, W. W. Norton & Company, 1999.

éstos en aspiraciones sin valor jurídico. En suma, la constitucionalización de los derechos sociales representa un avance que debe estar acompañado por todo tipo de medidas para hacer viable su contenido sin generar conflictos de asignación de recursos; por ello, la articulación de los derechos sociales demanda la participación de legislaturas, agencias de gobierno, jueces y sectores de la sociedad civil.

III. PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La adjudicación de los derechos sociales en las cortes constitucionales es uno de los temas que ha crecido desde los años noventa, con especial énfasis en el sur global, en donde ha despertado mayor interés y debate. Se identifican tres cortes pioneras: i) la de la India, que conjuga los principios y derechos de su Constitución para reprimir el aplazamiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales;¹⁵ ii) la de Sudáfrica, con resoluciones estructurales relativas al derecho a la salud y a la vivienda¹⁶ que han propiciado un diálogo entre jueces y legisladores,¹⁷ y iii) la de Colombia, cuya interpretación constitucional ha edificado una extensa jurisprudencia sobre dos pilares: la dignidad humana y el papel del Estado social;¹⁸ en un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia colombiana declaró derechos de protección a favor de

¹⁵ Los asuntos en que dicha corte ha puesto énfasis son: *Unni Krishnan, J.P. & Ors. vs State of Andhra Pradesh & Ors.*, 1993 AIR 2178, 1993 SCR (1) 594, párrs. 650-651; en el caso *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation* 1986 AIR 180, 1985 SCR Supl. (2) 51, se cuestionó a la administración estatal por su falta de asignación de recursos suficientes para la construcción de viviendas.

¹⁶ La implementación del derecho a la vivienda bajo las directrices del artículo 26 (2. “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right”) de la Constitución de Sudáfrica, en el asunto *Government of South Africa and others vs. Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

¹⁷ En este sentido, Dixon, Rosalind, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 64. Como factor que propicia la deliberación democrática y dialógica según Acuña, Manuel y Olaiz González, Jaime, en el capítulo titulado “Justicia y derechos sociales. Notas para un recuento espacio-temporal en la experiencia comparada”, en Bagni, Silvia *et al.*, *op cit.*, t. III, pp. 49-66.

¹⁸ Entre otras sentencias estructurales de la Corte Constitucional de Colombia en las que se reconoce el valor de la dignidad humana sustentada en texto constitucional y el derecho internacional: la T-530/11, expedientes T-2.982.737 y T-2.979.499 acumulado (2011).

la región amazónica como ecosistema sujeto de derechos y como derecho de las generaciones futuras; en consecuencia, ordenó a todos los poderes la creación de presupuesto y política pública para que este cuidado se lleve a cabo en el mediano plazo.¹⁹ Concatenado con el avance jurisprudencial del sur global, el constitucionalismo anglosajón también ha aportado fallos significativos en el contexto de las luchas por la igualdad, contra la exclusión y para mitigar el calentamiento global.²⁰

No obstante, hay críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales que muestran sus debilidades. Una de las objeciones es la falta de legitimidad democrática de los jueces; se afirma que no tienen la calidad de expertos para determinar las necesidades sociales y económicas²¹ ni para resolver disputas sobre derechos sociales. En respuesta, King sostiene que los jueces intervienen en la adjudicación de derechos sociales, porque no sería democráticamente legítimo que rechacen el trabajo de aplicar los derechos de las normas elaboradas por el legislador;²² aunque, cuantitativamente, su alcance es limitado para mejorar las situaciones de desigualdad.

Diversa crítica se ha dirigido al pretendido carácter estructural de las sentencias a favor de los derechos sociales, cuya emisión no ha logrado fraguar los cambios esperados, pues el poder político y las legislaturas no se han tomado en serio los problemas de fondo que las sentencias intentan resolver. En este aspecto, por ejemplo, el modelo colombiano de sentencias estructurales enfrenta el cuestionamiento acerca de cuánto tiempo tomará el proceso de monitoreo, que tiene costos políticos e institucionales.²³ De esta manera, la

¹⁹ Sentencia *STC4360-2018*, Corte Suprema de Justicia (2018).

²⁰ En Inglaterra, el icónico caso *Reyes vs Al-Malki and Another* (2017) UKSC 61. En Estados Unidos, el icónico caso contra la discriminación racial de *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) y actualmente en la serie de demandas para detener el calentamiento global que se desarrolla a través de *Juliana et al vs United States*, US (6:15-cv-01517-TC). Hasta ahora, el caso más efectivo contra la falta de medidas de un gobierno contra el calentamiento global ha ocurrido en Holanda, a través del asunto *C/09/456689/HA ZA 13-1396, Urgenda vs Ministerio de Infraestructura y Medio Ambiente*, Gerechtshof Den Haag, Resolución del 9 de octubre de 2018.

²¹ A decir de Osuna, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales No. 5. La protección de los derechos sociales*. Bazán, Víctor (ed.), Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de Chile-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 137 y 138.

²² Acerca de la legitimación democrática de los jueces para intervenir en los derechos sociales básicos, King reconoce que es una condición necesaria de la democracia justa. King, Jeff, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

²³ Rodríguez-Garavito, César y Rodríguez-Franco, Diana, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism in the Global South*, Inglaterra, Cambridge University Press, 2015, p. 196.

falibilidad de las sentencias de derechos sociales también se debe al desinterés de la agenda política y su vulneración sistemática, ya que el Judicial ha sido el único poder sensible a diversos problemas sociales.²⁴

Adicionalmente, es irrefutable que la judicialización de los derechos sociales tiene limitaciones materiales por su naturaleza casuística que no puede lograr, lo que lograría una política constitucional diseñada de forma estructural y expansiva para dar contenido material de aquellos derechos. Es por ello que, ante las fallas de las políticas públicas y la legislación, en diversos contextos, se acude a la vía judicial con frecuencia para lograr un empuje de los tribunales de acuerdo con lo ordenado en la Constitución y replantear políticas públicas o legislación concerniente a la salud, a la educación, al medio ambiente o a la vivienda. El riesgo que se cierne sobre la justiciabilidad es que se atribuya al Estado todo tipo de injusticia social²⁵ y se dejen de lado las responsabilidades de las empresas que operan los derechos (como la salud, la educación, o el agua potable) como mercancías sujetas a la oferta y la demanda.

Bajo estas consideraciones, un punto medio sería la consecución de los objetivos de justicia social de índole constitucional a través de todos los poderes públicos y privados, y no sólo de los jueces constitucionales. Desde un punto de vista estructural, y a largo plazo, la justiciabilidad de los derechos sociales no aporta todas las soluciones, porque no todos los grupos reivindican sus quejas a través de tribunales, ni ello es deseable.²⁶ No obstante, el papel de los jueces es crucial, pues son ellos quienes aceptan o rechazan los planteamientos de los grupos que reclaman sus derechos. En este sentido, en contextos de pobreza,²⁷ y ante la falta de mecanismos de exigibilidad por las vías legisla-

²⁴ Según la visión de Osuna, *op. cit.*, p. 113, respecto de las sentencias estructurales en Colombia.

²⁵ Wolterstorff sostiene que “Recognizing that something is a social injustice carries no implications whatsoever as to how that injustice should be remedied. In particular, it does not carry the implication that the state is the remedy of first resort”. Wolterstorff, Nicholas, “All Justice is Social but it’s not all Social Justice”, *Philosophia*, vol. 41, 2013, pp. 383-395.

²⁶ Este impacto negativo se ha presentado en el litigio de derecho a la salud en Brasil. Véase Wang, Daniel Wei, “Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, pp. 617-641. En otros contextos, debido a la escasez de recursos en la implementación de las sentencias unos se benefician y otros se perjudican. Cfr. Nolan, Aoife, *Children’s Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts*, Inglaterra, Cambridge University Press, 2011, pp. 244 y 245.

²⁷ La oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas reconoce que las privaciones materiales conducen a otras violaciones inconexas de todo tipo de derechos humanos. Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/21/39 (18 de julio de 2012).

tivas, políticas o administrativas, individuos y grupos acuden a la vía judicial. Así, la justicia se transforma en una solución reactiva y de última razón, que coloca a los jueces como receptores de reclamos desoídos por otros poderes.

Finalmente, la justiciabilidad de los derechos sociales enfrenta el cumplimiento aplazado o negado de las sentencias. A decir de Langford *et al.*, los demandantes de salud, de educación y de otros derechos experimentan dificultad para convertir la jurisprudencia progresista en resultados progresistas. Estos autores plantean interrogantes sobre la relación entre el tipo de derechos que se adjudican (civiles o sociales), su progresividad, la receptividad de los demandantes, la opinión pública y el cumplimiento de los fallos.²⁸ A estas interrogantes no escapa el sistema constitucional mexicano, y, como analizamos más adelante, hace falta ensanchar la cultura jurídica de los derechos humanos para fortalecer el cumplimiento a los fallos que se han dictado en los juicios de amparo.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL MODELO MEXICANO DE DERECHOS SOCIALES

1. *Las directrices del sistema universal*

El canon axiológico de los derechos humanos tiene su fuente normativa en el consenso de las naciones para lograr la vida humana civilizada, libre del temor y la miseria, mediante el progreso y la paz. Antes de 2011, el lugar que ocupaba el derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional mexicano era ambiguo, pues no se reconocía una cualidad vinculante y expresa para los tratados. Sin embargo, en 2011, el sistema jurídico dio un giro copernicano al admitir como categorías constitucionales —entre otras— la progresividad, la indivisibilidad, la interdependencia, la universalidad y la eficacia directa de los tratados de derechos humanos. Este engranaje jurídico facilitaría una nueva dimensión de los derechos sociales favoreciendo su exigibilidad y justiciabilidad, que a ocho años de la reforma ya se ve reflejada en la praxis constitucional.

La agenda mexicana de derechos sociales está creando una “demosprudencia” integrada por las interpretaciones y procesos constitucionales instados

²⁸ Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017, pp. 17 y 18.

por agrupaciones e individuos que buscan orientar las decisiones jurisdiccionales y políticas hacia la justicia social. Esta agenda se halla en construcción y enriquecimiento conceptual mediante la aplicación de la constitución y los tratados internacionales. El avance ha sido posible porque, a partir de 2011, diversas categorías normativas están adquiriendo formas jurisprudenciales, que reflejan una creciente armonización con las pautas del sistema universal de derechos humanos y del sistema regional conformado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). La cuestión no es baladí: el derecho internacional, los criterios jurisprudenciales y los comentarios generales de los comités de derechos humanos de la ONU han favorecido la expansión —principalmente— de los derechos previstos en el artículo 4o. constitucional. Por ejemplo, sobre el contenido concreto del derecho a una “vivienda digna y decorosa” se han tomado las directrices de la Observación General núm. 14 del Comité DESC. En materia de medio ambiente, se han aplicado los principios *pro natura* y de prevención precautoria de la Declaración de Estocolmo (1972) y los de Río de Janeiro de 1992.

Una primera asunción normativa sobre el carácter vinculante del derecho internacional fue establecida por la SCJN en la Contradicción de Tesis 293/2011, al señalar que las fuentes internacionales de derechos humanos son vinculantes en tanto no exista una norma nacional más protectora.²⁹ Para la justiciabilidad de los derechos sociales, las implicaciones constitucionales de tal asunción son de grueso calado, por dos razones:

La primera razón es sustancial: el artículo 4o. constitucional contiene un bloque de derechos a la salud, al medio ambiente, a una vivienda digna y al agua potable; pero estos derechos carecen de contenido explícito; y es aquí donde diversas normas —como el (en adelante PIDESC) y las directrices de los Comités de la ONU— se convierten en elemento imprescindible para dar forma a los derechos del artículo 4o. constitucional. Así, la directriz del artículo 1o. constitucional ha permitido que las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de la ONU sirvan de guía para definir y fijar los alcances de las obligaciones positivas (concernientes estructuras, procesos y resultados) del Estado mexicano en las materias de derechos sociales.

La segunda razón es jurisprudencial: la Contradicción de Tesis 293/2011³⁰ determinó que los fallos de la Corte IDH obligan (en términos interpretati-

²⁹ CT 293/2011, Pleno de la SCJN (resolución del 3 de septiembre de 2013).

³⁰ *Idem*.

vos) al Estado mexicano, aunque México no haya sido parte en el litigio, debido a que la Corte IDH es el máximo intérprete de la Convención Americana, y sus fallos son vinculantes en términos interpretativos para lograr el efecto útil de todo el cuerpo normativo interamericano, y en especial para que los Estados parte sigan los lineamientos de la Corte y se evite la repetición de hechos violatorios por no adaptar la legislación interna o por no cumplir con las garantías previstas en la CADH.

Un renglón inexplorado en México, en materia de derechos sociales, es el papel de las Comisiones de la Verdad de la ONU instadas por los procesos en la Corte Penal Internacional. En razón de la corrupción y la distopía de amplios sectores de la administración pública mexicana en los últimos diez años,³¹ las medidas del marco internacional podrían servir para combatir los crímenes económicos —que erosionan la hacienda pública, limitan la viabilidad presupuestaria e inhiben el ejercicio de los derechos sociales— siendo el enfoque adoptado por diversas comisiones de la verdad, consistente en examinar directamente dichas violaciones bajo el fundamento internacional de estos derechos, y usar como guía el marco conceptual de las observaciones generales del Comité DESC.³² Los hallazgos de las comisiones para la verdad y reconciliación en países han tenido como antecedente la comisión de crímenes económicos, nepotismo y corrupción sistemática, que redujeron a la mayoría de la población a la pobreza. En consecuencia, uno de los aspectos de la nueva orientación a la responsabilidad y garantía de los derechos económicos —bajo las directrices de represión de los delitos económicos—³³ podrá observarse hasta en tanto la fiscalía anticorrupción entre en funciones.

La influencia internacional en torno al derecho a la verdad, como derecho fundamental, se materializó en el asunto de homicidios y desaparición forzada de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, en el amparo 203/2017 se ordenó la creación de una “Comisión de investigación para la verdad y la justicia (caso *Iguala*)” en la que participaran diversas autoridades, grupos y familiares de los

³¹ Meyer, Lorenzo, *La distopía mexicana. Perspectivas para una nueva transición*, México, Debate, 2017.

³² Las 21 observaciones generales son la guía metodológica y técnica para explicitar los derechos sociales mediante la expansión de su alcance y con indicadores que fijan obligaciones jurídicas, técnicas y financieras de los Estados. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, HR/PUB/13/5(2014), pp. 46-50.

³³ Como la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, el saqueo, la trata de personas y la explotación del trabajo infantil. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, HR/PUB/13/5, 2014, pp. 23-26.

estudiantes.³⁴ Con ello se robustece el carácter vinculante y efectivo del derecho internacional en el sistema constitucional mexicano, y esto abre la puerta para formar comisiones de la verdad por los crímenes económicos.

2. *Influencia del sistema interamericano*

Los esfuerzos recientes del sistema interamericano —a diferencia del europeo—³⁵ tienden hacia la interpretación directa de los derechos sociales. La influencia que ha tenido la jurisprudencia interamericana en México es positiva y está en su primera etapa. En tal virtud, las tres líneas interpretativas de los derechos sociales propuestas por la Corte Interamericana a partir de diversos preceptos de la CADH no son del todo visibles en la jurisprudencia mexicana.

Por ejemplo, en el sistema mexicano existen pocas referencias a la primera línea interamericana de justiciabilidad de los derechos sociales en los casos *Niños de la Calle vs. Guatemala* (1999) e *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (2004) en los que se abordaron derechos a la salud, a la educación, a la vida digna y a la no discriminación. En este mismo sentido, tampoco se ha tomado la segunda línea interamericana sobre grupos indígenas y tribales para otorgar servicios de salud, de vivienda y adjudicar la propiedad colectiva conforme a la expansión interpretativa del artículo 21 de la CADH, que reconoce un sentido cultural y social de la propiedad indígena.³⁶

³⁴ En especial, se tomaron en consideración informes de la ONU y razonamientos de la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos. Amparo en Revisión 203/2017 (sentencia del 31 de mayo de 2018), párrs. 123, 124, 232, 258, 259, 520, 722, 1040, 1128 y 1129.

³⁵ En los que la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado de forma transversal el derecho a la vida privada y a la integridad personal con el derecho a la salud, la vivienda, a la no discriminación en relación con el derecho a la salud. Entre otros, véase *Demir And Baykara vs Turkey*, 2008 ECtHR 34503/97; *Manzanas Martin vs. España*, 2012 ECtHR, 17966/2010; *Yordanova and others vs Bulgaria*, 2012 ECtHR 25446/06. Un panorama crítico sobre las ventajas y dificultades de los casos y el modelo del sistema europeo es expuesto por De Paz González (2016) *op. cit.*, pp. 127-142.

³⁶ Esta línea se desprende de los casos *Mayagna Sumo vs. Nicaragua* (2001), *Moiwana vs. Suriname* (2005), *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Samboyamaya vs. Paraguay* (2006), *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), *Pueblo Saramaka vs. Suriname* (2008), *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), *Kuna y Emberá vs. Panamá* (2014), *Dirigentes del Pueblo Mapuche vs. Chile* (2014) y *Comunidades Garífuna vs. Honduras* (2015). Un estudio completo de la jurisprudencia interamericana indígena se expone en Quintana Osuna, Karla I. y Góngora Maas, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

La tercera línea de justiciabilidad directa de los derechos sociales en el sistema interamericano (que no necesariamente es más avanzada que la mexicana) versa sobre el artículo 26 de la CADH, y ha sido propuesta por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en los casos *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Canales Huapaya y otros vs. Perú* (2015), en *González Lluy y otros vs. Ecuador* (2015) y en *Hacienda Brasil verde vs. Brasil* (2016). En este último, se juzga la discriminación estructural en contra de campesinos analfabetos.³⁷ La línea directa de la justiciabilidad se halla en consolidación mediante dos casos que establecieron la histórica declaración de violación del artículo 26 de la CADH: *Lagos del Campo vs. Perú* (2017) y *Petroperú et al. vs. Perú* (2017). En lo que va de 2018 se ha dictado la sentencia del caso *Poblete vs. Chile* sobre la salud y derecho a la vida de una persona de edad avanzada, y nuevamente se declara violado el artículo 26 de la CADH. En esta línea interpretativa y evolutiva, el mayor logro —hasta hora— de la Corte Interamericana es la firme posición sobre el principio de no regresividad y progresividad de las obligaciones estatales en torno a la salud de personas con VIH como se reconoció en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018).

A diferencia del interamericano, en el contexto mexicano aun no se habla de conceptos novedosos, como “vida digna”, o de la pobreza como categoría discriminante *per se*, ni del principio *iura novit curia* para advertir violaciones a los derechos sociales; tampoco se ha llevado a cabo un análisis interseccional de las violaciones a los derechos humanos,³⁸ ni de la “argumentación específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública”³⁹ referente al derecho a la salud. Aunque, en materia de reparación de daño, ya se han tomado en cuenta el daño emergente y los daños morales y materiales, citando la doctrina interamericana.⁴⁰

³⁷ En el caso de la *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), en el que niños y adultos fueron sometidos a trabajo esclavo en Brasil, la Corte estudió las obligaciones del Estado para prevenir las violaciones estructurales sobre la discriminación sufrida por un sector vulnerable de la sociedad. En su voto razonado, el juez Ferrer Mac-Gregor explicó la posibilidad para someter a juicio las condiciones de pobreza, como parte de la discriminación económica que impera en los países miembros de la CADH y que se han subrayado en otros precedentes. *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), *Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*, al que se adhirió la jueza Elizabeth Odio Benito, párrs. 69 y consecutivos.

³⁸ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (2015), *Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*, párr. 6; los jueces Roberto F. Caldas y Manuel E. Ventura Robles se adhirieron a este voto.

³⁹ *Suárez Peralta vs. Ecuador*, (2013), párrs. 98 y 99.

⁴⁰ Se aludieron los lineamientos de los casos *Perozo y otros vs. Venezuela*, *Kavas Fernández*

En materia de salud y medio ambiente, la jurisprudencia mexicana sigue las tendencias de la Corte Interamericana. En el mediano plazo, será interesante visualizar la influencia de la Opinión Consultiva (OC-23/17) dictada por la Corte Interamericana, en la que se propone un enfoque progresista, al reconocer el derecho a la información ambiental como parte de la política pública y la legislación de los Estados, así como la obligación de prevenir daños transfronterizos; de regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, con objeto de proteger la vida, la salud y la integridad personal.⁴¹

Una coincidencia entre el sistema interamericano y el mexicano es que no se han llevado a cabo estudios de violaciones estructurales de los derechos sociales, por lo que no se puede establecer cuál es el alcance de las directrices técnicas consistentes en los lineamientos (de estructuras, procesos y resultados sobre derechos sociales) que se han desarrollado en torno al Protocolo de San Salvador, ni de las observaciones generales del Comité DESC. En este sentido, en un futuro podría esperarse mayor vinculación al *corpus iuris* internacional, al que se han obligado diversos países,⁴² que junto con las disposiciones interamericanas pueden ser analizadas en sede judicial para dar eficacia a sus postulados.

A pesar de que se ha declarado la violación del artículo 26, CADH, por lo menos en cuatro ocasiones, hasta enero de 2019, tomando en cuenta la pléthora de tratados interamericanos y de índole internacional —que reconocen la eficacia y exigibilidad de los derechos sociales— en el seno de la Corte IDH no hay unanimidad. Para la actual mayoría de jueces, el artículo 26 de la CADH contiene derechos justiciables; pero en la visión minoritaria de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto, el aludido artículo 26 sólo contiene metas políticas progresivas, sin que los Estados se hayan obligado —expresamente— a reconocer derechos en dicho precepto.

vs Honduras, y Cantoral Benavides vs. Perú en el Amparo Directo 30/2013 (sentencia del 26 de febrero de 2014), p. 85.

⁴¹ Opinión Consultiva Oc-23/17 (2017), párrs. 109-112, 125 y 134-140, en cuyas directrices se enfatiza el papel rector del *soft law* en materia ambiental, y en especial para prevenir los daños ambientales transnacionales.

⁴² Al ser una obligación del *jus cogens* y del *pacta sunt servanda*, en correlación con el *effet utile* de los tratados, todas las disposiciones son jurídicamente vinculantes. Así, consideramos que no hay impedimento (competencial ni sustantivo) para analizar situaciones de países de la región que han ratificado el PIDESC y la jurisdicción interamericana, tales como Argentina en 1986; Bolivia en 1982; Brasil en 1992; Colombia en 1969; Costa Rica en 1968; Ecuador en 1969; El Salvador en 1979; Guatemala en 1988; México en 1981; Paraguay en 1992; y Perú en 1978.

Para el caso de México, como para el sistema interamericano, la etapa de justiciabilidad directa está en desarrollo. En torno a los derechos sociales, tanto la justicia nacional como la regional pueden crecer bajo una retroalimentación de referencias jurisprudenciales que fortalecerán la interpretación y la expansión de los contenidos normativos. Esto se aprecia en las sentencias de los casos *Gonzales Lhu*, *Lagos del Campo*, *Petroperú*, *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral*, en las que la Corte IDH alude de manera directa a sentencias constitucionales de México, Guatemala, Chile, Perú, Colombia y Argentina. De esta manera, se legitima el carácter vinculante del derecho constitucional hacia la esfera supranacional (y viceversa), a través de una fertilización mutua de conceptos y soluciones en torno a los derechos sociales.

V. INTERPRETACIONES PROGRESISTAS VERSUS REGRESIVIDAD: LOS DERECHOS SOCIALES Y SU JUSTICIABILIDAD EN MÉXICO

En el caso del sistema de control constitucional mexicano, la justiciabilidad de los derechos sociales cuenta con victorias y derrotas. En general, los derechos de educación, salud, medio ambiente, derechos de los consumidores, vivienda y agua potable han tenido una interpretación directa y favorable. No obstante, otros derechos —relacionados con el empoderamiento económico—, como al trabajo, la seguridad social y el salario, no han sido favorecidos del todo. Los casos de derechos sociales también enfrentan la limitación procesal impuesta por los efectos particulares de cada sentencia de amparo,⁴³ que limita los beneficios a las partes contendientes, es decir, a menos que el asunto abarque un grupo amplio de quejosos, la concesión de amparo se acota a cada caso concreto y no crea una doctrina constitucional transversal que pueda ser replicada en ámbitos de justicia local.

Una cuestión de suma importancia sobre los derechos sociales en el sistema mexicano es que su judicialización ha ido en aumento por las violaciones recurrentes de parte de los órganos del Estado. Incluso, antes de la reforma de derechos humanos de 2011 se produjeron líneas de interpretación constitucional que permitieron medidas regresivas en el sistema de seguridad social.⁴⁴ Así,

⁴³ Artículo 73 de la Ley de Amparo de México (2013).

⁴⁴ Mediante una reforma legal al sistema nacional de pensiones se suprimió el sistema solidario de reparto a cargo del Estado; se establecieron más años de trabajo y un sistema de ahorro voluntario para el retiro. Véanse los amparos en revisión acumulados al 229/2008 (sentencia del 19 de junio de 2008).

antes de 2011 el enfoque predominante de la exigibilidad de los derechos sociales era supeditarlos a las políticas públicas. Como llanero solitario, antes de la citada reforma existió un precedente en amparo que ya anunciaba la cualidad autoritativa del artículo 4o. constitucional. En 2007, en la sentencia del caso *Mini Numa*, se reconoció el derecho de una comunidad indígena a contar con servicios médicos elementales en una clínica de salud; y se aludió al derecho internacional como norma vinculante, pero el poslitigio dio cuenta de la débil garantía procesal y de las reiteradas evasivas del Poder Ejecutivo para retrasar el cumplimiento de la sentencia de amparo.⁴⁵

A continuación, se estudian diversos casos con el énfasis constitucional que han tenido los derechos sociales —tanto en la SCJN como juzgados de distrito y tribunales colegiados— a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos.

1. *Educación y salud*

En materia de control y rendición de cuentas, como muestra de la coyuntura entre derechos sociales y la legitimación colectiva para someter a rendición de cuentas al poder político, un asunto relevante es el Amparo Indirecto 323/2014. En la sentencia se reconoció la legitimación de una organización de la sociedad civil para reclamar a las autoridades educativas el uso adecuado de ciertas partidas y la fiscalización de los recursos públicos. El amparo puso énfasis en las obligaciones de las autoridades educativas “tendientes a respetar y garantizar el derecho humano a la educación en favor de todo ciudadano como base de la sociedad a la que pertenece”.⁴⁶ Con estos argumentos, la SCJN afirmó que el Estado tiene la obligación de vigilar la correcta aplicación de los recursos del gasto educativo, y de que esas obligaciones deben complementarse con la Observación General 3 del Comité DESC, en relación con las observaciones del Comité de los Derechos del Niño.⁴⁷ Por lo demás, este amparo puede convertirse en la piedra angular para vigilar el

⁴⁵ La sentencia fue dictada en 2008, y tardó casi diez años en ser totalmente cumplida. Amparo indirecto 1157/2007 (sentencia del 17 de septiembre de 2017).

⁴⁶ Amparo Indirecto en revisión 323/2014 (sentencia del 11 de marzo de 2015), foja 4.

⁴⁷ Asimismo, se dijo que “3. La efectividad del derecho a la educación, conforme a lo que establece el artículo 3o. constitucional, implica el cumplimiento... de que las autoridades lleven a cabo las acciones necesarias para verificar el destino de los recursos públicos que se asignan a dicho rubro”. Amparo Indirecto en revisión 323/2014 (sentencia del 11 de marzo de 2015), fojas 128, 129 y 132.

gasto público en los sectores que tengan incidencia directa con los derechos humanos, pues constituye una vía democrática para cuestionar el uso de las contribuciones en las políticas públicas.

En materia de educación, concatenada a la buena alimentación, un asunto novedoso en el que se reafirmó la importancia del derecho a la salud colectiva fue el Amparo Indirecto 1/2015, en el que la empresa quejosa (Embotelladora del Fuerte-Coca-Cola) impugnó diversos preceptos de la Ley General de Educación, por considerar que su libertad de trabajo fue limitada mediante la prohibición de venta de sus bebidas en las escuelas del sistema nacional de educación. El amparo fue negado a la empresa, en razón de que la prohibición de venta de bebidas azucaradas —desde el nivel preescolar hasta el medio superior— cumple con directrices constitucionales previstas en el artículo 4o. para favorecer la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.⁴⁸ En este contexto, el objetivo constitucional impuesto a los centros educativos es el cuidado de la salud y el interés superior de los menores (cuando no están bajo el cuidado de sus padres). Sin embargo, con el argumento de que los adultos pueden decidir libremente el consumo y afectación a su salud, la Segunda Sala de la SCJN permitió a la empresa embotelladora la venta de sus productos en las universidades.⁴⁹

En materia de gratuidad y progresividad de la educación universitaria, la SCJN fue titubeante. En el Amparo Indirecto 750/2015, promovido por estudiantes de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), se plantearon las siguientes interrogantes: a) ¿cuál es el referente normativo que dota de contenido al derecho a la educación?; b) el reconocimiento de la educación gratuita a nivel medio superior y superior en una Constitución local ¿es exigible judicialmente?⁵⁰

La Primera Sala de la SCJN resolvió que la universidad demandada, al impartir educación superior, no puede invocar su autonomía para frustrar tal derecho; que no puede adoptar medidas regresivas (pues, inicialmente, no cobraba cuotas), y, que para el caso de adoptar medidas regresivas, la universidad deberá demostrar “suficientemente la ausencia de recursos, que aplicaron todos los disponibles, que realizaron todos los esfuerzos razona-

⁴⁸ Amparo Indirecto 1/2015 (sentencia del 24 de marzo de 2015), foja 19. Especialmente en la parte de “Razonamientos relativos a la prohibición o restricción en el expendio y distribución de productos alimenticios en instituciones de educación preescolar, primaria, secundaria y media superior”.

⁴⁹ Amparo en revisión 104/2016 (sentencia del 18 de enero de 2017).

⁵⁰ Amparo en revisión 750/2015 (sentencia del 20 de abril de 2016), párr. 50.

bles para obtenerlos, y/o que los emplearon para garantizar otro derecho fundamental”.⁵¹

En relación con el asunto supracitado, mediante la sentencia del amparo en revisión 306/2016 (promovido también por estudiantes de la UMSNH), la Primera Sala de la SCJN establece que el gobierno local debe transferir los recursos necesarios a la UMSNH como parte de sus obligaciones para proveer educación gratuita con enfoque progresivo, previstas en las normas locales, constitucionales e internacionales.⁵² Este amparo seguramente será punta de lanza para que —mediante el juicio de amparo y ante el abandono legislativo— otros derechos sociales como la vivienda, el medio ambiente sano o la salud, cuenten con recursos económicos suficientes que garanticen su protección.

2. *Pueblos indígenas*

Los pueblos indígenas han litigado ante la SCJN y otros tribunales federales, al amparo de las normas internacionales de derechos humanos que protegen sus territorios, identidad cultural y formas de organización. Los amparos obtenidos a favor han reivindicado el potencial de las normas jurídicas internacionales y han servido como faro para que otros grupos sociales hagan uso del amparo colectivo previsto por la ley procesal y por la Constitución mexicana.

En una primera etapa, los litigios indígenas no fueron del todo exitosos. Un ejemplo de enfoque restrictivo adoptado por la SCJN, que otorgó protección mínima y a destiempo, es el amparo promovido contra un acueducto que atravesaba un territorio y sustraía los recursos hídricos del pueblo yaqui en Sonora. La posición mayoritaria de la SCJN, únicamente declaró violaciones al derecho de consulta, pero no ordenó frenar la obra.⁵³ Esta visión procesal de favorecer la consulta en lugar de proteger directamente la propiedad in-

⁵¹ Amparo en revisión 750/2015 (sentencia del 20 de abril de 2016), párrs. 236-242.

⁵² Que señalan la justificación de medidas regresivas. Ahora bien, en cuanto a los recursos económicos, la Primera Sala usa las directrices del Comité DESC para que en su caso las autoridades hubieren realizado “todos los esfuerzos razonables para obtenerlos, y/o que los emplearon para garantizar otro derecho fundamental de mayor importancia relativa, dadas las circunstancias”. Ejecutoria de Amparo en revisión 306/2016 (sentencia del 8 de marzo de 2017), confrontar párrs. 216-220.

⁵³ Amparo en Revisión 631/2012 (sentencia del 7 de agosto de 2013). El ministro Cossío Díaz criticó esta postura nugatoria del amparo, la forma no protegió el derecho sustantivo del pueblo indígena.

dígena⁵⁴ entraña el peligro de aislar los derechos comunitarios y permitir la continuidad de las violaciones que sufren los pueblos indígenas, al no hallar protección sustantiva, sino un remedio procesal (en este caso la consulta) que no ataca el fondo del problema.

Recientemente, un amparo que protegió de un modo más eficaz la propiedad indígena fue el promovido por la comunidad juba wajiin en contra de un permiso otorgado por el Poder Ejecutivo a compañías mineras canadienses. La sentencia, bajo las directrices de la jurisprudencia interamericana, anuló el acto administrativo que permitiría la explotación de oro y plata en terrenos de los juba wajiin, en la sierra de Guerrero. La resolución de amparo se fundamentó en el marco constitucional mexicano que protege la identidad cultural de los pueblos indígenas y su propiedad comunitaria (artículos 1o., 2 y 27), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Recomendación General 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas. Con especial referencia, se aplicaron las directrices de jurisprudencia interamericana establecidas en *Saramaka vs. Surinam* (2007 y *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012)).⁵⁵

Otro frente de acciones colectivas indígenas contra actividades agroindustriales lo constituye el amparo 198/2015 (y sus acumulados), en el que un grupo de comunidades mayas pidieron la anulación del permiso otorgado a la transnacional Monsanto para sembrar soya genéticamente modificada. El amparo logró que se estudiara la omisión de Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, de no considerar un mecanismo de consulta efectivo a favor de los grupos de apicultores mayas afectados por la siembra de soya en un perímetro de quinientas hectáreas de terrenos colindantes a los suyos. La SCJN también favoreció el derecho a la tutela judicial efectiva, a la consulta previa, culturalmente apropiada y de la buena fe que gozan los pueblos indígenas, al amparo de la jurisprudencia interamericana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.⁵⁶

⁵⁴ Protección que sí ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos, cuando se trata de aspectos medioambientales y de comunidades indígenas. Véase, por ejemplo, la medida cautelar en el caso *Indigenous Environmental Network vs United States Department of State et al.*, CV 17-29-GF-BMM, que frenó la construcción de un gasoducto por territorio de las tribus lakota, oyeti y sakowin.

⁵⁵ Amparo 429/2016 (sentencia del 28 de junio de 2017), pp. 48-60.

⁵⁶ Amparo en revisión 198/2015 y sus acumulados (sentencia del 4 de noviembre de 2015), pp. 37-42.

Para paliar la exclusión y la falta de reconocimiento cultural en sus procesos educativos, la SCJN amparó a la comunidad indígena ñahñu para que distintas autoridades locales y federales “lleven a cabo la consulta previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe y consideren los resultados de dicha consulta en la elaboración, revisión y actualización de los planes y programas de estudio para la educación básica” que reciben los niños de la comunidad.⁵⁷

Un amparo sin precedentes que tiene implicaciones de empoderamiento económico a favor de las comunidades indígenas y lucha contra su exclusión de las telecomunicaciones globales es el obtenido por un colectivo de dieciséis comunidades marginadas de zonas pobres del país, que integran la asociación Telecomunicaciones Indígenas Comunitarias (TIC). Ante el rechazo de las grandes compañías para instalarles antenas y proporcionarles telefonía celular, la TIC tramitó un permiso y pidieron la exención del pago argumentando que no obtendrán lucro, sino comunicaciones. El Instituto Federal de Telecomunicaciones les concedió el permiso, pero les negó la exención de pago. El tribunal colegiado amparó a la comunidad mediante una interpretación pro persona, privilegiando los derechos de los pueblos indígenas de acceder a las telecomunicaciones; de “operar y administrar medios de comunicación, cuyo ejercicio debe hacerse en condiciones de no discriminación, y mediante la adopción de medidas que llevarán a asegurar su diversidad cultural en dichos medios”.⁵⁸ Este amparo permitió que muchas comunidades estuvieran comunicadas y se liberaran de los altos costos de las empresas comerciales que les negaban el servicio.

En un diverso amparo, otro grupo indígena logró anular un precepto de la Ley Federal de Telecomunicaciones que no le permitía transmitir ni usar una concesión de radio para transmitir mensajes de radio en su lengua indígena. La SCJN estableció que los medios de comunicación están obligados a facilitar la integración de los pueblos originarios, y que el precepto en controversia generaba una prohibición contraria a la pluriculturalidad, no discriminación y derecho a usar los medios de comunicación del quejoso.⁵⁹

Los últimos dos asuntos mencionados demuestran que las acciones de amparo colectivas tienen éxito, y que cuando se trata de anular normas y actos en materia administrativa, su cumplimiento no requiere más que la gestión de

⁵⁷ Amparo 584/2016 (sentencia del 15 de noviembre de 2017), p. 77.

⁵⁸ Amparo (RA) 182/2017 (sentencia del 1o. de marzo de 2018), p. 51.

⁵⁹ Amparo 622/2015 (sentencia del 20 de enero de 2016), pp. 21-24.

dichas comunidades. Sin embargo, no siguen la misma suerte los amparos en materia civil o laboral, como lo veremos más adelante.

3. *Medio ambiente*

Un caso reciente que demuestra la posibilidad de controvertir actos de autoridades y particulares en detrimento del medio ambiente es el relleno del manglar de Tajamar (Cancún). Gracias a la intervención de grupos de litigio estratégico y del consenso social para proteger los manglares como fuente de vida anfibia, se promovió un amparo que concedió la suspensión provisional de las obras de remoción de vegetación y relleno por el daño irreparable a todo el ecosistema y del derecho colectivo-humano a un medio ambiente limpio. En armonía con lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional, el fundamento para conceder la suspensión surgió de los principios de protección preventiva (*in dubio pro natura*), previstos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992.⁶⁰ En este asunto, la resolución definitiva sobre el fondo estableció diversos criterios a manera de metas que compaginen el progreso económico y la preservación de recursos mediante el desarrollo sustentable, consistentes en:

- (i) la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo;
- (ii) la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social; y, (iii) la preservación de los sistemas físicos y biológicos —recursos naturales, en sentido amplio— que sirven de soporte a la vida de los seres humanos.⁶¹

Esta decisión permite ver que las sentencias constitucionales en materia de derechos sociales se inclinan hacia un escrutinio más intenso de las obras privadas cuando trastocan bienes públicos. En este aspecto, el amparo ha servido como una herramienta de control para aquellos sectores que no tenían un mecanismo de participación.

Otro caso del derecho al medio ambiente en el que la participación ciudadana es clave para su protección es el promovido en el juicio de amparo que impugnó el programa de ordenamiento ecológico territorial impulsado por el

⁶⁰ Recurso de Queja 23/2016 (resolución del 28 de enero de 2016), confrontar pp. 30 y 34. Los argumentos también señalan la importancia de la protección al medio ambiente y las especies endémicas de flora y fauna dañadas por la obra.

⁶¹ Tesis: XXVII.3o.16 CS (10a.), “Medio ambiente sano. Su relación con el desarrollo sustentable y otros derechos fundamentales que intervienen en su protección”.

ayuntamiento de Cuernavaca y autoridades del gobierno local de Morelos. En primera instancia, el amparo se otorgó para efecto de anular el procedimiento de aprobación del plan de ordenamiento ecológico territorial por excluir la participación y consulta ciudadana de los grupos de defensa ambiental involucrados como representantes de la sociedad civil.⁶²

En el tema de las políticas públicas a favor del medio ambiente y la salud, un juez de amparo ha emitido una sentencia estructural sobre la excesiva contaminación de una zona lacustre y turística de la Ciudad de México. Mediante una acción colectiva promovida por pobladores de la zona, en el Amparo indirecto 267/2014, diversas autoridades locales y federales fueron condenadas por “su omisión de adoptar todas las medidas a su alcance para restaurar ecológicamente y sanear los canales del Barrio de San Miguel producto del daño generado sobre todo por el vertimiento de aguas residuales provenientes del Río Ameca”.⁶³ Este amparo puede ser punta de lanza para condenar a otras autoridades cuyas omisiones permiten el deterioro permanente del medio ambiente.

En materia de salud de las personas privadas de su libertad, un diverso amparo dio cuenta de la conexión que existe entre no discriminación, gasto público y derecho al agua potable, a favor de grupos de internos, y en el que se reconoció que

el agua y los servicios e instalaciones deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna...; además, deben velar porque la asignación de los recursos de agua y las inversiones, faciliten su acceso a todos los miembros de la sociedad; pues las transformaciones no deben ser en beneficio de una fracción privilegiada de la población, sino invertirse en servicios e instalaciones que redunden a favor de un sector más amplio.⁶⁴

Un amparo novedoso fue el 307/2016, en contra de los megaproyectos de desarrollo inmobiliario municipal en los manglares de la laguna del Carpintero. Las quejas fueron un grupo de vecinas que demandaron la cancelación de las licencias y permisos de construcción para la realización de un parque

⁶² Amparo Indirecto 1366/2011 (sentencia del 16 de febrero de 2012), confrontar pp. 17 y 18, 22-30. En este amparo se alude también a la jurisprudencia usada para reivindicar que —en materia de asentamientos humanos y ordenamiento ecológico— debe existir participación grupal.

⁶³ Amparo 267/2014 (sentencia del 21 de octubre de 2016). Puntos resolutivos.

⁶⁴ Tesis I.9o.P.68 P (10.a.) “Derecho fundamental al agua potable”.

ecológico dentro de la zona de manglar. El razonamiento de la Primera Sala de la SCJN expuso las concepciones de la autonomía del medio ambiente como un bien jurídico fundamental dentro del cuerpo normativo nacional, internacional e interamericano; que, bajo su dimensión colectiva e individual, impone a los Estados, deberes positivos de protección.

En este amparo se toman en cuenta los principios de prevención precautoria desarrollados por la OC-23/2017 emitida por la Corte IDH, el principio *in dubio pro natura*, el de participación ciudadana y el de no regresión de los derechos humanos. En cuanto a la prevención, se reconoció que las autoridades deben “advertir, regular, controlar, vigilar o restringir ciertas actividades que son riesgosas para el medio ambiente, en este sentido este principio puede fungir como motivación para aquellas decisiones que, de otra manera, serían contrarias al principio de legalidad o seguridad jurídica”.⁶⁵ Asimismo, la Primera Sala precisó que la legitimación para demandar la cancelación de una obra, cuando daña un entorno ecológico, tiene su relación causal con los servicios ambientales directos o adyacentes que presta el ecosistema que se estima afectado.⁶⁶ En suma, el amparo se les concedió a las quejas para efecto de que las autoridades: “a) Se abstengan de ejecutar el desarrollo del Proyecto denominado Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero. b) Restituyan la zona de mangle ubicada en el área en que se desarrolla el Proyecto denominado Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero”.⁶⁷ Como podemos advertir, la esfera de protección ecológica se está ampliando cuando se trata de obras con impacto sobre el medio ambiente. Ello conduce a una nueva dimensión colectiva del amparo que está adquiriendo relevancia gracias a los principios del derecho internacional para proteger, preventivamente, cualquier afectación a la flora y fauna silvestre. Este amparo nos muestra una cualidad que cada vez será más notoria en amparo ambiental: que a pesar de que la sentencia sólo tiene efectos entre las partes —cuando es favorable— adquiere una dimensión comunitaria, por tratarse de bienes ambientales, y no sólo favorece a los quejosos, sino al entorno social y a las futuras generaciones.

4. Trabajo y salarios caídos

En cuanto a los derechos laborales, la SCJN ha tenido un papel restrictivo de las prerrogativas salariales de los miembros de las fuerzas de seguridad

⁶⁵ Amparo 307/2016 (sentencia del 14 de noviembre de 2018), p. 12.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 76.

pública. En 2016, la SCJN validó la limitación del cobro de los salarios caídos (sueldo no devengado por el trabajador por motivo de su despido), máximo por doce meses. A pesar de que la norma constitucional (artículo 1o.) ordena la interpretación más favorable y la no regresividad de los derechos humanos, la SCJN estimó que el salario caído no forma parte del derecho humano al trabajo. El razonamiento de la posición mayoritaria en la SCJN atentó contra la indivisibilidad de los derechos humanos y su interdependencia, y la mayoría del Pleno de la SCJN optó por la postura de que “no existe un derecho humano al pago de los salarios caídos”.⁶⁸ El ministro Pardo Rebolledo estimó “que los salarios vencidos no constituyen en sí mismos un derecho humano, sino que son la consecuencia o una de las maneras de reparación a la violación de un derecho humano previo que, en este caso —coincido con el proyecto— sería el de estabilidad en el empleo”.⁶⁹

En consecuencia, según la mayoría de ministros, los doce meses impuestos por la ley impugnada no violan el principio de progresividad, sino al contrario, es un límite permitido por las restricciones constitucionales. La única posición que defendió los salarios fue la del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; en respuesta a la mayoría, expuso que “hay una norma de derecho positivo mexicano que ampliaba este derecho mínimo a la estabilidad del empleo, y hoy esta norma de derecho positivo mexicano es más limitada”.⁷⁰ De esta manera, con argumentos ajenos al contenido esencial de los derechos, la SCJN desconoce el principio de progresividad e interdependencia de los derechos humanos cuando se trata de normas laborales y salarios. Consideramos que la SCJN pasó por alto dos cuestiones clave para determinar si los salarios caídos

⁶⁸ Ésta fue la posición de los ministros Margarita Luna Ramos, Mario Pardo Rebolledo y Norma Piña Hernández, quien agregó que los salarios caídos no son derechos humanos, pues no tienen que ver con el respeto a la dignidad humana; y adujo: “Entonces, —como lo mencionó la señora Ministra Margarita— en este caso, comparto su idea de que se pueden restringir algunos derechos humanos, siempre y cuando se den parámetros justificados, necesarios”. Acción de inconstitucionalidad 32/2013 (resolución del 28 de noviembre de 2016), pp. 3-11. Finalmente, la SCJN declaró la validez de la norma impugnada que sólo reconoce el pago de salario caídos por hasta doce meses.

⁶⁹ Acción de inconstitucionalidad 32/2013 (Resolución del 28 de noviembre de 2016), p. 4.

⁷⁰ Acción de inconstitucionalidad 32/2013 (resolución del 28 de noviembre de 2016), p. 19. En la resolución definitiva, el ministro Zaldívar, en su voto, afirmó que “cuando el juicio se prolongue por más de doce meses, la cantidad que por concepto de reparación recibirá el servidor público no será restitutoria en la misma medida que conforme a la legislación anterior”. Voto particular que formula el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en contra de la sentencia dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 32/2013, p. 15.

forman parte o no de su núcleo intangible: la primera es que el salario caído es parte fundamental del derecho al trabajo, pues el salario es la retribución del trabajo prestado. El adjetivo “salario caído” surge en el contexto del despido injustificado, y no sólo es una medida de reparación (como se afirma), sino parte esencial del derecho al trabajo, pues hay un nexo indisoluble entre trabajo y pago, de lo contrario sería trabajo forzado.

Por ello, en la Acción de Inconstitucionalidad 32/2013, lo dicho por el ministro Pardo Rebolledo le da un sentido diverso al fallo Quintana Coello y otros vs. Ecuador, porque ahí, la Corte Interamericana se pronunció sobre la plena restitución del derecho y de resarcir integralmente los daños materiales e inmateriales por causa del despido injustificado de los magistrados del Tribunal Supremo de Ecuador, especialmente para pagar e incorporar (en la medida de lo posible) a las víctimas a su trabajo, pues la garantía de permanencia en el trabajo debe operar para permitir el reintegro de la condición hasta antes de la violación. Así, a diferencia de la resolución mexicana, en el caso Quintana Coello se reconoció que el pago de los salarios caídos abarcaría desde el momento de la destitución hasta el vencimiento del mandato (de los trabajadores), sin limitaciones de otra naturaleza.⁷¹

Otra de las cuestiones importantes en la discusión de la Acción de Inconstitucionalidad 32/2013 es que la SCJN omite el análisis⁷² del contenido autoritativo de los artículos 1o. y 5o. constitucionales y de los artículos 1o., 2o., 26 y 29 de la CADH; de éstos se desprende que los Estados no pueden ni deben restringir los derechos ya reconocidos, y mucho menos mediante interpretaciones judiciales que deroguen su obligatoriedad, excluyan o limiten sus alcances y efectos.

La supracitada decisión de la SCJN tuvo eco en contra de trabajadores mayormente del sector público. En un diverso juicio de amparo, un tribunal colegiado también estableció que “la reducción del pago de salarios vencidos no violaba el principio de progresividad, ni desconocía ningún derecho humano previsto en la ley”.⁷³ Este fallo ejemplifica que el rol de la SCJN

⁷¹ *Caso de la Suprema Corte de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (2013), confrontar párrs. 41, 213, 236 y 239.

⁷² El ministro Zaldívar Lelo de Larrea también criticó las razones expuestas por algunos miembros del pleno, porque no justifican la constitucionalidad de la norma impugnada y ofrecen más razones que las del propio órgano emisor. Voto particular que formula el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en contra de la sentencia dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 32/2013, p. 15.

⁷³ Tesis: XVI.1o.T:50 L (10a.), “Salarios caídos de los trabajadores al servicio del Estado y

como intérprete puede tener consecuencias negativas y se pueden consolidar lineamientos contrarios al orden constitucional y convencional lesionando la progresividad de los derechos.

En suma, la interpretación mayoritaria del Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 32/2013 transgrede los artículos 2o., 3o. y 4o. del PIDESC, pues la reducción del pago de salarios caídos a doce meses, de acuerdo con el artículo 4o. PIDESC, no es una “medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Desde luego, el enfoque tanto legal como interpretativo de reducir el tiempo de cobro de los salarios de un trabajador a sólo doce meses trastoca el principio de progresividad, pues se minimiza el derecho de recibir una prestación por su trabajo y se favorece la arbitrariedad de los despidos que puedan sufrir los trabajadores.

5. *Seguridad social para empleadas domésticas*

El amparo 9/2018 (resuelto por la Segunda Sala de la SCJN) versó sobre un asunto en el que una empleada doméstica reclamaba el pago de todas las prestaciones constitucionales y legales que le correspondían por cincuenta años de trabajo. El proyecto inicial buscaba reconocer la validez de las limitaciones legales para dar seguridad social y servicios de salud a las empleadas domésticas. No obstante, en la votación final, la SCJN emitió una sentencia estructural que podría beneficiar a todo el universo de empleadas domésticas, pues “concedió el amparo, entre otros aspectos, para hacer del conocimiento del IMSS esa situación discriminatoria y ordenar que dentro de un plazo prudente (primer semestre de 2019), implemente un programa piloto que tenga como fin diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar” que tome en cuenta las particularidades del trabajo y sea obligatorio.⁷⁴ La base constitucional de la decisión fue el principio de no discriminación y trato igualitario que gozan el resto de los trabajadores con un régimen amplio de seguridad social. Por el momento, los efectos simbólicos de la sentencia reivindicar a un sector desprotegido en toda la historia constitucional de México, y, en particular, porque la legislación federal era

municipios de Guanajuato. La limitante de su pago hasta por 12 meses, es aplicable a los casos de reinstalación o indemnización cuando la rescisión fue injustificada”.

⁷⁴ Véase la síntesis del asunto en el Boletín 161/2018 de la SCJN, 5 de diciembre de 2018. Hasta enero 18 de 2019 no se contaba con la sentencia publicada del Amparo Directo 9/2018.

indiferente respecto de los derechos laborales y de salud de las empleadas domésticas. Lo novedoso es que la sentencia impulsa una política pública a mediano plazo. Esta sentencia tiene posibilidades de ser bien recibida por la nueva administración (2018-2024) del seguro social; aunque su ejecución supondrá retos administrativos y fiscales para registrar a las empleadas, ya que los patrones no necesariamente cuentan con un registro fiscal, y dicho trámite depende de la voluntad de aquéllos. Pero, sobre todo, representa un hito para lograr los parámetros del trabajo digno⁷⁵ a favor de las empleadas domésticas.

6. *Amparo de las remuneraciones de los servidores públicos del Poder Judicial*

Uno de los problemas más álgidos en los que se pone a prueba la progresividad y la eficacia del derecho al trabajo dentro del Poder Judicial Federal, frente al rol legislativo, es el que ha suscitado la Ley Federal de Remuneraciones (LFR). En noviembre de 2018, el Congreso mexicano estableció límites sobre el monto de las remuneraciones que perciben los servidores públicos federales, incluyendo a todos los del Poder Judicial de la Federación. Con el afán de promover una reforma judicial, y sin tener en cuenta los complejos problemas que implica la administración de justicia federal, el Congreso decidió que ningún servidor público puede ganar más que el presidente de la República. Desde 2009, una reforma constitucional fijaba este límite a las remuneraciones, pero no existía ley reglamentaria; al vapor, y como parte del cambio de gobierno en México, se legisló, apresuradamente, sin visualizar otros problemas que merecen mayor atención al interior del Poder Judicial Federal. Para evitar la aplicación de la LFR, jueces, secretarios y técnicos del Poder Judicial promovieron, aproximadamente, 3,500 amparos.⁷⁶ El *conundrum* que presenta esta situación es que se pone en riesgo la estabilidad de la administración de justicia como función técnica objetiva, pero tampoco se puede afirmar que el Congreso puede legislar de forma regresiva para limitar las prestaciones del Poder Judicial. El conflicto puede escalar a mayores consecuencias y tensiones políticas en razón de que la SCJN, dentro del procedimiento de una acción de inconstitucionalidad promovida en contra

⁷⁵ Explicados en el contexto de la justicia y política laboral por Arteaga Dirzo, Mireya, “Retos para alcanzar un trabajo digno y decente en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, julio-diciembre de 2018, pp. 3-22.

⁷⁶ Según datos del sistema de información de estadística judicial, disponible en: <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>.

de la LFR, suspendió su aplicación,⁷⁷ y ello suscitó molestia entre la mayoría legislativa afín al Poder Ejecutivo.

El litigio antes citado pondrá a prueba la objetividad y sana relación entre el Congreso y el Poder Judicial. Lo más peligroso para la estabilidad constitucional es que no se están atendiendo los problemas urgentes de la administración de justicia federal (discrecionalidad en nombramientos de confianza, excesivas cargas de trabajo por deficiencias de la justicia ordinaria, nepotismo, acoso laboral y, lo más peligroso, la extorsión de funcionarios por parte de grupos delincuenciales). Es un hecho notorio que la subordinación de remuneraciones que pretende arrogarse el Legislativo, en detrimento del Judicial, tiene un impacto en las leyes federales, en los reglamentos y en los manuales que regulan las percepciones, las compensaciones y los créditos del Poder Judicial Federal.

Entre los aspectos inconstitucionales que presenta la LFR se hallan las modificaciones de las funciones y procedimientos de asignación de remuneraciones de toda la justicia constitucional.⁷⁸ Otro es la violación al principio de progresividad, no discriminación y vida digna de los trabajadores del Poder Judicial. Adicionalmente, la tensión estará al máximo, porque se han instado amparos que colocan a los juzgadores federales en el *conundrum* de actuar como jueces. La lección inicial que este conflicto indica es que para tratar los temas de reforma integral al Poder Judicial no puede partir de la visión dominante del Legislativo sobre el Judicial. En medio de todo ello está el amparo y los derechos humanos como barrera que puede detener al poder político y evitar una crisis constitucional entre poderes.

7. *Amparo de los consumidores*

Un sector que ha obtenido la protección de sus derechos es el de los consumidores frente a los proveedores de bienes o servicios. La SCJN ha definido que los esquemas privados de contratación están sujetos al orden constitucional previsto en el artículo 28 de la Constitución mexicana. En el amparo 2244/2014, un grupo de consumidores alegó que la publicidad de una empresa —que vende zapatillas deportivas— no cumplía con los requisitos de veracidad, información y comprobación a favor del consumidor; por el contrario, que la publicidad resultaba engañosa, falsa e inducía al error al consumidor.

⁷⁷ Acción de inconstitucionalidad 105 y 108/2018 acumuladas (7 de diciembre de 2018).

⁷⁸ Aspectos como la carrera judicial, la formación de jueces y secretarios de carrera, las cargas de trabajo y a la especialización en cada rama de la jurisdicción.

La SCJN reconoció que en este tipo de acciones colectivas debe aplicarse el principio *favor debilis* en materia de pruebas, a favor de los consumidores.⁷⁹

En otro aspecto relacionado con la actividad de los particulares, la SCJN también ha sostenido que las empresas no pueden tener los mismos derechos humanos que las personas; que la protección de la salud es primordial y se ajusta a la validez constitucional de leyes fiscales que imponen cargas a bebidas saborizadas, jarabes, polvos o extractos que se vendan envasados y contengan azúcares añadidos. La Corte determinó que una carga, al tener como objetivo lograr mayor recaudación fiscal para combatir la obesidad y proteger la salud, se ajusta a los parámetros constitucionales:

además de que la medida impositiva pretende que los gobernados logren una alimentación sana y suficiente, al procurar desincentivar el consumo de azúcares añadidos y así prevenir el sobrepeso y la obesidad, en compatibilidad con los artículos 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, PIDESC y 12 del Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸⁰

8. *Usuarios vs. compañía telefónica*

Dentro de las acciones colectivas que se pueden ejercer en la vía civil, el amparo casación ha servido como última ruta para reconocer la legitimación que tienen los grupos e individuos consumidores de telefonía celular para reclamar el incumplimiento de sus proveedores. En el amparo 4341/2013, se reconoció que una compañía telefónica cobró radiocomunicación móvil de mala calidad, que no otorgó diversos servicios, y que no compensó a los usuarios por el daño material que les causó por los cobros indebidos de los servicios no recibidos. La línea argumentativa establecida por la SCJN señaló “que los proveedores de servicios están obligados a registrar sus contratos de adhesión para verificar su concordancia legal y constitucional” (bajo los criterios de la interpretación conforme), y aunque reconoció que la acción colectiva no es la vía idónea, sino que debió ejercerse la vía mercantil, para reclamar la

⁷⁹ Amparo Directo en Revisión 2244/2014 (sentencia del 11 de marzo del 2015), párrs. 138-141.

⁸⁰ Tesis: 2a./J.76/2017 (10a.) “Impuesto especial sobre producción y servicios sobre bebidas saborizadas con azúcar agregada. Es compatible con los derechos de libre elección del consumidor y a la alimentación”.

nulidad del contrato y el pago de daños a los consumidores.⁸¹ El punto más importante fue que “la sentencia que declare la nulidad del contrato de adhesión debe tener efectos generales, esto es, beneficiar a todas aquellas personas que pudiesen haber celebrado con el proveedor el contrato que haya sido anulado”.⁸² Bajo estas directrices, otros usuarios que no acudieron al juicio se beneficiaron del fallo, pues la nulidad de un contrato de adhesión no se convalida, y así, otros consumidores pueden acudir a pedir las compensaciones del fallo dictado por la SCJN. Este amparo es importante porque consolida la protección a un grupo débil como lo son los consumidores, pues los proveedores —al tener contratos de adhesión en masa— se posicionan en forma dominante sobre los usuarios de sus servicios.

VI. DESVENTAJAS DE LOS AMPAROS EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

El éxito del litigio de amparos de derechos sociales en cada caso concreto está garantizado. Es decir, en su vertiente subjetiva, el amparo cumple con su rol de promover la justicia social. Pero en su versión objetiva, el amparo de derechos sociales dista mucho de ser un factor de influencia cuantitativa en todo el sistema jurídico. Por ello, es necesario reconocer la supresión de la fórmula “Otero” cuando se trate de amparos en los que se cuestione la constitucionalidad o convencionalidad de leyes. La SCJN ya está dando pasos hacia adelante en este aspecto, como se vio en el amparo de la seguridad social de empleados domésticos.

Por otra parte, a corto plazo se identifican y se pueden plantear soluciones de dos problemas de la interpretación constitucional de amparos de derechos sociales.

El primero es que en la mayoría de los casos sólo favorecen a las partes que incoaron la demanda (fórmula prevista en el artículo 73 de la Ley de Amparo). En casos de amparos contra leyes prevalece la deferencia hacia el legislador, pues para lograr una declaratoria general de inconstitucionalidad se tienen que materializar (ante la SCJN) dos sentencias de amparo: indirecto en revisión contra la misma ley, y en materia de derechos sociales (salvo el caso de las empleadas domésticas), no se ha anulado ninguna norma general. Por

⁸¹ Amparo Directo en Revisión 4341/2013, pp. 74 y 75.

⁸² Amparo Directo en Revisión 4341/2013, p. 76.

otra parte, en casos del amparo directo (que proviene de un procedimiento seguido en forma de juicio, y que llega a la SCJN por medio de una interpretación directa de la Constitución) no se permite declarar la inconstitucionalidad general de las disposiciones tildadas por los quejosos como inconstitucionales; sólo se anula su aplicación en el caso concreto. Otro defecto es que la Ley de Amparo (artículo 77) permite un grado amplio de discreción —para cada órgano jurisdiccional— al fijar los alcances de la sentencia en cada caso, según se trate de actos positivos o negativos. En este sentido, surge el problema interno de la fragmentación de las decisiones de amparo, que dificulta la uniformidad de las decisiones. Además, la carga de trabajo de los tribunales colegiados y juzgados de distrito (a pesar de que hay aproximadamente 654 órganos de este tipo que conocen de amparo,⁸³ más los plenos de circuito, las dos salas y el Pleno de la SCJN) es excesiva, y ello provoca que entre la tramitación del juicio y su ejecución el tiempo sea entre dos y tres años, por lo menos.

El segundo problema radica en que la supervisión de las sentencias y su ejecución dependen de amplios plazos y de la buena voluntad de las autoridades responsables. Aunque la Ley de Amparo cuenta con mecanismos de responsabilidad para las partes y autoridades que emiten los actos o son responsables de las omisiones, también permite el aplazamiento cuando las autoridades señalan que “están en vías de cumplimiento”. Por otra parte, hay pocas medidas de apremio para someter a una supervisión estricta el cumplimiento de las sentencias, y los órganos políticos continuamente solicitan prórroga para cumplir, o alegan imposibilidad presupuestaria (en los casos de ejecuciones de laudos en materia laboral por despidos injustificados). Adicionalmente, en materia de amparos de los pueblos indígenas contra megaproyectos que invaden sus propiedades, la suspensión de amparo no es del todo suficiente, y en algunos casos se les niega y se consuman de modo irreparable los daños materiales. Este problema lo señaló el ministro José Ramón Cossío, en el amparo del *Pueblo Yaqui vs. Sonora*, al advertir que la consulta está ligada al consentimiento para realizar las obras, y que en la sentencia de amparo se deben proteger adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas.⁸⁴ Por esta razón, las sentencias más recientes en torno a los pueblos indígenas y a bienes ambientales están mejorando su efecto protector. En el caso de los

⁸³ Según el Panorama Nacional Concentrado del Consejo de la Judicatura Federal. Disponible en <http://www.cjf.gob.mx/>.

⁸⁴ Citado por De Paz González, *op. cit.*, 2016, p. 463.

megaproyectos, seguramente vendrán cada vez más resoluciones que ordenen frenar las obras y, así, proteger de manera preventiva los daños.

VII. CONCLUSIONES

Desde una perspectiva de la justicia constitucional y de la experiencia internacional, se confirma que los derechos sociales en México están pasando una etapa de emancipación normativa hacia su consolidación jurisprudencial. En general, podemos afirmar que a pesar de que han sido las cortes constitucionales del sur global quienes mayormente han adjudicado los derechos de vivienda, medio ambiente, salud y educación, las transformaciones de la sociedad aun no son verificables, pues las sentencias únicamente benefician a los sectores que litigaron e indirectamente a otros grupos no muy numerosos.

En el caso mexicano, la jurisprudencia nacional está tomando con valor vinculante las directrices de los comités de la ONU y la jurisprudencia interamericana. En particular, las observaciones generales del Comité DESC han servido de apoyo en los amparos mexicanos para explicitar el contenido material a derechos a un medio ambiente sano, los de vivienda, a la educación, la salud y el trabajo. Y la jurisprudencia interamericana, principalmente, ha servido para adjudicar derechos de propiedad indígena y consulta sobre proyectos extractivos.

Es notable cómo los grupos indígenas han optado por combatir actos, permisos y concesiones que afectan sus derechos a través del amparo y han tenido suficiente receptividad en los tribunales federales. Si sigue por este camino, en el mediano plazo la jurisprudencia mexicana seguirá con mayor intensidad las líneas interamericanas sobre discriminación económica y discriminación estructural. Sin embargo —y debido a la escasa cultura constitucional—, esto no significa que el enfoque interamericano influya cuantitativamente en las decisiones de los jueces y tribunales de amparo.

Desde una toma panorámica, podemos afirmar que en México hay luces y sombras sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, pues la jurisprudencia carece de uniformidad. Por ejemplo, el derecho a los salarios caídos se le ha desconectado del derecho al trabajo, y se visualiza como una “forma de reparación”, y no como derecho humano. Hay avances notables, como la fiscalización de la sociedad civil del gasto público educativo y en la protección del medio ambiente. Pero los efectos particulares de la mayoría de las sentencias provocan limitación del amparo como medio de protección *erga omnes*.

Sólo en materia de derechos ambientales y de los consumidores, las sentencias tienen un efecto protector a favor de sectores que no litigaron el asunto, tal como se advirtió en la nulidad de los contratos de servicios telefónicos, que permitió a otros usuarios adherirse a la sentencia.

Una de las notas distintivas de las sentencias analizadas en este trabajo es que comienzan a incidir positivamente en la rendición de cuentas de los recursos económicos y en las políticas públicas incoadas por las autoridades administrativas, quienes, al verse presionadas por los jueces de amparo, reciben directrices de políticas públicas sustentadas en los derechos humanos. Además, en la esfera administrativa se ha expuesto la problemática de las obras públicas y privadas cuando lesionan bienes jurídicos colectivos, y con ello se ha propiciado la participación ciudadana en procesos judiciales como eje democrático para proteger bienes y espacios públicos que benefician a las generaciones presentes y futuras

De acuerdo con lo que reflejan las líneas jurisprudenciales mexicanas, una posible expansión tanto de la exigibilidad como de la justiciabilidad de los derechos sociales podría contemplar los siguientes ejes: examinar violaciones directas mediante el fundamento internacional, las guías metodológicas del Comité DESC, y apoyar la interpretación directa desde el sistema interamericano (jurisprudencia relativa a los artículos 26 y 29 de la CADH y el Protocolo de San Salvador). Un punto preocupante son las interpretaciones de la SCJN que muestran visos de un programa restrictivo⁸⁵ que acota su contenido y —en contravención al principio constitucional e internacional de la progresividad— permite que el poder político los modifique en perjuicio de los gobernados.

En este panorama, y ante la indiferencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, hacia los derechos sociales en los últimos años, el Poder Judicial Federal y la SCJN han sido los motores que impulsan una justicia social-constitucional a través de su jurisprudencia. A pesar de ello, no consideramos que el amparo sea la panacea para los problemas de exclusión generalizada del disfrute

⁸⁵ En diverso fallo se precisó que los órganos de amparo sólo pueden conocer de las violaciones a derechos humanos que les sean planteadas, y no pueden pronunciarse sobre otras violaciones o autoridades que resulten responsables de dichas violaciones. Así, la mayoría del pleno confunde aspectos procesales (competencia material de los jueces de amparo) con la obligación de proteger y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. En respuesta, el ministro Zaldívar afirmó que “debemos evitar el peligro de poner una camisa de fuerza a los derechos humanos”. Contradicción de tesis 58/2015 (Resolución del 26 de abril de 2016) pp. 43 y 44.

de los derechos sociales. No obstante, los casos analizados en este trabajo demuestran que la incipiente doctrina de justiciabilidad requiere consolidarse hacia un modelo integral en los procesos de amparo para maximizar sus resultados y mejorar el tiempo de cumplimiento de los fallos. Para la justicia constitucional, el reto seguirá siendo la eficacia de su rol constructivo como agente de cambio democrático impulsado por sectores excluidos que buscan hacer realidad las máximas jurídicas de nuestro tiempo: igualdad, vida digna y vivir libres del temor y la miseria.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2008.
- ARTEAGA DIRZO, Mireya, “Retos para alcanzar un trabajo digno y decente en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, julio-diciembre de 2018.
- ACUÑA, Manuel y OLAIZ GONZÁLEZ, Jaime, “Justicia y derechos sociales. Notas para un recuento espacio-temporal en la experiencia comparada”, en BAGNI, Silvia *et al.*, *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, t. I, México-Madrid, Tirant lo Blanch, 2017.
- BALDIN, Serena, “La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, 2015.
- PAZ GONZÁLEZ, Isaac de, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights. Shadow and Light in International Human Rights*, United Kingdom, Edward Elgar, 2018.
- PAZ GONZÁLEZ, Isaac de, *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales: Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, México, Porrúa-IMDPC, 2016.
- DIXON, Rosalind, *Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles*, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM, 2017.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (eds.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2018.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Taking Social Rights Seriously: Principle of Financial Sustainability”, en BAGNI *et al.*, *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, t. I, México-Madrid, Tirant lo Blanch.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- HESSELINK, Martin W. *et al.*, “Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference”, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series 2009/05, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1413089> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1413089>.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton & Company, 1999.
- KING, Jeff, *Judging Social Rights*, Inglaterra, Cambridge University Press, 2012.
- LANGFORD, Malcolm *et al.* (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- MEYER, Lorenzo, *La distopía mexicana. Perspectivas para una nueva transición*, México, Debate, 2017.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “Principios Rectores sobre Pobreza y Derechos Humanos”, A/HRC/21/39, 18 de julio de 2012.
- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS, “Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales”, HR/PUB/13/5, Nueva York y Ginebra, 2014.
- NIETO RODRÍGUEZ, María Angélica y LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, “La pobreza y su tratamiento en la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia (1991-2015)”, *Estudios Constitucionales*, año 16 (1), 2018.
- NOLAN, Aoife, “Children’s Socio-Economic Rights”, *Democracy and the Courts*, Inglaterra, Cambridge University Press, 2011.
- OSUNA, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, núm. 5. *La protección de los derechos sociales*. Bazán, Víctor (ed.), Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de Chile-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

- PAVONI, Riccardo, “Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Court of Human Rights. Comparative Insights”, en BOER, Ben (edit.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PULKINGHAM, Jane, *Human Welfare, Rights, and Social Activism: Rethinking the Legacy of J. S. Woodsworth*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.
- QUINTANA OSUNA, Karla I. y GÓNGORA MAAS, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César y RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism in the Global South*, Inglaterra, Cambridge University Press, 2016.
- SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2015.
- WANG, Daniel Wei, “Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses”, *Human Rights Law Review*, vol. 15(4).
- WOLTERSTORFF, Nicholas, “All Justice is Social but it’s not all Social Justice”, *Philosophia*, vol. 41, 2013.

REPRESENTACIÓN COLECTIVA Y NEGOCIACIÓN DE DERECHOS DE TRABAJADORES EN PLATAFORMAS*

COLLECTIVE REPRESENTATION AND NEGOTIATION
OF WORKER RIGHTS IN PLATFORMS

REPRÉSENTATION COLLECTIVE ET NÉGOCIATION
DES DROITS DES TRAVAILLEURS SUR LES PLATEFORMES

Ana DOMÍNGUEZ MORALES**

RESUMEN: El presente trabajo indaga acerca de la realidad específica del ejercicio de los derechos laborales colectivos en el entorno de la economía digital derivada de la revolución 4.0, específicamente en relación con el trabajo en plataformas.

Se pone de manifiesto el destacado papel del diálogo social, que incluye no sólo a los sindicatos tradicionales, sino también a los colectivos de autorrepresentación de los intereses de quienes prestan sus servicios en plataformas digitales. Tanto es así, que las instituciones de la OIT como de la propia Unión Europea conciben al diálogo social como el método idóneo para afrontar los problemas que plantea esta nueva realidad a la que nos enfrentamos en todos los lugares del mundo.

En efecto, está siendo modificado el sistema de organización de los intereses de los trabajadores, así como los mecanismos de acción colectiva adoptados, con lo que surge la necesidad de proteger los derechos colectivos de trabajadores que ni siquiera han podido obtener respuesta sobre la propia naturaleza jurídica de su trabajo.

Palabras clave: digitalización de la economía, empleo en plataformas, derechos colectivos.

* Recibido el 23 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesora sustituta interina, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.



ABSTRACT: This paper exams the specific reality of the exercise of collective labour rights in the digital economy in context of industry 4.0, specifically about problems that working on platforms create.

Social dialogue plays an essential role, which includes not only traditional trade unions but also groups of self-representation of platform workers. In fact, ILO institutions and the European Union institutions, consider social dialogue like something necessary to deal with the challenges posed by this new work reality extended all over the world.

The reality shows that the organization of labour interest model in changing, as well as the collective action mechanisms that are been adopted. For this reason we need first the recognition of labour rights to all of this workers and then, the reorganization of the collective structure and tools of action, and an effective collective bargaining. In short, this work emphasizes the protection of collective rights of workers who have not yet been able to obtain answers about the legal nature of their work.

Key words: digitization of the economy, employment in platforms, collective rights.

RÉSUMÉ: Le présent travail s'intéresse à la réalité spécifique de l'exercice des droits collectifs du travail dans l'économie numérique, issue de la révolution 4.0, en particulier en ce qui concerne le travail sur des plateformes.

Il souligne le rôle prépondérant du dialogue social, qui inclut non seulement les syndicats traditionnels, mais également des groupes d'auto-représentation des intérêts de ceux qui fournissent leurs services sur des plateformes numériques. À tel point que les institutions de l'OIT et l'Union européenne elle-même conçoivent le dialogue social comme la méthode idéale pour faire face aux problèmes posés par cette nouvelle réalité à laquelle nous sommes confrontés dans le monde entier.

En effet, le système d'organisation des intérêts des travailleurs, ainsi que les mécanismes d'action collective adoptés, sont en cours de modification, d'où la nécessité de protéger les droits collectifs des travailleurs qui n'ont même pas été en mesure d'obtenir une réponse concernant leur nature travail juridique.

Mots-clés: numérisation de l'économie, emploi dans les plateformes, droits collectifs

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La importancia del diálogo social en la implementación de los cambios tecnológicos en el ámbito laboral*. III. *La participación de los interlocutores sociales en la adaptación de la digitalización de la economía dentro de su ámbito de influencia*. IV. *Ideas conclusivas*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La digitalización de la economía, lo que está provocando la conocida 4a. Revolución industrial, plantea importantes desafíos desde la perspectiva laboral,¹ muchos de los cuales ya están siendo concienzudamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia. Ello se traduce en una incipiente preocupación por la necesidad de adoptar normas que convengan en el tratamiento de asuntos relacionados con la metamorfosis que están viviendo las relaciones laborales.

Se trata, como resulta obvio, de un proceso todavía en construcción, cuyos efectos y límites resultan desconocidos. Plantea interrogantes importantes sobre los efectos en el mundo del trabajo relacionados con las dinámicas de empleo; la atomización del mercado de trabajo; las características del empleo asalariado; los sujetos de la relación laboral; las condiciones laborales; las relaciones laborales colectivas, y la protección social. Ellos se relacionan en gran parte con la aparición de nuevas formas de trabajo: trabajo en plataformas, robotización, trabajo a demanda, entre otros.

Lo anterior se encuadra en la realidad de tipo transversal, y es la convivencia y retroalimentación del desarrollo tecnológico con la globalización de la economía, cuestión que dificulta la determinación de pautas de tipo normativo, así como convencional, especialmente en el caso de empresas que trabajan a través de la red prestando servicios para todo el mundo. El desarrollo de la economía digital, además, no resulta homogéneo en todos los países, cuestión que provoca desequilibrios en materia de competencia y brecha digital. Esto sucede en tanto que, en realidad, la tecnología en sí misma considerada no es neutra en cuanto a los efectos que pueda desencadenar en una determinada sociedad, sino que depende precisamente del modelo cultural, económico y social de la misma.²

¹ Cruz Villalón, Jesús, “Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell’economia”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 158, 2018, p. 464.

² Mancini, Chiara, “Il sindacato di fronte all’economia di Internet: Idea diffusa, l’intelligenza collettiva della CGIL?”, *Labour & Law Issues*, vol. 4, núm. 1, 2018, p. 43.

En definitiva, la digitalización nos lleva a un debate más general: el futuro del trabajo. En este debate consideramos, que sin duda, los propios trabajadores colectivamente organizados tienen un papel destacado en la elaboración de proyectos, y hojas de ruta, en definitiva, en el modo en que se deban afrontar los desafíos que presentan estas nuevas realidades laborales.

II. LA IMPORTANCIA DEL DIÁLOGO SOCIAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Dentro de la estrategia promovida por la OIT para el trabajo decente y la agenda 2030 de desarrollo sostenible se pone especial énfasis en el proceso de “virtualización laboral”. Se concibe que el *software* inteligente, la robótica, el *big data* y la inteligencia artificial o los drones destruirán millones de empleos, pero también generarán profesiones de alta cualificación que ahora no existen. Esta última idea compartida por buena parte de la doctrina en todo el mundo.

Ante el escenario económico y tecnológico de la distinta evolución, en los países de todo el mundo ponen de relieve la necesidad de regulación de las nuevas formas de trabajo flexibles, siendo uno de los principales objetivos de esta nueva agenda el de promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible; el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos, de la mano de la modernización tecnológica. Para implementar tales objetivos, la OIT considera importante que los interlocutores sociales afirmen su presencia en las consultas y en los procesos de toma de decisión a nivel nacional.

Siendo una de las principales novedades de la tecnología implementada en los entornos laborales, la creación de plataformas que gestionan la prestación profesional ofrecida por quienes se inscriben en la misma, la OIT ha elaborado una serie de propuestas de regulación.³ Entre ellas se encuentran: medidas de reconocimiento de derechos individuales, como el de otorgar un estatus adecuado a los trabajadores; garantizar el salario mínimo aplicable del país de residencia de los trabajadores, así como la transparencia en pagos y comisiones cobrados a través de plataformas, o garantizar sus derechos de

Berg, Janine *et al.*, *Digital Labour Platforms and the Future of Work. Towards Decent Work in the Online World*, Génova, International Labour Office, 2018.

información. Junto a los anteriores, abogan por permitir a estos prestadores de servicios, a demandar que ejerzan sus derechos laborales colectivos, a la libertad sindical, a la acción colectiva y a la negociación colectiva.

A nivel de la Unión Europea, también se pone especial atención a las convulsiones que las nuevas tecnologías están propiciando al mundo del trabajo, tratando de mediar entre la mayor competitividad económica, que las empresas tecnológicas están adquiriendo gracias a los avances en este terreno, con la protección de los derechos sociales, en especial de los trabajadores. Por un lado, podemos señalar el mercado único digital, que contempla entre sus objetivos, garantizar que la industria, la economía y el empleo se beneficien plenamente de la digitalización; por el otro, el pilar europeo de políticas sociales, creado en un contexto de superación de crisis económica y en un entorno en el que los mercados laborales y las sociedades evolucionan rápidamente, con nuevas oportunidades y nuevos desafíos derivados de la globalización, de la revolución digital, de los cambios en las pautas de trabajo, y de la evolución demográfica y de la sociedad.

Conscientes también de que se trata de una problemática generalizada en todos los Estados miembros, las instituciones europeas invitan al consenso entre los poderes públicos y los interlocutores sociales. Apoyar el diálogo social en toda la UE se incluye dentro de este nuevo proyecto, siendo conscientes de que la mayor parte de las competencias y los instrumentos necesarios para cumplir los objetivos del pilar europeo de derechos sociales está en manos de tales sujetos. Al mismo tiempo, el Comité Económico y Social Europeo considera que las transformaciones digitales en curso son de tal magnitud que requieren una reflexión colectiva, extensa e inclusiva a través de un diálogo social a todos los niveles.⁴

Finalmente, también a nivel nacional se subraya, por parte del Consejo Económico y Social, el carácter transversal de la propuesta de estrategia digital para una España inteligente y la necesidad de que se realice en un amplio proceso de diálogo social, habida cuenta que a través de éste se han abordado algunas de las principales dinámicas de cambios en las organizaciones productivas y sus efectos sociales y laborales, tanto en el plano europeo como en el nacional.⁵

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa” (2018/C 440/01), 15 de febrero de 2018.

⁵ Recogido en el informe del CES, *La Digitalización de la Economía*, marzo de 2017.

III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN LA ADAPTACIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA DENTRO DE SU ÁMBITO DE INFLUENCIA

A nivel europeo, la Confederación Europeas de Sindicatos (CES), en palabras de su presidente, considera que “la participación de los trabajadores es y seguirá siendo fundamental... La digitalización nunca será justa sin la participación apropiada y preceptiva de los trabajadores”. Según uno de los resultados fundamentales de la encuesta realizada por la CES,⁶ actualmente la digitalización ocupa un lugar destacado en la agenda de información y consulta. En torno al 65% de todos los representantes sindicales y representantes de los trabajadores en las empresas indicaron que el cambio digital se había planteado como un tema de información y consulta en varios niveles (intersectorial, sectorial y de empresa).

Dada la dificultad real de adaptar el modelo representativo a estas realidades, se cuestiona acerca de la necesidad de una intervención reguladora por parte de los poderes públicos que definan los niveles de protección no sólo desde el punto de vista individual, sino también colectivo, comenzando por la determinación de naturaleza jurídica.⁷ Pionera en este aspecto es Francia, cuya legislación reconoce expresamente a los trabajadores de las plataformas, el derecho de formar sindicatos, adherirse a los ya creados y ejecutar acciones colectivas,⁸ pese a su calificación como trabajadores autónomos.

No obstante ello, han surgido, en razón de las complicaciones derivadas de una forma de trabajo no reconocida como subordinada, y por ende, sin el reconocimiento de los derechos a la participación colectiva, no es de extrañar que las primeras acciones conjuntas dirigidas por quienes prestan servicios en estas plataformas escapen a la organización sindical y a los métodos tradicionales de ejecutar derechos laborales colectivos.

⁶ Voss, Eckhard y Riede, Hannah, *Digitalización y participación de los trabajadores: la opinión de los sindicatos, los trabajadores de empresa y los trabajadores de plataformas digitales de Europa*, Bruselas, CES, p. 77 (disponible en: www.etuc.org).

⁷ Algunos aspectos relativos a la determinación de la laboralidad, como son la prevalencia de los hechos frente a la calificación dada por las partes o la carga de la prueba de la ausencia de una relación laboral que recaerá en la persona física o jurídica que se identifique como empleador, son asuntos que trata la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, COM/2017/0797 final - 2017/0355 (COD).

⁸ Art. L. 7346-6 del Código de Trabajo francés.

1. *Autoorganización de los trabajadores de plataformas digitales*

El modelo operativo de algunas plataformas digitales —como las de reparto de comida a domicilio o de limpieza— presenta obstáculos al ejercicio de los derechos colectivos —derechos a la representación sindical, a la acción colectiva, a la negociación colectiva—. Algunos factores que fomentan esta problemática es la atomización del sector generada por la naturaleza individual del proceso productivo, el uso de contratos de muy breve duración o relaciones contractuales alejadas de la subordinación, la aplicación de algoritmos como método de determinación de las condiciones de trabajo, etcétera.

La dificultad por parte de los sindicatos de ser visibles en el interior de estas plataformas y de dirigir la acción colectiva ha originado un movimiento de autoprotección colectiva de quienes trabajan a través de ellas. Esta capacidad de autogobernar sus protestas también se extiende en otros países como España, donde fue creado el colectivo RidersXderechos, formado por riders de Deliveroo, presentes en numerosas ciudades. Éstos se comunican, preferentemente, a través de redes sociales, además, de realizar asambleas. También fue creada Asoriders (Asociación Española de Riders Mensajeros) que representa a mensajeros que trabajan para distintas empresas de reparto en calidad de autónomos.

En Italia, uno de los principales focos de la actuación colectiva de estos trabajadores fue el suscitado por los riders de Foodora, plataforma alemana de reparto de comida a domicilio, quienes han prestado su apoyo a la contienda judicial iniciada por cinco de ellos para el reconocimiento de sus derechos, una vez desactivados por la plataforma. Los anteriores se organizan en grupos de representación, alejados —en su inicio— de los sindicatos confederales. Entre tales colectivos se encuentran la Riders Union Bologna, Dliverance Milano, o Deliverance Project de Turín.

Entre las formas de sabotaje —que no propiamente de huelga— de estos colectivos se encuentra la de la desconexión de la plataforma por parte de los trabajadores, como ya lo harían los trabajadores del Reino Unido en 2016.⁹ También han organizado marchas en bicicleta como forma de protesta y de sensibilización de la población sobre la precariedad de su situación, así como campañas de desprestigio hacia las plataformas, en sus perfiles de Facebook.

Woodcock, Jamie, “#Slaveroo: Deliveroo Drivers Organising in the «Gig Economy»”. Novara Media, 2016.

La irrupción de estas organizaciones independientes de representación no puede ser obviada por el resto de actores de la escena pública. Resulta altamente positivo el reconocimiento de estos grupos de representación autónomas como interlocutores válidos por parte de las instituciones públicas a modo de activar vías de consenso. En este sentido, podemos destacar que el gobierno italiano anunció, el pasado mes de junio de 2018, la voluntad de negociar, junto con las plataformas, los sindicatos confederales y los colectivos autoorganizados, la cuestión sobre la naturaleza jurídica y derechos correspondientes a los prestadores de servicios de estas plataformas de reparto de comida u otros productos a domicilio,¹⁰ debate jurídico que parece ser está próximo a dar resultados que se plasmarán en una ley que al parecer carece del consenso esperado.¹¹ Antes de ello, Italia ya contaba con una experiencia localizada, en la que se identificó a uno de los grupos autoorganizados como interlocutor válido. Se trata de la firma de una “Carta de derechos fundamentales en el contexto del trabajo digital urbano” —sobre la que volveremos—, en cuya elaboración participó Riders Union Bologna.

2. *La participación sindical en la defensa de los intereses de los trabajadores digitales*

La autoorganización de estos trabajadores resulta con la entrada en juego de los sindicatos como actores protagonistas en los conflictos que suscita el trabajo altamente digitalizado, si bien con no pocas dificultades que se en-

¹⁰ Magnani, Alberto, “Riders, la retromarcia di Di Maio, Tavolo di confronto sulla gig economy”. *Il Sole 24 ore*, 24 de noviembre de 2018. Ya había sido depositada una propuesta de ley del 5 de octubre de 2017, núm. 2934, “Disposizioni in materia di lavoro autonomo mediante piattaforma digitale”, presentada por el senador y iuslaboralista Pietro Ichino. Esta propuesta reclama una reforma de la ley 81/2017 reguladora del trabajo autónomo, que integre el régimen jurídico que sería aplicable a los prestadores de servicios a través de plataformas, como prestadores de trabajo autónomo, pero que no contemplaba el reconocimiento de derechos colectivos

¹¹ Ante la desconfianza de que esta regulación llegara a ver la luz en los próximos meses, la organización Deliverance Milano presentó el 18 de diciembre de 2018 al ministerio de Trabajo su propia propuesta de ley para la regulación de las plataformas digitales. Tras las últimas negociaciones en septiembre de 2018 —que se consideraron ya rotas por la parte social—, el 14 de enero se ha publicado en la web de este último, que en marzo entrará en vigor la ley que asegura para los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas de reparto de comida, la tutela frente a contingencias comunes y profesionales y salario mínimo. Disponible en: <http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/comunicati/pagine/ministero-del-lavoro-per-i-riders-pronta-la-norma.aspx/>.

cuentran, no sólo en la estructura del sistema de relaciones laborales, sino también en el propio recelo de los implicados a la participación de los primeros. En efecto, al debilitamiento y desprestigio que acompaña en los últimos años a tales organizaciones se une la desconfianza de los trabajadores de estos entornos digitales sobre la capacidad de los sindicatos en mediar en sus peticiones.¹² Esto se acrecienta, además, porque un amplio porcentaje de los trabajadores de estas plataformas son jóvenes, quienes en un alto porcentaje se oponen a la lógica sindical.

Precisamente, uno de los puntos de desencuentro se sitúa en la propia determinación de las acciones a emprender, y que se han puesto de manifiesto, del todo alejadas de las clásicas, llevadas a cabo por los sindicatos de clase.

No obstante lo anterior, y de forma independiente a la participación de asociaciones profesionales como representantes de estos trabajadores, existen líneas de colaboración entre sindicatos y organizaciones propias de trabajadores de plataformas, como sucede con la organización Riders Union Bologna y el sindicato Adl-Cobas —en Italia—. Finalmente, incluso, nacen sindicatos específicos o propios, como es el caso de la agrupación sindical de Riders en países bajos (Riders Union FNV), creada a iniciativa de Riders de Deliveroo de aquel país.

La realidad muestra, no obstante, que los sindicatos preestablecidos en países donde operan estas plataformas también comienzan a organizarse para la protección de los intereses de tales trabajadores. Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo encontramos en Reino Unido, donde detrás de la denuncia de los conductores de Uber, quienes han conseguido que la justicia de aquel país reconozca la calificación de trabajadores —*workers*, aunque no *employees*—,¹³

¹² Esteban Legarreta, Ricardo, “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de plataformas colaborativas”, comunicación presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, titulado “Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial”, Madrid, Cinca, p. 6. En numerosas entrevistas a los prestadores de servicios trámite plataformas se manifiestan en esta línea de desinterés hacia la protección de los sindicatos tradicionales. Esta información contrasta con la ofrecida por la encuesta de la CES, en la que afirman que el 90% de los encuestados.

¹³ *Mr. Y Aslam, Mr J Farrar and Others v. Uber*, sentencia de octubre de 2016, ratificada por el Employment Appeal Tribunal el 11 de noviembre de 2017. El 19 de diciembre de 2018 ha sido ratificada por la Court of Appeal. La categoría de “workers”, no existente en España, se refiere a quienes contratan con una empresa comprometiéndose a prestar servicios personalísimos, cuya prestación puede ser irregular en el tiempo. Les resulta de aplicación, entre otros, el salario mínimo, las vacaciones retribuidas, los límites de tiempo de trabajo, pero no otras instituciones laborales, como la indemnización por despido.

se encontraba el sindicato GMB. De forma similar, un juez de Amsterdam ha acogido recientemente el recurso presentado por dos trabajadores de Deliveroo determinando la laboralidad de la prestación, en una contienda judicial promovida por el sindicato FNV.¹⁴

En España, la intersindical valenciana fue la primera en conseguir que un juez de lo social de Valencia considerara que los *riders* de Deliveroo no eran trabajadores autónomos, habiendo iniciado previamente denuncias ante la inspección de trabajo. Por su parte, Comisiones Obreras (CC.OO) ha cosechado el mismo éxito tras interponer la denuncia ante la Inspección de Alicante contra Deliveroo. La Unión General de Trabajadores (UGT) también ha denunciado ante la Inspección a Deliveroo, así como a Glovo, Uber Eats y Stuart por la “relación fraudulenta de falsos autónomos” del modelo de negocio de estas plataformas digitales, aunque ahora comienza a interponer acciones de conflicto colectivo en sede judicial, con el fin de abordar el problema desde una perspectiva más colectiva.¹⁵

Los sindicatos no sólo reclaman el reconocimiento de derechos en sede judicial o administrativa, sino que también se sirven de las tecnologías de la información para desarrollar sus funciones, y así acceder a mayor información y desplegar en mejores condiciones sus funciones representativas.

Destacable, por la confluencia de varias organizaciones sindicales de diversos países, es la plataforma FairCrowdWork, creada en 2015 por el sindicato alemán IG Metall, la Cámara de Trabajo austriaca (AK, Arbeiterkammern), el sindicato confederal austriaco (OGB) y el sindicato de trabajadores de cuello blanco sueco (Unionen). Se trata de una herramienta digital que proporciona información sobre trabajo en plataformas desde una perspectiva sindical, en relación con los derechos y obligaciones de los trabajadores de estas empresas, así como sobre los recursos de los que dispone el sindicato en favor de los mismos.¹⁶ Al mismo tiempo, se publica información acerca del funcionamiento de determinadas plataformas en activo, cuya función es visibilizar las condiciones en las que se prestan servicios a través de las mismas —incluye información sobre tareas, clientes, número de trabajadores, salarios, formas

¹⁴ Disponible en: <https://www.31mag.nl/amsterdam-i-riders-di-deliveroo-non-sono-freelance-madipendenti-vittoria-in-tribunale-dei-corrieri/?fbclid=IwAR3N9bwWwASbn6bR3Ew2MLZ5nWE4cV-NPXjr6fB998CR5-i3mI3x6yFu4pg>.

¹⁵ Interpuesta demanda de conflicto contra Glovo “con el fin de que sus 8.000 trabajadores sean reconocidos como trabajadores por cuenta ajena y no como empleados autónomos, como señala la empresa”. Disponible en: <http://www.ugt.es/demanda-de-conflicto-colectivo-contr-glovo>.

¹⁶ Disponible en: <http://faircrowd.work/>.

de pago, etcétera—. Las mismas aparecen ordenadas en un *ranking*, resultado de encuestas de trabajadores en estas plataformas.

No es el anterior el único ejemplo de “contraplataforma”,¹⁷ es decir, espacio en la red, en el que no son los trabajadores los que se encuentran sometidos a escrutinio, sino la propia plataforma, e incluso el trato que se recibe de sus clientes. Turkopticon, plataforma estadounidense creada por los prestadores de servicios en Amazon Mechanical Turk —dedicada a la realización de microtarefas, como traducción de documentos, realización de encuestas, entre otros—, ya realizaba un trabajo similar recogiendo las opiniones sobre el comportamiento de los clientes de dicha plataforma.

Otro ejemplo de participación en sindicatos tradicionales en la regulación de las condiciones de empleo en plataformas es la creación en Alemania de un organismo de defensa de los derechos de estos trabajadores. Creado en 2017 por el sindicato IG Metall, algunas plataformas digitales y la Asociación Alemana de Crowdsourcing, el “Ombuds office” tiene como finalidad reforzar los códigos de conducta adoptados por algunas de las plataformas operantes en Alemania, cuya principal misión es la de resolver disputas entre trabajadores y plataformas. El manejo de su administración recae en manos del sindicato IG Metall. Esta innovadora actividad sindical convive en Alemania con otras de tipo meramente informativo, como Mediafon, creada por el sindicato alemán del sector servicios Ver.di donde ofrece servicios de consulta a los trabajadores digitales.

En Italia destaca entre las primeras maniobras sindicales “Sindicato Networkers de UILTucs”. La CGIL, por su lado, está desarrollando un proyecto 4.0, dentro del que destacamos la plataforma “Idea Diffusa”. La novedad de esta plataforma está en los propios usuarios de la misma. Se trata de un espacio *online* de elaboración y puesta en común de material relacionado con la digitalización, pero integrado por sindicalistas y otros expertos al objeto de la puesta en común de información y de formación en tales asuntos, de los miembros del sindicato. La finalidad primordial es hacer del sindicato una plataforma de acción y negociación más potente y eficaz para la protección de la clase trabajadora en el contexto de la sindicalización. No es una plataforma abierta, sino limitada a determinados expertos —docentes, investigadores, directivos, sindicalistas— que comparten su sabiduría y experiencias de tipo in-

¹⁷ Lassandari, Andrea, “Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017, p. 65.

novador en este ámbito, enriqueciéndose mutuamente. Se trata de un primer paso hacia el cambio estructural en el sindicato, que persigue la transformación de su configuración originaria de tipo vertical, aunque por el momento no se permita el acceso a los trabajadores. La participación de estos últimos se produce por vía receptiva, esto es, son los usuarios finales de sus trabajos a través de la lectura de la publicación de trabajos, experiencias y debates que se originan entre los usuarios de la plataforma.¹⁸

En España, un proyecto 4.0 también se está desarrollando por CC.OO., que se acompaña de campañas y acceso a la *web* del sindicato para orientar a los trabajadores.¹⁹ Por su lado, afiliados de UGT que trabajan en plataformas digitales ponen al servicio de los usuarios la página “Turespuestasindical.es”, a través de la que se proporciona soporte laboral a las personas trabajadoras que desarrollan sus trabajos en plataformas digitales.²⁰

Se pone de manifiesto, al conocer algunas de las experiencias de organización de intereses colectivos de los trabajadores de plataformas —sindicados o no—, cómo la red presenta un espacio idóneo a tales fines, dado que las tecnologías de la información proponen un redimensionamiento de las relaciones colectivas de trabajo. La conexión vía Internet permite a los representantes crear vías nuevas de conexión con sus representados conectándose a ellos no sólo a través de las acciones sindicales, sino también reformulando sus derechos de información y comunicación —previstos en España en el artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical—. ²¹

Se concluye, pues, que los sindicatos comienzan a interiorizar la necesidad de una reorganización de su estructura y modelo de ejercicio de sus potestades.²² Esto provoca problemas de democracia sindical en el sentido de falta de adecuación de la estructura de estos sindicatos —relación de vértice

¹⁸ Disponible en: www.cgil.it/idea-diffusa-mensile/.

¹⁹ Informe: “Resumen propuestas de actuación sindical. Industria 4.0. Una apuesta colectiva”. Disponible en: <http://industria.ccoo.es/3726499875c9feb2f83c5e2d866a4a0d000060.pdf>. Apuestan por la cogestión y la participación de las instituciones públicas en la regulación de los nuevos entornos digitales principalmente en políticas de empleo y formación.

²⁰ Se coloca dentro de la más amplia “Estrategia ante la situación del empleo en las plataformas digitales”, del 1o. de agosto de 2018. Disponible en: http://www.ugt.es/sites/default/files/01-08-2018_estrategia_de_ugt_ante_las_plataformas_digitales_0.pdf.

²¹ Navarro Nieto, Federico, “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 49 y ss.

²² Engbloom, Samuel, “Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e Gig economy”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017, pp. 357-365; Faioli, Michele

hacia la base muy jerarquizada— que no se adaptan a la nueva realidad, que reclama nuevas formas de relacionarse con los representantes, más directa y horizontal.²³

No son menores las dificultades que se encuentran para desarrollar sus tareas. Entre las más destacables se puede señalar la determinación de su representatividad, basada en los resultados de las elecciones sindicales, votadas por trabajadores dependientes —naturaleza jurídica que no corresponde en términos formales, por el momento, con la de estos trabajadores— que, además, resulten empleados con cierta base temporal —estos trabajadores, además, operan en algunos casos a través de microtareas—. A ello se une la internacionalidad de estas plataformas, lo que haría deseable una acción sindical que trascienda las fronteras nacionales, como así comienza a ser requerido en los propios contextos sindicales. Por el momento, en cambio, surgen acuerdos a nivel muy localizado. Junto a lo anterior, y no de menor importancia, la falta de formación específica de los representantes para un mejor enfrentamiento de la problemática suscitada.

La negociación colectiva como instrumento de protección frente a incertezas derivadas de la digitalización

La digitalización ha provocado la irrupción en las empresas, de nuevas formas de gestión, que permiten la flexibilización del trabajo, así como el empleo de nuevos métodos de control de la actividad laboral. Estos fenómenos de implementación de nuevas tecnologías han tenido especial repercusión en la jurisprudencia, trasladada a normas estatales que limitan el poder de control y dirección en tales términos.²⁴ Además, la preocupación por la irrupción de

(2017): “Jobs app, gig economy e sindacato”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2, p. 299.

²³ Andreoni, Amos, “Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove e vecchie sfide”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017, p. 103; Lassandari, Andrea, “Problemi di rappresentanza e...”, *op. cit.*, p. 68; Mancini, Chiara, “Il sindacato di fronte all’economia di Internet...”, *op. cit.*, p. 47.

²⁴ Un ejemplo de ello es la nueva Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en la que se fija la protección específica de los datos de los trabajadores, mediante el reconocimiento del derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (artículo 87), o más específicamente frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (artículo 89), o la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (artículo 90), el derecho a la desconexión digital laboral (artículo 88) y la protección colectiva de los mismos

las tecnologías como colaborador perenne y siempre en evolución, dentro de prácticamente todos los sectores productivos, ha llegado a la propia negociación colectiva, en temas como la protección de la imagen o de la correspondencia virtual o el teletrabajo, y la protección de los intereses de quienes prestan sus servicios en remoto.

Pese a tales avances, en el seno de la negociación colectiva surge un ulterior debate con relación a la regulación de los derechos de los trabajadores de las plataformas digitales. En el contexto normativo actual español, debemos partir de la inaplicación de los convenios colectivos a estos modelos de trabajo, en la medida en que existe un vínculo contractual laboral entre aquéllos y la propia plataforma. De admitir, en cambio, la laboralidad de la prestación, la duda que emerge no es otra que la del convenio que resultaría aplicable en virtud del sector de actividad que se acople mejor a las características de la plataforma en cuestión, ámbito personal y territorial, en ausencia de uno adoptado a nivel empresarial.

Hay que tener en cuenta, para seleccionar el convenio aplicable, que el ámbito personal se integraría no sólo por quienes prestan sus servicios gracias al soporte tecnológico —como conductores, limpiadores, traductores, etcétera—, sino también por quienes trabajan de forma específica en el desarrollo de la plataforma. Por otro lado, no siempre será tarea sencilla la aplicación de convenios colectivos, cuyo ámbito de cobertura ya ha sido definido antes de la propia existencia de esos entornos laborales. Además, parece dudoso que se pueda crear una unidad de negociación global que regule el trabajo en plataformas²⁵ más allá de la negociación de convenios a nivel empresarial o sectoriales, en virtud de la actividad principal de las mismas, pues las plataformas digitales pueden ofertar servicios de toda índole, que dificultaría la fijación de un único convenio aplicable a todas.

En España, en ausencia de una normativa reguladora, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ha emitido algunos informes, en los que se les consultaba sobre el convenio colectivo aplicable a determinadas

mediante la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral (artículo 91).

²⁵ Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, “El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo”, ponencia presentada en XXX Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva (Madrid, 26 de octubre de 2017), “El futuro del trabajo. Retos para la negociación colectiva”, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2017, p. 34.

plataformas. Dicho órgano consultivo ha resuelto estas cuestiones aplicando uno de los dos siguientes criterios: el elemento de la estructura organizativa o la finalidad o actividad principal de la empresa,²⁶ este último criterio utilizado de forma prevalente, en consonancia con la jurisprudencia dominante.²⁷

La primera experiencia comercial sobre este asunto la encontramos en España en el Acuerdo Interconfederal de Cataluña, que incorpora un título VI dedicado a la economía de las plataformas digitales.²⁸ Entre sus aspiraciones se halla la de reforzar la presencia de los agentes económicos y sociales para que incrementen su capacidad de representar a las personas trabajadoras, profesionales y las plataformas empleadoras, con el fin de extender la negociación colectiva y los acuerdos de interés profesional, y dotar los nuevos acuerdos de contenidos actualizados a la nueva realidad económica. Además, se detienen en la falta de protección de los derechos colectivos, a la representación sindical o a la negociación colectiva. Para solventar los problemas, que para las condiciones de los prestadores de servicios en entornos digitales supone el empleo en tales plataformas, proponen la creación de una comisión técnica en el seno del Consejo de Relaciones, en la que participen los agentes sociales. En ella se deberá discutir el régimen jurídico a aplicar ante tales supuestos.

Fuera de la categoría expresa de convenios colectivos, podemos destacar que Asoriders aprobó en julio de 2018, junto con Deliveroo, un acuerdo de interés profesional, aplicable a los repartidores contratados como trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Tampoco es tarea menor la de adaptar los contenidos de los convenios colectivos a la nueva realidad que se presenta, en particular a la integración de los trabajadores nacidos en la economía digital en las clasificaciones profesionales. Será necesario, por tanto, reformular tales clasificaciones incorporando las funciones y niveles formativos adecuados para encuadrar a los trabajadores que desarrollen sus funciones laborales en contextos digitales. En otros podrá llevarse a cabo un proceso de integración en las ya existentes. Precisamente, CC.OO. está dando algunos pasos dentro de la Comisión Paritaria del

²⁶ Muñoz Ruiz, Ana Belén, “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017, pp. 211-224. Consultado en su versión digital, ronzado Instituciones. BIB 2017\636, p. 2.

²⁷ Mendoza Navas, Natividad, *La selección del convenio colectivo aplicable en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 26.

²⁸ Resolución TSF/2053/2018, del 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (código de convenio núm. 79100065092016) (DOGC núm. 7702, de 7.9.2018).

ALEH (Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería) para que quienes trabajan en el reparto de comida a particulares se consideren personal laboral del sector de la hostelería con categoría de repartidor o repartidora a domicilio. Si este acuerdo llega a producirse, tratarán de incluir dicha cláusula en los convenios sectoriales correspondientes.

Otros países europeos han llevado a cabo estrategias similares. En Italia, por ejemplo, existe un primer intento de regular colectivamente las condiciones de los repartidores con ocasión de la introducción de la categoría de repartidores de comida a domicilio, trámite Internet en la renovación en diciembre del convenio colectivo nacional del sector de la logística transporte de mercancías y expediciones. No obstante, tal incorporación resulta irrelevante a nivel práctico, dado que ninguna empresa del sector es parte de alguna asociación empresarial firmataria del mismo. Esta solución se considera adecuada, incluso por la jurisprudencia. Recientemente, la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín anula la sentencia dictada por el Juzgado de Turín que desestimaba la pretensión de los trabajadores de Foodora, quienes reclamaban la calificación de trabajadores subordinados. Ahora, se les reconoce el derecho a la remuneración en los mismos términos que fija el convenio colectivo del sector de logística y transporte de mercancías, incluyendo las pagas extraordinarias.²⁹

Siguiendo en el mismo país, sin tener la naturaleza de convenio colectivo, pero sí de acuerdo adoptado en el marco del diálogo social, fue firmada en Italia la ya citada “Carta de derechos fundamentales del trabajo digital en el contexto urbano”, firmada por la administración local de Bolonia, Riders Union Bolonia, las plataformas Sgam y My Menú, y las tres confederales nacionales.³⁰ De su contenido destaca la tutela en materia de aseguramiento de las contingencias, el reconocimiento del derecho a la compensación digna o la fijación de un estándar mínimo de información sobre el contenido del contrato firmado entre plataforma y trabajador.

Ya existen en otros países europeos, ejemplos de convenios colectivos firmados entre sindicatos y empresas que trabajan mediante plataformas. En Dinamarca, en 2018, Hilfr.dk, que ofrece servicios de limpieza de hogar, y el sindicato 3F, firmaron un convenio colectivo de ámbito empresarial. Antes

²⁹ Sentencia 26/2019 del 11 de enero de 2019, aún no publicada. No obstante, no les reconoce el derecho a la readmisión o a la indemnización como consecuencia de la ilicitud del despido.

³⁰ Presentada oficialmente el 1o. de mayo de 2018. Disponible en: http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/06/CartaDiritti3105_web.pdf.

de su aprobación, quienes prestaban servicios mediante dicha plataforma eran trabajadores autónomos, pasando con su publicación a ser considerados empleados subordinados cuando realicen más de cien horas de trabajo a través de la plataforma. No obstante, la empresa ofrece la posibilidad de que el trabajador decida si quiere seguir siendo trabajador autónomo. Otro de los asuntos a destacar es que el empleador, para poder eliminar a un trabajador de la plataforma, debe notificarlo debidamente y alegar una causa razonable. Por otra parte, en Suecia, la plataforma de servicios de transporte, mediante coches eléctricos, Baz firmó en 2017 un acuerdo con la Sedes Transport Workers Union, en el que se fija una retribución decente para los conductores.

En otros casos, no existe convenio colectivo, pero sí negociaciones para que el mismo pueda llegar a ser aprobado. En Austria, el sindicato de transportes austriaco Vida ha promovido la constitución de un consejo de empresa en Foodora Viena, denominado Betriebstrat, para la representación de los trabajadores, cuyo principal objetivo es el de negociar un acuerdo que regule las condiciones de trabajo. Por su lado, las organizaciones creadoras del “Ombuds office”, junto con el sindicato danés de comerciales y trabajadores (HK), y el sindicato norteamericano International Brotherhood of Teamster (USA), firmaron la Declaración de Frankfurt en 2016. Aunque no tenga la consideración de convenio colectivo, su adopción es positiva, porque rebasa las fronteras de una propia plataforma. En ella se proponen una serie de derechos a respetar a los trabajadores de las plataformas, independientemente de la naturaleza del vínculo contractual: el derecho a negociar convenios colectivos conforme a las normas de la Organización Internacional de Trabajo; recibir al menos un salario mínimo, según la jurisdicción aplicable; acceso a una protección social.³¹ Además, a nivel nacional, el mismo sindicato IG Metall ha suscrito con ocho plataformas operantes en Alemania un Código de Conducta que fija líneas de comportamiento de las sociedades, comprometiéndose en asuntos relacionados con la retribución, la claridad de la información, la regulación de los procesos de valoración, el respeto de los datos personales, entre otros.³²

Las experiencias negociales existentes hasta el momento pretenden, como se ve, asegurar unos estándares mínimos de derechos a quienes prestan sus

³¹ Disponible en: https://www.igmetall.de/docs_20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feff48f55cecb.pdf.

³² Código de conducta renovado en 2017 “Crowdsourcing Code of Conduct 2.0”. Disponible en: <http://crowdsourcing-code.com/>.

servicios en estas plataformas, especialmente centrados en la retribución, la información recibida por el empresario contratante y la protección de sus datos o el derecho a la desconexión. La ausencia de amplia experiencia en este ámbito requiere un estudio sosegado sobre otros posibles contenidos de los convenios que regulen este nuevo modelo laboral, y que se centren en la particularidad de estas nuevas formas de empleo.

Entre los nuevos contenidos posibles cabe pensar en la propia determinación de los sistemas tecnológicos de medición de ciertas condiciones del trabajo, como son los algoritmos, teniendo en cuenta que los tradicionales factores tiempo y lugar han sido “pulverizados” como criterios de referencia.³³ Precisamente, la negociación de éstos es uno de los temas centrales que señaló en Italia la CGIL en su conferencia de programa 2018 la negociación de los algoritmos. Son estos últimos los que modulan aspectos como la calidad del servicio prestado; con base en ella se distribuye el orden de recepción de tareas o la cantidad de las mismas y, por tanto, resulta determinante para la retribución del trabajador o la distribución del tiempo de trabajo. No sólo eso, sino que tales *inputs* pueden ser, incluso, utilizados para un momento anterior a la relación laboral; esto es, para seleccionar al personal que prestará servicios en la misma.³⁴ Éstos, al ser concebidos de forma pautada, eliminan la posibilidad de concesiones *ad personam* o dirigidas a determinados colectivos, aunque en la práctica puedan provocar situaciones indirectamente discriminatorias derivadas de la falta de consideración en elementos personales, premiando las posibilidades de flexibilidad laboral de cada persona. Y no sólo sería conveniente negociar el uso de sistemas que a través de *inputs* determinen la calidad del trabajo prestado, sino que pueden existir en la negociación colectiva, mecanismos que midan el comportamiento de los usuarios de la plataforma. Precisamente, una de las propuestas de la OIT para mejorar el empleo de los trabajadores de plataformas digitales (OIT, 2018) es la de crear sistemas para la evaluación de los clientes que sean tan exhaustivos como los de evaluación de los trabajadores.

³³ Cruz Villalón, Jesús, “Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte...”, *op. cit.*, p. 475.

³⁴ IBM y Fundación Telefónica junto a Infojobs han lanzado IBM Talent & Transformation, donde, entre otras cosas, el robot Watson analizará las candidaturas, emparejará vacantes y solicitantes, brindará asesoramiento personalizado y abordará sesgos inconscientes en las organizaciones. Disponible en: https://elpais.com/economia/2018/11/30/actua-lidad/1543572470_963104.html.

La capacidad para decidir sobre los algoritmos a utilizar para medir y distribuir el trabajo exige partir de una premisa, la propia formación de los negociadores acerca del funcionamiento de algoritmos.

En nuestra opinión, la delimitación de estos sistemas técnicos de determinación de condiciones no debe eliminar la particularidad de cada individuo. Es más, el trabajo digital promueve la exaltación de la meritocracia, del éxito del trabajador *freelance*, situación que puede jugar a simple vista contra la construcción de la solidaridad colectiva (Tullini, 2018:4). Siendo éste un terreno todavía poco explorado, por mor de la propensión de los interlocutores de utilizar sistemas tradicionales que identifiquen los intereses del colectivo de trabajadores y crear estándares fijos de tutela, puede resultar positiva la instauración de un nuevo modelo de negociación colectiva en el que no se produzca la negación del valor individual, sino, precisamente, su valoración específica y tutela, o más bien, la capacidad de cada trabajador de llevar a cabo sus intereses personales. Ciertamente, se trata de una negociación colectiva que debe, por tanto, establecer los límites dentro de los cuales se pueda potenciar dicha individualidad,³⁵ sin correr el riesgo de que el fomento de la misma no derive en el aislamiento y el aumento de riesgos psicosociales.

Precisamente, para potenciar las capacidades de cada individuo, es claro que los trabajadores deben constantemente actualizarse, formarse en aspectos tecnológicos, para no resultar postergados o excluidos del mercado laboral. Tema, el de la formación, que precisaría especial atención en la negociación colectiva, complementaria de los planes públicos de enseñanza y formación continua.³⁶

Resta señalar, como ulterior aspecto problemático, que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, por parte de quienes ejecutan trabajo trámite plataformas, pueden resultar erosivas del derecho a la competencia reconocido a nivel de la Unión Europea³⁷ si permanecen en el ámbito del trabajo autónomo. Si bien existe jurisprudencia del TJUE que no es posible obviar y

³⁵ Terranova, Paolo, “Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove e vecchie sfide”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017 p. 125; Mancini, Chiara, “Il sindacato di fronte all’economia di Internet...”, *op. cit.*, p. 46.

³⁶ La esencialidad de la formación continua de los trabajadores para dotar a los trabajadores de herramientas que le permitan anticipar los cambios tecnológicos y enfrentarse a ellos se pone de manifiesto por organismos internacionales del ámbito del desarrollo económico, como la OCDE en su informe “Skills for a Digital World”, de 2016, así como el World Economic Forum en su informe “The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution”, de 2016.

³⁷ Lassandari, Andrea, “Problemi di rappresentanza e tutela collettiva...”, *op. cit.*, p. 62.

que limita la capacidad decisoria colectiva de los trabajadores autónomos — en aplicación del artículo 101, TFUE—,³⁸ no es menos cierto que los textos constitucionales que reconocen el derecho a negociar colectivamente las condiciones laborales podrían amparar el derecho de cualquier trabajador a negociar colectivamente sus condiciones laborales,³⁹ como también la CDFUE —artículo 28— o el CEDH —en cuyo artículo 11, que reconoce la libertad sindical, incluye el TEDH el derecho a negociar colectivamente—.⁴⁰ En este sentido, el propio Parlamento Europeo pide tanto a la Comisión como a los Estados, garantizar a todos los trabajadores, con independencia de su condición, y, específicamente, a trabajadores autónomos —que son considerados empresas unipersonales desde el punto de vista jurídico—, el acceso a los derechos de asociación y negociación colectiva, como así lo ha hecho Francia para los trabajadores independientes.⁴¹

IV. IDEAS CONCLUSIVAS

La digitalización de la economía está transformando el mundo del trabajo, hasta hacer que nos cuestionemos si el sistema de relaciones laborales que hoy existe pueda servir para solventar los problemas que se nos presentan. Nosotros creemos que sí, con adaptaciones y decisiones, que deben ser consensuadas entre los interesados, a través de sus interlocutores, en el marco de un diálogo social inclusivo de antiguos y nuevos actores nacidos en el contexto de las nuevas reivindicaciones laborales.

La necesidad de readaptación del marco normativo, del que hablamos, también se deriva del sistema rígido de relaciones colectivas de trabajo con el que cuentan la mayoría de países, que deben enfrentarse a retos de representación y reorganización de sus estructuras orgánica y familiarizarse con nuevos mecanismos de acción colectiva. La clave, por tanto, es que los sindicatos ya creados como los grupos autónomos de representación de quienes prestan

³⁸ STJUE del 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, asunto C-413/13, en particular apartados 30 y 31. Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/11/ue-propuesta-de-directiva-sobre.html>.

³⁹ Forlivesi, Michele, “Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione”, *Labour & Law Issues*, núm. 1, vol. 4, 2018, p. 44.

⁴⁰ STEDH del 12 de noviembre de 2008, Demir y Baykara contra Turquía.

⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo de julio de 2017 sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)), apartados 18 y 35.

trabajo en estos entornos digitalizados —especialmente en el ámbito del trabajo mediante plataformas— activen otro tipo de estrategias que se añadan a las ya existentes en esta fase experimental, con la finalidad de representar los intereses de quienes se colocan en una relación contractual asimétrica —sean trabajadores dependientes o autónomos—; esto es, entre un sujeto fuerte y uno débil. Para ello se precisa de formación específica, de tales interlocutores, que los dote de las herramientas necesarias para participar en la toma de decisiones, en un modelo de relaciones laborales altamente tecnológico.

Junto a lo anterior, el convenio colectivo puede seguir manteniendo el papel preponderante en la adaptación de las condiciones legales, al concreto espacio de actuación, en cuyo seno pervivirán contenidos típicos relativos a la retribución, clasificación profesional, formación continua o derechos de información, con otros nuevos, como la determinación de algoritmos que fijen la distribución de tareas o la calidad del servicio prestado, o también que evalúen el propio comportamiento de los clientes para proteger los derechos de los trabajadores.

En definitiva, defendemos que el elemento relevante para la aplicación de la tutela del trabajo en toda su dimensión —individual y colectiva— debe centrarse en la disparidad de poder económico entre las partes; esto es, el hecho de que en la práctica una persona sea dependiente de otra. La dificultad en este terreno será la de decidir cuánta desigualdad de poder contractual es relevante para determinar esta dependencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREONI, Amos, “Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove e vecchie sfide”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017.
- BERG, Janine *et al.*, *Digital Labour Platforms and the Future of Work. Towards Decent Work in the Online World*, Génova, International Labour Office, 2018.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell’economia”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 158, 2018.
- ENGBLOOM, Samuel, “Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e Gig economy”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, núm. 2, 2017.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de plataformas colaborativas”, comunicación presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho del

- Trabajo y de la Seguridad Social, titulado “Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial”, Madrid, Cinca, 2018.
- FAIOLI, Michele, “Jobs app, gig economy e sindacato”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017.
- FORLIVESI, Michele, “Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione”, *Labour & Law Issues*, núm. 1, vol. 4, 2018.
- LASSANDARI, Andrea, “Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017.
- MAGNANI, Alberto, “Riders, la retromarcia di Di Maio, Tavolo di confronto sulla gig economy”. *Il Sole 24 ore*, 24 de noviembre de 2018.
- MANCINI, Chiara, “Il sindacato di fronte all’economia di Internet: idea diffusa, l’intelligenza collettiva della CGIL”, *Labour & Law Issues*, vol. 4, núm. 1, 2018.
- MENDOZA NAVAS, Natividad, *La selección del convenio colectivo aplicable en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017.
- NAVARRO NIETO, Federico, “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo”, ponencia presentada en XXX Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva (Madrid, 26 de octubre de 2017) “El Futuro del trabajo. Retos para la Negociación Colectiva”, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2017.
- TERRANOVA, Paolo, “Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove e vecchie sfide”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 2, 2017.
- TREU, Tiziano, “Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, núm. 136, 2017.
- TULLINI, Patrizia, “L’economia digitale alla prova dell’interesse collettivo”, *Labour & Law Issues*, núm. 1, 2018.

VOSS, Eckhard y RIEDE, Hanna, *Digitalización y participación de los trabajadores: la opinión de los sindicatos, los trabajadores de empresa y los trabajadores de plataformas digitales de Europa*, Bruselas, CES (www.etuc.org), 2018.

WOODCOCK, Jamie, “#Slaveroo: Deliveroo Drivers Organising in the «Gig economy»”, *Novara Media*, 2016.

**LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD.
EXCEPCIONES DE APLICACIÓN A LOS EXTRANJEROS
EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA REGULAR EN ESPAÑA:
EL CASO DE LA PRESTACIÓN POR HIJO O MENOR A CARGO***

THE EQUALITY AND UNIVERSALITY PRINCIPLES.
EXCEPTIONS OF APPLICATION TO FOREIGNERS IN REGULAR
ADMINISTRATIVE SITUATION IN SPAIN: THE CASE
OF PROVIDING FOR CHILD OR MINOR IN CHARGE

LES PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET D'UNIVERSALITÉ. EXCEPTIONS
D'APPLICATION AUX ÉTRANGERS EN SITUATION
ADMINISTRATIVE ORDINAIRE EN ESPAGNE: CAS
DE FOURNITURE D'ENFANT OU DE MINEUR À CHARGE

Ana Nieves ESCRIBÁ PÉREZ**

RESUMEN: Los principios de igualdad y universalidad son básicos en aplicación si lo que se pretende es la consecución de un sistema social sustentado en el Estado social y democrático de derecho. Estos principios básicos son los que deben primar ante todos los individuos que conforman una sociedad, y si bien es cierto que es lo que debemos perseguir y conseguir, existen casos particulares sobre determinadas prestaciones que se convierten en una excepción a la regla, como es el caso de la prestación por hijo o menor a cargo que detalla una serie de connotaciones que, sin pretenderlo en su base, termina siendo no igualitario ni universal para todos los individuos.

Palabras clave: principio de igualdad, principio de universalidad, extranjeros, situación administrativa regular, España, prestación por hijo o menor a cargo, seguridad social.

* Recibido el 28 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Directora del grado en derecho y profesora de derecho del trabajo y de la seguridad social de la Universidad Internacional de Valencia; doctora en derecho; licenciada en derecho; diplomada en relaciones laborales, y técnica de prevención de riesgos laborales.



ABSTRACT: The principles of Equality and Universality are basic in application if what is intended is the achievement of a social system based on the Social and Democratic State of Law. These basic principles are those that should prevail before all the people that make up a society and, although it is true that it is what we must pursue and achieve, there are particular cases about certain benefits that become an exception to the rule that it is the case of the benefit for a dependent child or minor that details a series of connotations that, without pretending it in its base, end up being not equal or universal for all the people

Keywords: principle of equality, principle of universality, foreigners, regular administrative situation, Spain, provision for dependent child or minor, social security.

RÉSUMÉ: Les principes d'égalité et d'universalité sont d'application fondamentale si l'on veut réaliser un système social fondé sur l'état de droit social et démocratique. Ces principes de base sont ceux qui devraient prévaloir devant tous les individus qui composent une société et, même s'il est vrai que c'est ce que nous devons poursuivre et réaliser, il existe des cas particuliers de certains avantages qui deviennent une exception à la règle comme c'est le cas de la prestation pour enfant à charge ou mineur qui détaille une série de connotations qui, sans le prétendre dans sa base, finissent par ne pas être égales ou universelles pour tous les individus.

Mots-clés: principe d'égalité, principe d'universalité, étrangers, situation administrative normale, Espagne, provision pour enfant à charge ou mineur, sécurité sociale.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cuestiones generales.* III. *Excepciones en la aplicación de los principios de igualdad y universalidad a los extranjeros en España. El caso de la prestación por hijo o menor a cargo.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La Igualdad de trato constituye un derecho imprescriptible de los trabajadores migrantes en tanto hace referencia a un sujeto y un principio fundamental de cualquier coordinación; este principio se ha convertido en la piedra angular de todos los sistemas erigidos en este ámbito con el desarrollo y la complejidad crecientes de los sistemas de seguridad social.

La igualdad es, sin lugar a dudas, uno de los pilares fundamentales en un Estado social y democrático de derecho como lo es el español; la igualdad debe primar sobre cualquier escenario o interés, ya que es la base fundamental de la universalidad real del sistema.

El principio de universalidad se basa en la consecución de la aplicación del principio de igualdad, teniendo en cuenta que todas las personas son iguales entre ellas, y que, por tanto, tienen los mismos derechos (son iguales ante la ley), y la única manera de llegar a conseguir la aplicación de ambos principios constitucionales es materializarla a través de la igualdad de trato de las personas, independientemente de su situación administrativa, equiparando a los inmigrantes con los nacionales en materia de prestaciones.

Se puede decir que todos los extranjeros (en situación regular y en situación irregular) pueden ser titulares de los derechos naturales, pero que, ciertamente, se hace más complicado que sean acreedores de derechos de distinta naturaleza, ya que se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Constitución española, por lo que dependerán de lo que cada tratado o texto normativo establezca en concreto para el caso en cuestión.

Si se realiza una lectura detallada del artículo 13 de la Constitución española, el lector podrá advertir que el mismo no distingue diferentes estatutos de extranjería, si bien ello no podría justificar un trato desigual entre extranjeros en situación administrativa regular y de los que se encuentran en situación administrativa irregular en España, si bien es cierto que hay que tener en cuenta la realidad socioeconómica del país (y más si cabe la vertiente económica de la misma). El precepto constitucional establece que los extranjeros en España deben disfrutar de todas y cada una de las libertades públicas que garantiza la Constitución española, de acuerdo con lo establecido en los tratados y en la ley, lo que puede justificar un reconocimiento legal limitado de derechos a los extranjeros con relación a los españoles. Obsérvese además, tras dicha lectura detallada del artículo 13, que se evidencia que el legislador constituyente decidió aplicar el principio de igualdad de manera no comparable entre españoles y extranjeros, ya que estableció un principio de equiparación limitada del mismo, consiguiendo la distinción entre ciudadanía extranjera y ciudadanía nacional.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento jurídico 4 de su sentencia 107/1984, del 23 de noviembre, y en el fundamento jurídico 5 de su STC 99/1985, del 30 de septiembre, que la Constitución española "...es obra de españoles...", pero que no queda establecido que sea únicamente "...para españoles..."; es decir, que el artículo 13 de la Cons-

titución española hace extensible la aplicación de las leyes nacionales a los extranjeros, siempre bajo la interpretación de los tratados y las leyes, pero que, no obstante, existen una serie de derechos que pertenecen a la persona por el mero hecho de serlo, y que, perceptiblemente, serán de aplicación para todos por igual, independientemente de su nacionalidad o situación administrativa. Por otro lado, el alto tribunal remarca que “...el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos dependerá...del derecho afectado”. Así pues, el Tribunal Constitucional establece que existen una serie de derechos que no pueden ser aplicables a los extranjeros, y son, en concreto, los establecidos en el artículo 23 de la Constitución española;¹ del mismo modo, existen otro tipo de derechos que serán extensibles a los extranjeros, dependiendo de lo establecido en los tratados y en las leyes, pero asumiendo el trato diferenciado y, por tanto, la falta de adaptación del principio de igualdad, y siendo constitucionalmente admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros, aunque éstos estén de forma administrativa regular en España.²

La seguridad social, en el sistema constitucional español, no está englobada dentro de la categoría de las libertades públicas o de los derechos fundamentales, ni tan siquiera como un derecho constitucional, sino como un principio rector de la política social; partiendo de esa base, en la STC 107/1984 del 23 de noviembre se establecieron los criterios sobre la titularidad de los derechos de los extranjeros en España, y cabe destacar que además de tener derecho al disfrute de los derechos fundamentales, de las libertades públicas y de los derechos constitucionales, se establecía el derecho de los mismos a disfrutar de los principios rectores de la política social y económica (donde se encuentra englobado nuestro sistema de seguridad social).

La Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,³ regula el derecho a la seguridad social en los artículos 10 y 14, estableciendo que los extranjeros residentes tendrán los mismos derechos que los nacionales en materia de seguridad social; ahora bien, un inciso hace en su artículo 14 sobre los extranjeros en situación administrativa irregular, ya que únicamente les reconoce el acceso a los servicios y a las prestaciones sociales básicas; es cierto que establece la operatividad del principio de igualdad entre extranjeros y españoles para ac-

¹ Si bien es cierto que los ciudadanos de la Unión Europea, por ejemplo, sí pueden participar en las elecciones locales.

² El TC en el fundamento jurídico núm. 5 de su STC 99/1985, del 30 de septiembre y en el fundamento jurídico, núm. 4 de su STC 107/1984, del 23 de noviembre.

³ De ahora en adelante la LO 4/2000.

ceder a las prestaciones y servicios del sistema de seguridad social, pero hace el inciso de la obligatoriedad, de la residencia legal como requisito indispensable, de modo que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española deja de ser efectivo, aunque es cierto que en el artículo 14 de la LO 4/2000 se les reconoce a los extranjeros en situación administrativa irregular las prestaciones básicas.

Cabe recordar que existen ciertos derechos fundamentales que por su naturaleza jurídica, sin lugar a dudas, son derechos de los que debe disfrutar cualquier individuo, independientemente de su nacionalidad; uno de los criterios esgrimidos en la Constitución española para determinar de cuáles se trata es la utilización de los términos “toda persona” o “todos”; ahora bien, del mismo modo, hay que recordar que la LO 4/2000 parte de la aplicación del principio de igualdad entre nacionales y extranjeros en el disfrute de derechos (incluidos los sociales), siendo las únicas diferencias admitidas aquellas establecidas en la propia ley, y que se condiciona a la obtención de la autorización para trabajar o para residir legalmente en España.⁴

Se podría resumir la situación de los extranjeros en España haciendo una lectura simple del artículo 14 de la Ley de Extranjería, que establece que los extranjeros que en situación administrativa regular en España tendrán derecho a acceder a todas y cada una de las prestaciones y servicios de nuestro sistema de seguridad social en las mismas condiciones que un nacional, y hace mención específica tanto a las prestaciones generales y básicas como a las específicas, pero, además, recalca que los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en nuestro país (regular o irregular), tendrán derecho a todos y cada uno de los servicios y prestaciones básicos que existen en nuestro sistema de seguridad social. El extracto es sencillo: los extranjeros en situación administrativa regular en España se equiparan a los nacionales,⁵ mientras que los que se encuentran en situación administrativa irregular, únicamente tienen derecho a “los servicios y prestaciones sociales básicos”, lo que no hace más que justificar, nuevamente, que no existe un cumplimiento completo del principio de igualdad, y, por tanto, la universalidad del sistema es, claramente, relativa.

⁴ Según la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, del 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000.

⁵ Moreno Pueyo, M. J., “Extranjeros inmigrantes y seguridad social española”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, 2004, pp. 123-152.

II. CUESTIONES GENERALES

En lo que a extranjeros se refiere, podemos encontrarnos con diferentes supuestos: extranjeros en situación administrativa regular y extranjeros en situación administrativa irregular en España, lo que supone que el trato que el ordenamiento jurídico español va a conceder a los mismos va a ir en función del estatus del que gocen, es decir, los derechos que les son reconocidos, y el disfrute de los mismos estará unido, directamente, a su situación administrativa.

Con respecto a la titularidad y el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha establecido tres tipos⁶ de situaciones diferenciadas:⁷

- *Plenitud de derechos.* En esta primera situación se encontrarían los derechos que corresponden de igual modo a extranjeros y nacionales, cuyo ejemplo más importante sería el derecho a la vida y a la integridad física y moral; si hablamos del caso que me ocupa, la asistencia sanitaria estaría englobada dentro de esta categoría de derechos.⁸
- *Carencia de derechos.* Se referiría a los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; por ejemplo, el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.⁹
- *Potencial titularidad de derechos.* Los derechos cuya titularidad comparten nacionales y extranjeros, si bien el ejercicio por estos últimos se condiciona a lo establecido por los tratados y las leyes.

1. *Los extranjeros y las autorizaciones administrativas para residir y trabajar legalmente en España*

La diferencia entre inmigrantes en situación regular e inmigrantes en situación irregular en España ya se establecía en la exposición de motivos de la

⁶ En este sentido SSTC 17/2013, del 31 de enero; 236/2007, del 7 de noviembre; 4/1985, de 18 de enero y 107/1984, del 23 de noviembre.

⁷ Triguero Martínez, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 55-60.

⁸ Fernández Bernat, J. A., “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 67, 2013, pp. 1-16.

⁹ Si bien la Ley de Bases reguladora del Régimen Local sí reconoce este derecho a ciudadanos de la UE y a los extranjeros en situación regular, si se dan condiciones de reciprocidad con su país de origen.

Ley Orgánica 7/1985,¹⁰ donde se reconocía el ejercicio efectivo de derechos y la aplicación de garantías frente a éstos, a todos y cada uno de los extranjeros que se encontraran en España de forma regular, pero a su vez establecía una serie de medidas de aplicación que impedían la presencia de extranjeros en situación administrativa irregular.¹¹

El artículo 1o. del TRLGSS es el que establece el derecho de los españoles a disfrutar de nuestro sistema de seguridad social siguiendo el mandato establecido en el artículo 41 de nuestra Constitución, y, de tal modo, queda claro que todos los españoles tienen derecho a la seguridad social, pero nada dice de los trabajadores extranjeros, aunque si atendemos a lo que se establece en el artículo 7.1 de la misma norma que prevé que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLGSS todos los españoles y los extranjeros en situación administrativa regular en el país siempre y cuando lleven a cabo su actividad laboral dentro del territorio nacional, se hace extensible el ámbito subjetivo de aplicación del sistema ya no sólo a todos los españoles, sino a los extranjeros “que residan o se encuentren legalmente en España”, de modo que el propio texto legal nos adelanta cuál va a ser la situación de los extranjeros en situación administrativa regular en España equiparándolos a los nacionales y realizando una interpretación restrictiva del principio de igualdad y del principio de universalidad, para declarar, una vez más, que ambos son principios relativos en nuestro sistema de seguridad social. Nos adelantan ambos preceptos legales que la capacidad para trabajar del extranjero, y, por tanto, la posibilidad de quedar incluido dentro del sistema de seguridad social, va a depender en mayor medida de las autorizaciones administrativas, que de criterios de carácter social o laboral.¹²

Hay que aclarar que, conforme a la legislación actual en la materia y su relación con la Constitución española y los mandatos internacionales y europeos, no existe vulneración del principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros en situación administrativa regular o irregular en nuestro país, ya que, claramente, los extranjeros en situación administrativa regular gozan de los mismos derechos que los nacionales, y a los que están en situación ad-

¹⁰ Ley Orgánica 7/1985, del 1o. de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (Vigente hasta el 1o. de febrero de 2000).

¹¹ Montoya Melgar, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, Cizur Menor, Navarra, Thomson-Civitas, 2007, p. 37.

¹² Sirvent Hernández, N., “La residencia legal como requisito de acceso a la protección de seguridad social de los extranjeros extracomunitarios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2009, p. 20.

ministrativa irregular se les dota de las protecciones sociales básicas, es decir, aquellos que van unidos a su condición de personas, a los derechos humanos consagrados a lo largo de la historia y, sobre todo, los que van encaminados a la protección de la vida o de la integridad física (porque sí se les reconoce la asistencia sanitaria de urgencia), si bien es cierto que en el ámbito del derecho del trabajo y del derecho a la seguridad social se les otorga un trato preferente a aquellos extranjeros que se encuentran en situación administrativa regular en España; no obstante, en lo que a las prestaciones se refiere, el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a defender los derechos de estos trabajadores que por su situación administrativa quedaban fuera del campo de aplicación del sistema en prestaciones tales como el desempleo, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional (prestaciones, todas ellas, típicas del trabajador encuadrado dentro del sistema de seguridad social); en su fundamento jurídico núm. 7 de la STC 259/2007, del 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional estableció que la legalidad o ilegalidad de la situación de un extranjero en España no influye para entender que ha desarrollado o desarrolla un trabajo por cuenta ajena para un empleador, reconociendo al extranjero en situación administrativa irregular, el derecho a la huelga.

El artículo 7o. del TRLGSS establece las barreras existentes entre el acceso a las prestaciones de carácter contributivo y las de carácter no contributivo, y es de resaltar que la nacionalidad y la residencia se convierten en requisitos indispensables para poder acceder al sistema de seguridad social).

Se podría afirmar que nuestro sistema de seguridad social limita el acceso a la misma, más que a través del criterio de la nacionalidad, basándose en el criterio de la residencia (legal) del sujeto; así, la nacionalidad, la residencia o la situación legal del extranjero en España son factores indispensables.

El artículo 36.5 de la LO 4/2000 establece, en cuanto a los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España, que “para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”, que, interpretado, conjuntamente con el Convenio núm. 97 de la OIT, que regula la protección de los trabajadores migrantes y que se encuentren en situación administrativa regular, para los que el artículo 36.5 de la LO 4/2000 *in fine*, establece, por ejemplo, que aquel trabajador que no esté en situación administrativa regular en España no podrá acceder a la prestación por desempleo, introduciendo así, ya una clara diferenciación entre unos y otros. Asimismo,

el artículo 14.3 de la LO 4/2000 instituye que los extranjeros en situación administrativa irregular en España y que, por tanto, no realicen una actividad laboral (por la imposibilidad de hacerlo por motivos obvios), solamente podrán ser beneficiarios de las prestaciones y servicios básicos de nuestro sistema de seguridad social.

Uno de los ítems diferenciadores a la hora del reconocimiento de ciertos derechos a los extranjeros en España viene establecido por los criterios de ciudadanía y residencia legal de los mismos; por ejemplo, en la STC 236/2007, del 7 de noviembre, y en la STC 259/2007 del 19 de noviembre se declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal en lo que se refería, por ejemplo, al derecho de asociación, la libertad sindical o el derecho a la huelga, que, por tanto, quedan ahora abiertos a la participación y disfrute de los extranjeros en situación administrativa irregular en España (cosa que no ha ocurrido en el acceso al sistema de seguridad social en todas sus áreas). Hay que recordar también que la regulación de la situación de los trabajadores extranjeros, en lo que al sistema de seguridad social se refiere, es potestad del legislador ordinario, que lo podrá regular, tanto por ley orgánica, cuando afecte a alguna de las materias previstas en el artículo 81 de la Constitución española, como por ley ordinaria, en los demás casos; de este modo, y en palabras del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4o. de su STC 107/1984, del 23 de noviembre: “El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular los derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes”; es decir, puede decidir si aplicar las leyes o no en los mismos términos que lo hace con los españoles, y, por tanto, introducir tratamientos desiguales para extranjeros y nacionales; en la misma sentencia establece, asimismo, el máximo intérprete de la carta magna, que el legislador, en cualquier caso, puede tener en cuenta la situación administrativa del extranjero en España y exigirla para ejercer algunos de los derechos que la Constitución española reconoce, teniendo en cuenta que para el disfrute de ellos es necesario entrar y permanecer en territorio español en situación administrativa regular, eso sí, siempre limitado por las exigencias del artículo 10.2 de la Constitución española.

La Tesorería General de la Seguridad Social, en su circular del 5 de abril de 2001, establecía que para entender que exista obligación de cotizar era necesario que el trabajador extranjero contara obligatoriamente con el permiso de trabajo, lo que derivó en la Ley 62/2003, del 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en su artículo 48 establecía sanción al empresario que empleara a extranjeros en situación

administrativa irregular, que equivaldría a la cantidad de las cotizaciones que hubiera debido ingresar, de haber contado el extranjero con todos los permisos pertinentes.

Así, la realidad jurídica del extranjero en situación administrativa irregular en España podría entenderse como una falta de “legitimación para trabajar y residir en España”, que es lo que realmente le concede la autorización administrativa pertinente. Esta falta de legitimación puede razonarse como una prohibición legal expresa para realizar cualquier tipo de trabajo en territorio español; también nos podemos apoyar en la idea de que dicho contrato está viciado en cuanto a su objeto y su causa se refiere, y, por tanto, estaríamos ante “un objeto negocial ilícito”, que, obviamente, nos conduciría a la invalidación del contrato. Parte de la jurisprudencia y en aplicación de la primera Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985¹³ calificaba como nulo dicho contrato de trabajo según lo establecido en los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil, y en los artículos 7.c) y 9.3 del anterior estatuto de los trabajadores hasta la aparición de la nueva redacción del artículo 36.5 de la LO 4/2000, donde se establecía que la carencia de la pertinente autorización administrativa no era causa de invalidación del contrato de trabajo del extranjero en situación administrativa irregular en España, por lo que parte de la jurisprudencia y de la doctrina declaraban que el contrato de trabajo suscrito con un extranjero en situación administrativa irregular en España surtía efectos para el empleador y el trabajador con todo lo que ello conlleva.¹⁴

La STS del 18 de marzo de 2008¹⁵ diferencia dos situaciones; la primera, la de los contratos de trabajo celebrados con extranjeros en situación administrativa regular en España, pero que carecen de permiso de trabajo, y la segunda, de los extranjeros en situación administrativa irregular en España que carecen tanto de permiso de trabajo como de residencia;¹⁶ la citada sentencia reconoce que para el primer supuesto, el contrato de trabajo celebrado con el extranjero en situación administrativa regular en España supone el acceso a las prestaciones tanto contributivas como no contributivas del sistema de se-

¹³ Ley Orgánica 7/1985, del 1o. de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (vigente hasta el 1 de febrero de 2000).

¹⁴ Montoya Melgar, A., “El empleo ilegal de inmigrantes”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2009, pp. 17-32.

¹⁵ Número de recurso 800/2007.

¹⁶ Ortega Giménez, A., “El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, pp. 1-6.

guridad social, mientras que en el segundo caso, solamente reconoce el acceso a las prestaciones y servicios sociales básicos, contingencias profesionales y asistencia sanitaria.¹⁷

El Convenio 19¹⁸ de la OIT también reconoce igualdad de trato, independientemente de la situación administrativa del extranjero, con relación a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ahora bien, con ciertos requisitos; por otro lado, el artículo 14 de la LO 4/2000 establece la igualdad de trato en materia de seguridad social, pero lo hace en referencia a los extranjeros residentes, lo que conlleva a que serían de aplicación y podrían disfrutar tanto de las pensiones contributivas como de las no contributivas; pero no hay que olvidar que el artículo 7o. del TRLGSS insta que tendrán derecho a incluirse en el sistema de seguridad social aquellos extranjeros que gocen de la condición de regular en nuestro país, en lo que a permiso de residencia y de trabajo se refiere.¹⁹

Lo primero que se debe determinar es cómo afecta la situación administrativa irregular de un extranjero a la hora de recibir protección por parte del sistema de seguridad social español en su modalidad contributiva, ya que la situación administrativa irregular puede deberse tanto a la permanencia en nuestro país como a la autorización para trabajar,²⁰ que además es posible que se produzcan a la vez.

Los artículos 14.1 y 14.2 de la LO 4/2000 dejan en claro que los extranjeros residentes tendrán derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social (cosa obvia, si desarrollan su vida en idénticas condiciones a los nacionales), de lo que se desprende que quedan fuera los extranjeros en situación irregular en España; además, debemos hacer una lectura completa del artículo

¹⁷ Sánchez Rodas-Navarro, C., *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la unión europea*, Murcia, Laborum, 2008.

¹⁸ C019 - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19). Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (entrada en vigor: 8 septiembre 1926). Adopción: Ginebra, 7a. reunión CIT (5 de junio de 1925) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (convenios técnicos).

¹⁹ Álvarez Cortés, J. C. y Plaza Angulo, J. J., "Prestaciones de seguridad social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular", *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2008, pp. 223-238.

²⁰ Sánchez-Urán Azaña, Y., "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (63), 2006, pp. 249-296.

14, y en concreto, de su apartado 3, que establece que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales básicas, que no tienen por qué entenderse que son las comprendidas en el sistema de seguridad social, ya que, como se ha visto antes, debe interpretarse a tenor de los artículos 7, 15 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2. *Los extranjeros en situación administrativa regular en España y el derecho a la seguridad social*

En este punto voy a centrar mi interés en el caso de los extranjeros en situación administrativa regular en España y en el otorgamiento y disfrute de los derechos sociales de los mismos; así, se reconocen para ellos derechos tales como la educación, la asistencia sanitaria, las prestaciones y los servicios del sistema de seguridad social tal y como establece el artículo 13 de la LO 4/2000, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre.²¹

El más sencillo de todos los casos es, evidentemente, el caso de los inmigrantes en situación regular en España; con el paso de los años y gracias al trabajo de los tratados internacionales, nuestro ordenamiento jurídico y, por supuesto, el compromiso de los órganos judiciales españoles, han propiciado un gran avance en cuanto a la equiparación de derechos entre extranjeros en situación regular y españoles en nuestro sistema legislativo en general y en el sistema de seguridad social en concreto.

Si nos remontamos a la Ley 7/1985,²² del 1o. de julio, hay que destacar que ésta regulaba la situación de los extranjeros como una mera cuestión de orden público,²³ pero en la LO 4/2000 se estableció un sistema que ya se desarrollaba con base en lo establecido en la STC 107/1984, del 23 de noviembre, y que después reafirmaba la STC 95/2000, del 10 de abril, y, por tanto, en la

²¹ Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000.

²² Ley Orgánica 7/1985, del 1o. de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (vigente hasta el 1o. de febrero de 2000).

²³ Pumar Beltrán, N., "Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España", *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010, pp. 251-261.

doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional,²⁴ en la que se reconocían los derechos “imprescindibles para garantizar la dignidad humana”.²⁵

Como antecedente lógico de todo ello, comenzaré señalando que el aumento migratorio inició en España a partir de la década de los ochenta, por lo que el legislador tuvo que tomar medidas para controlar los flujos de personas y la lucha contra la inmigración irregular, aunque si bien es cierto, España, a partir de su adhesión al Tratado de Ámsterdam, en virtud de instrumento aprobado mediante la LO 9/1998,²⁶ ha intentado adaptar los objetivos en él establecidos a su legislación interna. Tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea asumió las competencias relativas a las políticas de asilo e inmigración, y, así, fue el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, del 24 de septiembre de 2008, el que se ocupó de esta materia y estableció las pautas a seguir en la lucha contra la inmigración ilegal y la inserción social de los inmigrantes; pero hay que destacar que la necesidad de mano de obra en décadas anteriores en nuestro país propició la migración desde ciertos países, y que, por tanto, las políticas migratorias iban directamente relacionadas con las demandas de nuestro mercado de trabajo.²⁷ Será la situación económica del país de destino, entre otros factores, lo que determinará el modo de desarrollo y aplicación de la legislación en la materia, ya que las políticas migratorias se ponen al servicio del mercado de trabajo.²⁸

Fue más tarde, con la aprobación en España de la LO 4/2000, cuando se reforzó definitivamente el principio de igualdad, ya que prevé en su artículo 14.1, que los extranjeros en situación regular deberían gozar de los mismos

²⁴ Rivera Sánchez, J. R., “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Comunicación a la ponencia temática III”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, pp. 1345-1364.

²⁵ Pumar Beltrán, N., “Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España”, *El futuro europeo de la protección social*, cit., pp. 251-261.

²⁶ Ley Orgánica 9/1998, del 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

²⁷ López López, J., “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad”, *Estudios de Derecho Judicial*, 2005, pp. 23-52.

²⁸ Ramos Quintana, M. I., “Inmigración y globalización económica: ¿un lugar para el derecho del trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2006, pp. 13-32.

beneficios en lo que a materia de seguridad social se refiere; esto supuso un gran avance en el camino de la consecución y adaptación del principio de igualdad y, por ende, de la universalización del sistema (eso sí, una vez más hablamos de universalidad relativa, ya que únicamente tratamos el tema de los extranjeros regulares y sus derechos dejando de lado, de nuevo, el problema de los extranjeros en situación administrativa irregular). En este sentido, es cierto que en la LO 4/2000 se establece que los extranjeros en situación administrativa irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria básica de urgencia.

En materia de seguridad social se debe enfatizar la reforma del artículo 7o. del TRLGSS con su nueva redacción, y que sirvió para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a lo establecido en el artículo 6o. del Convenio 97²⁹ de la OIT sobre trabajadores migrantes, en el que se nos obligaba a equiparar a los extranjeros residentes con los españoles, en lo que a prestaciones contributivas³⁰ se refería, si bien es cierto que este tipo de equiparación no se producía en las pensiones no contributivas, y así se reflejaba en el artículo 7.5 del TRLGSS. No obstante, tal diferenciación desaparece con la redacción del artículo 14.1 de la LO 4/2000, mediante el cual se hace extensiva dicha igualdad de trato a las prestaciones no contributivas, consiguiendo así, la equiparación total al nacional.³¹

Se puede afirmar, en lo relativo a extranjeros en situación administrativa regular, que tras las diversas modificaciones establecidas en las leyes para su adaptación a los mandatos establecidos por convenios ratificados por España, éstos gozan de los mismos derechos que los nacionales, y en lo que se refiere al derecho a la seguridad social disfrutaban de los mismos derechos que los nacionales, siempre que estén incluidos en el sistema por realizar o haber realizado trabajo remunerado en nuestro país.

²⁹ C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949) (entrada en vigor: 22 de enero de 1952). Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (1o. de julio de 1949), estatus: Instrumento actualizado (convenios técnicos).

³⁰ Incluso, la reforma de la ley 13/1996, al mencionar a todos los extranjeros extiende la equiparación a colectivos que tradicionalmente habían sido excluidos en los convenios bilaterales, como los trabajadores autónomos. Gonzalo González, B., "Apunte sobre los derechos de seguridad social de los extranjeros en España tras la Ley 13/1996, del 30 de diciembre", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 2, 1997, pp. 98 y ss.

³¹ Sánchez-Urán Azaña, Y., "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía", *cit.*, pp. 249-296.

Con relación a este colectivo, el ordenamiento jurídico español, en materia de seguridad social, se ajusta en su totalidad al cumplimiento del principio de igualdad, y, por lo tanto, supone una equiparación en lo que al principio de universalidad se refiere en relación con los nacionales; esto quiere decir que se ha conseguido extender el campo de aplicación del sistema de seguridad social haciéndolo más igualitario para los sujetos incluidos en este colectivo, y por tanto, acercándolo más a la consecución de la universalidad del sistema; eso sí, sin dejar de ser universalidad relativa.

En el tema que me ocupa, es decir, en materia de derechos sociales, hay que resaltar que con la vigencia de las actuales leyes de extranjería³² y las leyes que regulan los derechos sociales, aquellos extranjeros que se encuentren en situación regular en España tienen los mismos derechos que los españoles en materias tales como educación, asistencia sanitaria, prestaciones y servicios de la seguridad social..., todos ellos, derechos básicos.

A través de la legislación, los tratados internacionales y la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se ha llevado a cabo un gran trabajo de consecución de un mayor reconocimiento de los derechos laborales y de seguridad social establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; así pues, la aprobación de la LO 4/2000 instituyó un estatuto jurídico para los extranjeros teniendo en cuenta los derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana y el resto de derechos que se veían condicionados a la situación regular o irregular del extranjero³³ en España.³⁴

Si bien es cierto que la equiparación entre nacionales y extranjeros en situación administrativa regular en España tiene un grado de adaptación importante, siguen apareciendo problemas de aplicación de dicho principio, que limitan el acceso a determinadas prestaciones, y, que a su vez, plantean cuestiones tales como la igualdad real del sistema de seguridad social, y que se puede apreciar en el caso de la prestación por hijo o menor a cargo que está legislada, de tal modo que establece una serie de diferencias que en su gran mayoría afectan a los extranjeros más que a los nacionales.

³² Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000.

³³ SSTC 263/2007, del 20 de diciembre, 264/2007, del 20 de diciembre, 236/2007, del 7 de noviembre.

³⁴ Rodríguez-Piñero Royo, M., "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante", *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, pp. 91-106.

3. *Evolución normativa en materia de contratos celebrados con extranjeros y su consideración legal en España*

La evolución de la normativa en materia de extranjería se podría resumir en cinco etapas diferenciadas, coincidiendo con los cinco cambios legislativos más importantes en la materia, así pues:³⁵

- Tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, del 1o. de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (vigente hasta el 1o. de febrero de 2000). En esta primera etapa, tanto la jurisprudencia como la doctrina entendían que si no existía la preceptiva autorización administrativa para trabajar en España, el contrato de trabajo celebrado con el extranjero en situación administrativa irregular en España se consideraba nulo, y el extranjero en situación administrativa irregular, únicamente generaba derecho a la percepción de los salarios correspondientes al tiempo trabajado,³⁶ si bien es cierto que se solía permitir la percepción de la prestación por desempleo en caso de que no contara con permiso de trabajo, pero sí con el de residencia. La Ley Orgánica 7/1985 establecía en su artículo 15 que todos los extranjeros que decidían establecer en España su residencia habitual y, además, llevar a cabo cualquier actividad lucrativa (laboral o profesional), han de obtener, por un lado, el permiso de residencia otorgado por el Ministerio del Interior, y, por otro, el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,³⁷ de modo que la falta del pertinente permiso suponía la expulsión del extranjero en situación administrativa irregular, a tenor del artículo 26.1.b) de la misma, y la sanción correspondiente al empresario, a tenor del artículo 28; el extranjero dependía de lo establecido en el artículo 7o. del Estatuto de los Trabajadores en lo referente a la capacidad para contratar, y al no cumplir los requisitos establecidos se reconocía la nulidad del contrato, y, por tanto, no era posible entender que el mismo generara ningún derecho; no obstante lo anterior, la STS del 21 de diciembre de 1994³⁸ estableció, en este sentido, que si expiraba

³⁵ Martínez Fons, D., “Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España”, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 17 de noviembre de 2005 (AS 3384), *Inslabor*, 2006.

³⁶ A tenor del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁷ Ambos tendrán una validez de cinco años.

³⁸ Número de recurso 785/1994.

la autorización administrativa para trabajar pero continuaba vigente la autorización para residir el extranjero podía buscar empleo y generar un nuevo derecho a obtener la autorización administrativa para trabajar y, como conclusión, mientras el extranjero mantuviera autorización para residir legalmente en España, tenía derecho a percibir la prestación por desempleo, siempre y cuando hubiera cumplido con los requisitos de afiliación, alta y cotización. En 1997, el tribunal supremo, en su sentencia del 21 de marzo,³⁹ estableció, con base en los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil y el artículo 7o. del Estatuto de los Trabajadores, que los contratos de trabajo celebrados con extranjeros en situación administrativa irregular en España debían considerarse ilícitos, y, por tanto, no producían efecto alguno, por lo que los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular que celebraban este tipo de contratos no tenían derecho de acceso a la prestación por desempleo⁴⁰ o accidente de trabajo, y así lo establecía la jurisprudencia, ya que entendía que una de las partes carecía de capacidad para contratar.⁴¹ De tal modo, se declaraba el contrato de trabajo nulo de pleno derecho.⁴²

- Tras la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En esta segunda etapa se produce un giro absoluto en cuanto a la validez de los contratos de trabajo celebrados con los extranjeros en situación administrativa irregular en España, motivado, en gran parte, por la utilización de los empresarios de mano de obra de extranjeros en situación administrativa irregular originada por la llegada masiva de inmigrantes a España durante la década de los noventa, provocando que los empresarios se beneficiaran de dicha cuestión legal para emplear mano de obra ilegal y barata,⁴³ cosa que ocurrió hasta la reforma de 2003;⁴⁴ así pues, se

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Charro Baena, P., “Trabajadores extranjeros «ilegales» y accidente de trabajo y enfermedad profesional. Cobertura en el sistema de seguridad social”, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 371-377.

⁴¹ Por ejemplo, en ATS del 1o. de julio de 1987 (Roj 561/1987).

⁴² En este sentido, STS del 21 de marzo de 1997, número de recurso 2068/1996.

⁴³ Sánchez Pérez, J., “El accidente de trabajo del inmigrante «sin papeles»”, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 2011, pp.793-803.

⁴⁴ En este sentido se pronunciaba la STC 107/84, del 23 de noviembre, donde el Tribunal Constitucional no consideraba vulnerado el principio de igualdad de los extranjeros justificando su decisión en que en materia de acceso al trabajo no resulta exigible desde una

convierte en una norma que introduce (ya en su título) la integración social de los extranjeros en España. El carácter de dicha norma es mucho más laxo que el de la anterior (la Ley Orgánica 7/1985, del 1o. de julio), que a su vez pretende garantizar la aplicación del principio de igualdad.⁴⁵ De este modo, se entendía que la falta de la preceptiva autorización administrativa no suponía la invalidez del contrato de trabajo;⁴⁶ en el artículo 57 de la LO 4/2000 se establecía que no procedía la expulsión de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España si eran beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente a causa de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional surgidas como consecuencia de un trabajo en España.

- Tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, del 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En esta tercera etapa, muy solapada a la segunda, por la fecha de la reforma de la anterior ley, se da un nuevo giro en el tratamiento de los extranjeros en situación administrativa irregular en España. Se producen recortes en lo que a los derechos de los extranjeros en nuestro país con respecto a la norma anterior, volviendo a exigir las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo, tal y como establece en su artículo 36, pudiéndose desprender del citado artículo que el contrato de trabajo suscrito con un extranjero en situación administrativa irregular no es considerado nulo, por lo que tendrá derecho a las prestaciones derivadas de la seguridad social. En las SSTs del 7 de junio⁴⁷ y del 9 de octubre de 2003,⁴⁸ la Sala 4a. del Tribunal Supremo estableció que los contratos de trabajo, a tenor de la nueva legislación, no eran nulos, y que, por tanto, el trabajador extranjero en situación administrativa irregular tenía derecho a la misma protección que cualquier otro trabajador, entendiendo, por ejemplo, que los acci-

óptica constitucional la igualdad de trato entre extranjeros y españoles cuando no existe tratado que así lo imponga.

⁴⁵ Ramos Quintana, M. I., “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios. Situaciones administrativas y posición jurídica”, ponencia temática II. Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, pp. 489-571.

⁴⁶ Sánchez Pérez, J., “El accidente de trabajo del inmigrante «sin papeles»”, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, cit., pp. 793-803.

⁴⁷ Número de recurso 4217/2002.

⁴⁸ Número de recurso 2153/2002.

- dentos de trabajo sufridos por los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España eran responsabilidad del empresario.
- Tras la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, del 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, del 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal. En esta cuarta etapa se le otorga una nueva redacción al artículo 36, y pasa a establecerse que la carencia de la pertinente autorización no invalidará el contrato de trabajo en lo que a derechos del trabajador se refiere, incluido el derecho a la percepción de las prestaciones que pudieran corresponderle en materia de seguridad social, incluidas tanto las derivadas de contingencias profesionales como de contingencias comunes (comprendido el desempleo). En este sentido, si un empresario no solicita la autorización administrativa para trabajar del extranjero en situación irregular en España, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica 14/2003, las consecuencias derivadas de la falta de autorización no deben recaer sobre el trabajador.⁴⁹
 - Tras la Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En esta última etapa vuelve a producirse un cambio importante en cuanto a los extranjeros en situación administrativa irregular en España. El artículo 10.1 establece que todos los extranjeros residentes en España que reúnan los requisitos establecidos en la propia LO 4/2000 podrán ejercer actividades remuneradas, tanto por cuenta propia como cuenta ajena y, por supuesto, acceder al sistema de seguridad social; así, el artículo 10.1 de la presente Ley incluye el término “residentes” en su redacción, de modo que aquellos que no cuenten con la preceptiva autorización administrativa para trabajar no podrán hacerlo. Se establece, taxativamente, el trato igualitario entre nacionales y extranjeros en situación administrativa regular en España, en lo que se refiere a las condiciones laborales y de acceso al sistema de seguridad social.

⁴⁹ Sentencia TSJ Castilla y León, con sede en Valladolid, del 17 de noviembre de 2005.

III. EXCEPCIONES EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. EL CASO DE LA PRESTACIÓN POR HIJO O MENOR A CARGO

Nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 39 de la Constitución española de 1978, y siguiendo lo establecido para nuestro sistema de seguridad social expuesto, en numerosas ocasiones establece la obligatoriedad de los poderes públicos de garantizar la protección a las familias como parte del sistema de protección social.⁵⁰

Partimos de la base de que el extranjero ya está en situación administrativa regular en España y, una vez obtenida ésta, hemos determinado que gozan de los mismos derechos que un nacional en materia de seguridad social; llegados a este punto, nos encontramos con un problema común: el disfrute de las prestaciones por beneficiarios que no han optado por la reagrupación familiar y que siguen manteniendo su residencia en el país de origen de la persona que genera el derecho a la prestación.

Una vez obtenida la residencia, el extranjero en situación administrativa regular en España tiene los mismos derechos en materia de seguridad social que los nacionales, lo que incluye, lógicamente, las prestaciones reconocidas en el sistema y, por lo tanto, todas las prestaciones familiares, siempre y cuando cumplan los requisitos que se exijan para cada una de ellas; del mismo modo, sus familiares tendrán derecho de acceso a las prestaciones que se les reconozcan por su condición de beneficiarios.

En 1990, tras la aprobación de la Ley 26/1990, del 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, se comienza a considerar la cuantía de los ingresos de las familias para conceder la prestación por hijo o menor a cargo, por lo que podemos entender que la misma se convierte en un instrumento de lucha contra la pobreza de la sociedad, es decir, se concibe para suplir situaciones de necesidad de aquellas familias más desfavorecidas económicamente, y, en concreto, de los hijos o menores a su cargo; se encuentra dentro de las prestaciones pensadas para proteger a las familias con menores recursos económicos.⁵¹

Uno de los problemas que aparecen con mayor asiduidad es que dichas prestaciones dependan de la residencia del familiar en nuestro país, ya que en

⁵⁰ Sánchez-Urán Azaña, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía”, *cit.*, pp. 249-296.

⁵¹ Obiol i Francés, S., “El sistema de prestaciones por hijo a cargo en España”, *Revista Internacional de Sociología*, 2006, pp. 95-117.

muchas ocasiones no se ha producido la reagrupación familiar, y, por tanto, los perceptores pierden el derecho por no cumplir con uno de los requisitos exigidos legalmente (lo mismo ocurrirá con las prestaciones de vejez e invalidez, donde uno de los requisitos de acceso específicos para extranjeros es establecer un periodo de residencia determinado en nuestro país); y, al tiempo, existen otras prestaciones, como es el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia, que, a diferencia de las anteriores, no exigen requisito de residencia.

El derecho a la prestación por hijo a cargo se produce cuando éste es menor de dieciocho años, o, en su defecto, cuando siendo mayor de dicha edad tiene un grado de discapacidad igual o superior al 65% y siempre y cuando se encuentre a cargo del beneficiario de la asignación; el artículo 352 del TRLGSS⁵² establece claramente cuáles van a ser las exigencias para poder optar a la citada prestación, y entre ellas establece que la residencia, tanto del beneficiario como del hijo a cargo, deben estar fijadas en territorio español.⁵³

En la Ley 26/1990, del 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, se preveía la prestación no contributiva por hijo a cargo, si bien es cierto que no establecía que éstos residieran en territorio español,⁵⁴ lo único que implantaba era que debía estar a cargo del solicitante, obviamente, y que cumplieran los requisitos de edad o discapacidad;⁵⁵ pero es en el RD 356/1991,⁵⁶ del 15 de marzo,⁵⁷ cuando el legislador, al desarrollar la Ley 26/1990,⁵⁸ del 20 de diciembre, introduce por primera vez como requisito para disfrutar de la prestación, la convivencia del hijo a cargo con el progenitor en territorio español,⁵⁹ lo que

⁵² Real Decreto Legislativo 8/2015, del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵³ Barrios Baudor, G. L., *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, 2001.

⁵⁴ Álvarez del Cuvillo, A., "Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de seguridad social", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* (96), 2008, pp. 97-134.

⁵⁵ Pumar Beltrán, N., "Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España", *El futuro europeo de la protección social*, cit., pp. 251-261.

⁵⁶ Vigente hasta el 23 de noviembre de 2005.

⁵⁷ Real Decreto 356/1991, del 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, del 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas.

⁵⁸ Ley 26/1990, del 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas.

⁵⁹ Flor Fernández, M. L., "Prestaciones familiares por hijo a cargo en la ley 26/90 de 20 de diciembre", *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X Jornadas*

sin duda alguna alejaba dicha prestación del derecho de igualdad, ya que no trata a todos los hijos del causante del mismo modo, únicamente basándose en el hecho de la convivencia en territorio español,⁶⁰ y así lo establecía en su artículo 2.1.

A colación de la aprobación del RD 356/1991, el Tribunal Supremo estuvo reconociendo el derecho a las prestaciones de este tipo a hijos que residían en el país de origen de los causantes de la prestación; así pues, el Tribunal Supremo reconocía la prestación a todos los miembros de la unidad familiar que sean económicamente dependientes del beneficiario aunque no tengan el mismo domicilio que éste;⁶¹ ello supondría el derecho a la percepción de la prestación por hijo a cargo; desde el punto de vista de lo establecido en estas STS, la interpretación para la concesión de la prestación por hijo a cargo vendría determinada según lo previsto en el artículo 1g) del Convenio 157 de la OIT,⁶² dependiendo únicamente la concesión de la prestación a la exigencia de que el beneficiario de la misma tenga realmente a los hijos a su cargo.

El principio de igualdad en materia de seguridad social entre extranjeros y españoles, ya se ha nombrado muchas veces a lo largo de este trabajo (recordar que viene regulado en el artículo 7 del TRLGSS); hay que destacar que establece una limitación real al principio de territorialidad; es decir, España, si dejara de lado los mandatos internacionales y europeos no tendría la obligación real de aplicar el principio de igualdad en el derecho a la seguridad social, y, por analogía, tampoco tendría la obligación de subsanar hechos que ocurran fuera del territorio español (como es el caso de la residencia de los hijos dependientes del beneficiario en su país de origen por no haber optado al derecho de agrupación familiar por una u otra razón).

España es responsable, en materia de seguridad social, en aquellos casos en los que el problema se plantee dentro de nuestras fronteras, ya que se aleja del control administrativo la capacidad de vigilancia de la veracidad de la situación

Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Trotta, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992, pp. 297-304.

⁶⁰ Álvarez del Cuvillo, A., "Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de seguridad social", *cit.*, pp. 97-134.

⁶¹ STS del 11 de abril, número de recurso 2770/1999; STS del 3 de mayo de 2000, número de recurso 331/1999, y STS del 21 de enero de 2003, número de recurso 152/2002.

⁶² C157 - Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157). Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (entrada en vigor: 11 de septiembre de 1986). Adopción: Ginebra, 68a. reunión CIT (21 de junio de 1982).

concreta, si bien es cierto que el TJUE (antes TJCE), en varias ocasiones ha entendido que son discriminatorios todos aquellos criterios que condicionan el acceso a la prestación, a que ciertos hechos ocurran en el territorio del país que adjudica las prestaciones, y, así, ha entendido dicho tribunal que la residencia “no puede ser un requisito que limite el acceso a la prestación, suprima su concesión o reduzca su cuantía”,⁶³ pero únicamente cuando se refiere a Europa.

Cierto es que uno de los requisitos que se exigen en la prestación por hijos a cargo es que éstos residan en territorio español, por lo que existe, a mi parecer, una clara vulneración del derecho de igualdad de los no residentes frente a los hijos que sí residan, junto con sus progenitores, en territorio español, ya que, indiscutiblemente, que éstos residan o no en España no es condición necesaria para que se conviertan en dependientes de sus padres; es decir, un niño que resida en territorio no español, seguramente necesitará, del mismo modo que su progenitor, lo atienda económicamente para cubrir sus necesidades básicas.

Es necesario hacer mención al trabajo jurisprudencial que realizó el Tribunal Supremo al respecto, ya que en diversas ocasiones llegó a reconocer el derecho a la prestación por hijo a cargo a trabajadores extranjeros, cuyos familiares residían habitualmente en su país de origen, y lo hacía basándose, precisamente, en la diferencia existente entre convivir con un progenitor y depender de él para subsistir, y así lo hizo constar, cuando “los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste”.⁶⁴

Con posterioridad, se aprobó la Ley 52/2003, del 10 de diciembre,⁶⁵ en la que la prestación por hijo a cargo pasa a ser únicamente, una prestación no

⁶³ Asunto C-228/88, Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse (petición de decisión prejudicial planteada por el Bayerisches Landessozialgericht). Seguridad social (derecho a prestaciones familiares cuando el derecho interno del país de empleo exige que los requisitos necesarios se cumplan en su territorio); Asunto C-321/93, José Imbernon Martínez contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Sozialgericht Nürnberg). Seguridad social (Asignaciones familiares) Residencia en el territorio nacional; Asunto C-266/95 Pascual Merino García contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht). Seguridad social de los trabajadores migrantes reglamento (CEE) núm. 1408/71 (Ámbito de aplicación personal). Concepto de trabajador por cuenta ajena (Prestaciones familiares).

⁶⁴ SSTs del 11 de abril de 2000 (número de recurso 2770/1999), del 3 de mayo de 2000 (número de recurso 2770/1999), y del 21 de enero de 2003, entre otras (número de recurso 152/2002).

⁶⁵ Ley 52/2003, del 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social.

contributiva y se establece legalmente la obligatoriedad de que los hijos residan en territorio español junto con su progenitor.⁶⁶ Debemos pensar quiénes son las personas más desfavorecidas con este cambio: lo habitual entre nacionales es que los hijos de éstos residan en territorio español junto a sus padres,⁶⁷ por lo que los sujetos más afectados, lógicamente, son los extranjeros residentes en España que no hayan optado por la reagrupación familiar, de modo que, de nuevo, los requisitos legales no están enfocados a la consecución de la igualdad entre sujetos,⁶⁸ y, por tanto, distamos de nuevo de la universalidad del sistema; lo que la legislación pretende y consigue con este precepto legal es diferenciar a los hijos a cargo de españoles y extranjeros, siempre con algunas salvedades. Es cierto que no se establece un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, ya que a ambos se les exige la convivencia con el progenitor, pero, obviamente, los hijos de nacionales españoles no vivirán en un país diferente al de los padres, como norma general, salvo en los casos establecidos en el artículo 2o. del RD 356/1991,⁶⁹ del 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, del 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas.

Visto esto, se debe recordar que el artículo 7o. del TRLGSS, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 8/2015,⁷⁰ del 30 de octubre, establece como obligatoria la igualdad de trato en materia de seguridad social entre extranjeros⁷¹ y nacionales, pero también es cierto que establece una limitación atendiendo al principio de territorialidad, porque nuestro sistema no contempla la obligación de asimilar como propios aquellos hechos que ocurran fuera de nuestro territorio. Así pues, existe igualdad relativa entre nacionales y extranjeros, porque a pesar de que la ley les exige los mismos requisitos de acceso a la prestación, a mi parecer, es una desigualdad encubierta, ya que como mencioné anteriormente, el porcentaje más elevado de sujetos que se van a ver afectados por la diferente residencia entre padres e hijos a cargo van a

⁶⁶ Pumar Beltrán, N., “Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España”, *El futuro europeo de la protección social*, cit., pp. 251-261.

⁶⁷ Si no es con ambos sí, por lo menos, con uno de ellos, dependiendo de la situación familiar en la que se encuentren.

⁶⁸ Hay que recordar que en este punto estamos hablando de extranjeros que residen legalmente en España, y que, por tanto, sus derechos deben ser equiparables a los de los nacionales.

⁶⁹ Vigente hasta el 23 de noviembre de 2005.

⁷⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015, del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷¹ Siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos.

ser, sin lugar a dudas, los extranjeros residentes en España que todavía tienen a sus hijos en sus países de origen.

Mientras sigan existiendo en nuestro sistema requisitos de residencia para optar a determinadas prestaciones, es imposible que la igualdad entre sujetos y, por tanto, la universalidad en el sistema, sean reales; es decir, seguimos observando cómo la universalidad en nuestro sistema es únicamente relativa. Es cierto que no aparece, directamente y como tal, una diferencia de trato; no obstante, si los observamos desde el punto de vista de la realidad social, seremos conscientes de que sí existe dicha diferencia de trato. En tal sentido, el TJUE ha entendido como discriminatorios los criterios que condicionan la percepción de una prestación estén ligados a que determinados hechos acaecidos en el territorio del país del que nace el sistema de prestaciones correspondiente, y, por tanto, ha calificado la “residencia” como un criterio que no puede limitar, suprimir o reducir la prestación;⁷² a tal efecto, muchos son los pronunciamientos del TJUE al respecto declarando discriminatorio el condicionamiento a la concesión de prestaciones familiares del trabajador a que sus familiares residan en el país que las concede,⁷³ cierto es que, con base en esta jurisprudencia del TJUE, el requisito de residencia no puede ser exigido a ningún ciudadano de la Unión Europea⁷⁴ ni a los nacionales extracomunitarios si son familiares de ciudadano español, ni a aquellos que tengan un convenio de cooperación con la Unión Europea,⁷⁵ pero sí al resto de extranjeros.⁷⁶

⁷² Pumar Beltrán, N., “Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España”, *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010, pp. 251-261.

⁷³ Asunto C-228/88 Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse (petición de decisión prejudicial planteada por el Bayerisches Landessozialgericht). Seguridad social (derecho a prestaciones familiares cuando el derecho interno del país de empleo exige que los requisitos necesarios se cumplan en su territorio); Asunto C-321/93, José Imbernon Martínez contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Sozialgericht Nürnberg). Seguridad social (Asignaciones familiares) Residencia en el territorio nacional; Asunto C-266/95 Pascual Merino García contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht). Seguridad social de los trabajadores migrantes, reglamento (CEE) núm. 1408/71 (Ámbito de aplicación personal). Concepto de trabajador por cuenta ajena (prestaciones familiares).

⁷⁴ Pumar Beltrán, N., “Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España”, *El futuro europeo de la protección social*, *cit.*, pp. 251-261.

⁷⁵ Turquía, Argelia, Túnez y Marruecos (febrero de 2017).

⁷⁶ Aunque es cierto que el TJUE ha permitido en Reino Unido que se exija la residencia de los hijos para el cobro de prestaciones por hijo a cargo, incluso para miembros de la Unión Europea, cuando no llevan a cabo trabajo remunerado alguno. En Urcelay Lecue, M. C. (2016).

Es justificable que tanto el nacimiento como el mantenimiento del derecho a la prestación por hijo a cargo esté supeditado al requisito de la residencia legal en España tanto del beneficiario de la misma como de los hijos de éste, si bien hay que resaltar que existen algunas excepciones legales a tal exigencia; así pues, estarán exentos de cumplir con estos requisitos a tenor de lo establecido en los artículos 9.1.2 y 10.1.a) del Real Decreto 1335/2005,⁷⁷ de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social, siempre y cuando los hijos cesen la convivencia con los padres por cursar estudios, trabajo de los padres, tratamientos médicos, rehabilitación, o cuando los padres trabajen fuera del territorio español, pero coticen a nuestro sistema de seguridad social; ahora bien, que sea justificable como mecanismo de control del Estado no significa que no pugne contra el principio de igualdad que, a mi entender, se vulnera en los requisitos de acceso a esta prestación, y que, por tanto, afecta de manera directa a la universalidad real de la misma y, con ello, del sistema.

IV. CONCLUSIONES

Se debe aceptar la migración como un fenómeno social y global desde finales del siglo XX en nuestro país, y, por tanto, hay que tomar especial atención con lo que ocurre con estas personas sin olvidar, precisamente, que son personas, y que, por tanto, son sujetos titulares de los derechos humanos.

Con la aplicación de las normas internacionales, europeas y comunitarias, en consonancia con el ordenamiento jurídico interno, es cierto que estamos ante una situación que, aunque cambiante en el tiempo, ha llevado a situaciones que no estaban protegidas, para después protegerlas de manera muy amplia, y, en estos momentos, alcanzar una postura intermedia, si bien es cierto que se ha llegado, por ejemplo, a la equiparación total de acceso al sistema de seguridad social a todos aquellos trabajadores extranjeros que se encuentren en España en situación administrativa regular, y, sin lugar a dudas, las normas internacionales han sido, en gran medida, las que han propiciado la extensión del sistema de seguridad social a este colectivo en particular.

El TJUE permite al Reino Unido exigir “derecho de residencia” a los ciudadanos UE, que no ejercen actividad económica, para percibir prestaciones por hijo a cargo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), pp. 191 y 192.

⁷⁷ Real Decreto 1335/2005, del 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social.

En cuanto a la consideración de los extranjeros en la Constitución española de 1978, se puede pensar que el constituyente, a tenor de lo establecido en los artículos 10.2 y 13.1 de la misma, optó por la universalidad real del sistema, incluyendo a todas las personas en el ámbito del disfrute de los derechos sociales, pero también es cierto que ambos preceptos son los que conceden total libertad al legislador para regular las normas relativas a extranjería, respetando siempre la dignidad de las personas y lo establecido en los mandatos internacionales y comunitarios, pero el legislador lo ha interpretado de tal modo que ha generado avances y retrocesos en dicho sistema normativo.

La consideración de extranjero (sin tener en cuenta al comunitario) supone una diferenciación en el régimen jurídico aplicable al mismo y que ha variado mucho desde 1985, cuando se aprobó la Ley Orgánica 1/1985, sobre derechos de los extranjeros en España; pero es cierto que el legislador ha debido ir adaptando todas las normas de extranjería en función de las necesidades de cada época para, definitivamente, agregar a dichas normas el carácter que hace que se diferencien en menor medida de los nacionales; así, la actual ley que regula el derecho de los extranjeros en España incluye, además, su integración social en España, concepto que se introdujo con la LO 4/2000.

La LO 4/2000 ha sufrido diversas modificaciones, la última de ellas operada por la Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre. En ella se regula la situación de los extranjeros en España y los diferencia a la hora de la aplicación de los derechos, de nuevo, en función de su situación administrativa (regular o irregular).

Nuestro ordenamiento jurídico exige a los extranjeros la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo para poder prestar sus servicios como trabajadores en España para que los efectos, además, de nuestras normas laborales, y, por tanto, de las normas de seguridad social, sean de aplicación a los mismos, en idénticas circunstancias a los nacionales.

No suelen presentarse problemas en cuanto al principio de igualdad y universalidad en este sentido, si bien es cierto que aparecen ciertas fisuras en el sistema, en que la regulación de las prestaciones afecta de manera distinta a extranjeros regulares y nacionales. Un claro ejemplo de ello es la prestación por hijo o menor a cargo, que si bien no establece una regulación diferente, sí supone una diferencia entre ambos, ya que la residencia del hijo o menor a cargo va a determinar la concesión o no de dicha prestación. Si bien es cierto que las exigencias legales para unos y otros son idénticas, la residencia en España de esos hijos afecta en mayor medida a extranjeros que a nacionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PLAZA ANGULO, J. J., “Prestaciones de seguridad social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2008.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de seguridad social”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* (96), 2008.
- BARRIOS BAUDOR, G. L., *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, 2001.
- CHARRO BAENA, P., “Trabajadores extranjeros «ilegales» y accidente de trabajo y enfermedad profesional. Cobertura en el sistema de seguridad social”, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 67, 2013.
- FLOR FERNÁNDEZ, M. L., “Prestaciones familiares por hijo a cargo en la ley 26/90 de 20 de diciembre”, *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Trotta, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad”, *Estudios de Derecho Judicial*, 2005.
- MARTÍNEZ FONS, D., “Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384)”, *Iuslabor*, 2006.
- MONTOYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, Cizur Menor, Navarra, Thomson-Cívitas, 2007.
- MONTOYA MELGAR, A., “El empleo ilegal de inmigrantes”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2009.
- MORENO PUEYO, M. J., “Extranjeros inmigrantes y seguridad social española”, *Estudios Financieros*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, Casos Prácticos. Recursos Humanos*, 2004.

- OBIOL I FRANCÉS, S., “El sistema de prestaciones por hijo a cargo en España”, *Revista Internacional de Sociología*, 2006.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008.
- PUMAR BELTRÁN, N., “Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España”, *El futuro europeo de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios. Situaciones administrativas y posición jurídica: Ponencia temática II”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “Inmigración y globalización económica: ¿un lugar para el derecho del trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2006.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular: Comunicación a la ponencia temática III”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El accidente de trabajo del inmigrante «sin papeles»”. *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 2011.
- SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, C., *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la unión europea*, Murcia, Laborum, 2008.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y VICENTE PALACIO, M. A., “Las prestaciones familiares. Presentación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (32), 2012.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2006.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “La residencia legal como requisito de acceso a la protección de seguridad social de los extranjeros extracomunitarios”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2009.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Albacete, Bomarzo, 2008.

EL DERECHO AL ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO*

THE RIGHT TO ACCESS TO SOCIAL SECURITY
OF THE STATE WORKERS

LE DROIT D'ACCES A LA SECURITE SOCIALE DES
AGENTS DE L'ÉTAT

Karen Yarely GARCÍA ARIZAGA**
Diana PÉREZ PADRÓN***

RESUMEN: Los trabajadores al servicio del Estado representan un sector laboral desprotegido por diversas legislaciones burocráticas locales en materia de seguridad social; por mencionar un caso específico, los trabajadores temporales, pues son excluidos de la aplicación de la ley o no disfrutan de manera integral de ese derecho. El presente artículo tiene como principal objetivo demostrar el tratamiento discriminatorio que sufren los trabajadores burócratas en razón de la categoría asignada por la temporalidad de su nombramiento respecto de los trabajadores permanentes, pues en materia de seguridad social reciben una protección diferente, no obstante que ambos prestan un servicio personal y subordinado al Estado.

Se plantea como hipótesis que, para el reconocimiento del derecho humano a la seguridad social de los trabajadores burócratas, su categoría no debe ser un factor determinante, y que la legislación federal y local debe ser acorde al principio de igualdad, para garantizar el reconocimiento y acceso a este derecho. Para ello, utilizo el método comparativo para el análisis de las legislaciones locales tanto en materia burocrática como de

* Recibido el 21 de enero de 2019 y aprobado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesora-investigadora en la Universidad Autónoma de Baja California.

*** Alumna del programa de maestría en ciencias jurídicas en la Universidad Autónoma de Baja California.



seguridad social; asimismo, con el estudio del caso se describió la situación de vulnerabilidad de algunos sectores de estos trabajadores.

Palabras clave: trabajador, seguridad social, discriminación, protección, temporalidad.

ABSTRACT: Workers in the service of the State represent a labor sector unprotected by various local bureaucratic social security laws, to mention a specific case of temporary workers, since they are excluded from the application of the law or do not fully enjoy that right. The main objective of this article is to demonstrate the discriminatory treatment suffered by bureaucratic workers by reason of the category assigned by the temporary nature of their appointment with respect to permanent workers, given that in social security they receive different protection, despite the fact that both provide a personal service and subordinate to the State.

It is hypothesized that for the recognition of the human right to social security of bureaucratic workers their status should not be a determining factor and that federal and local legislation must be in accordance with the principle of equality to guarantee recognition and access to this straight. To do this, it used the comparative method for the analysis of local legislations in both bureaucratic and social security matters, also, the case study described the situation of vulnerability of some sectors of these workers.

Keywords: worker, social security, discrimination, protection, temporality.

RÉSUMÉ: Les travailleurs au service de l'État qui représente le secteur du travail non protégé par diverses lois bureaucratiques locales en matière de sécurité sociale, pour ne citer un cas particulier des travailleurs temporaires, ils sont exclus de l'application de la loi ou ne bénéficient pas de ce droit de manière holistique. Cet article a pour principal objectif de démontrer le traitement discriminatoire subi par les bureaucrates travailleurs parce que la catégorie attribuée par le caractère temporaire de sa nomination à l'égard des travailleurs permanents dans la sécurité sociale reçoivent une protection différente, mais ils ont tous deux rendent un personnel et subordonné au service de l'Etat.

On suppose que la reconnaissance du droit à la sécurité sociale des fonctionnaires de la classe ouvrière ne devrait pas être un facteur déterminant et que la législation fédérale et locale doit être conforme au principe de l'égalité pour assurer la reconnaissance et l'accès à cette à droite. Pour ce faire, il a utilisé la méthode comparative pour analyser les lois locales tant

en matière de sécurité bureaucratiques et sociales aussi à l'étude de cas, la vulnérabilité de certains secteurs de ces travailleurs décrit.

Mots clés: travailleur, sécurité sociale, discrimination, protection, temporalité.

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares y planteamiento del problema.* II. *El contenido de la seguridad social y el tratamiento de los trabajadores en las relaciones burocráticas en México.* III. *La seguridad social en el sistema jurídico mexicano e instrumentos internacionales.* IV. *Breve análisis comparativo entre entidades federativas.* V. *Los contratos regulados por la legislación civil y los regímenes burocráticos especiales.* VI. *La incertidumbre de los trabajadores del sector salud.* VII. *Conclusiones y propuesta.* VIII. *Fuentes.* IX. *Anexos.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el contexto internacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se ubica como la primera carta magna que reconoce derechos de carácter social, siendo el artículo 123 el referente por excelencia de los derechos de protección a la clase trabajadora a través del establecimiento de principios básicos que rigen las relaciones de trabajo.

Conforme a este precepto, toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; sin embargo, los principios a los que se hace referencia sólo beneficiaron en un primer momento a los trabajadores de la iniciativa privada, a fin de reconocer a su favor garantías sociales mínimas para alcanzar un nivel de vida digno: salario mínimo, jornadas máximas de ocho horas, salud, indemnizaciones por riesgos de trabajo, derechos colectivos, de seguridad social, entre otros, que se encuentran desarrollados en el apartado A del mencionado precepto, así como en su ley reglamentaria, la Ley Federal de Trabajo.

Por su parte, los trabajadores al servicio del Estado se mantuvieron por muchos años en la incertidumbre y desprotección social, sin derecho a disfrutar de garantías mínimas en su relación jurídica con la autoridad pública empleadora. Fue hasta 1960 cuando se incorporó al numeral 123 constitucional un segundo apartado, que estableció aquellas garantías, mismas que se encuentran desplegadas en su correspondiente ley reglamentaria: la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Bajo esta óptica, derechos como la protección del salario, seguridad social y jornadas máximas de trabajo, encontraron un sustento formal, mientras que otros, como el de sindicación, huelga y la estabilidad en el empleo, se contemplaron de manera restringida, generando con esto un desequilibrio e incertidumbre en la relación jurídica entre éstos y las autoridades públicas empleadoras, puesto que no obstante la incorporación del apartado B y la expedición de la ley secundaria, a la presente fecha no puede hablarse de la mejora en la condición de empleado público.

El postulado anterior encuentra sustento al momento de analizar la facultad que poseen las entidades federativas para legislar en materia burocrática, pues los servidores públicos de las entidades federativas y municipios se rigen conforme a la Constitución local y de legislación secundaria correspondiente, en atención a lo dispuesto en los artículos 115, fracción VIII, párrafo segundo, y 116, fracción VI, de la Constitución federal, lo cual ha traído como consecuencia falta de congruencia entre Constituciones locales, al regular en forma diferenciada un derecho humano fundamental como lo es la seguridad social, reconociendo este derecho en algunos casos y en otros no, principalmente en atención a la categoría designada al trabajador (como lo son los trabajadores eventuales o supernumerarios), cuestión que encuentra relación en la estabilidad en el empleo.

En este sentido, se afirma que el hecho de que existan múltiples ordenamientos que regulen las condiciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado no garantiza que, efectivamente, promuevan una mayor protección para estos, precisamente por el diferente tratamiento que reciben al establecer categorías entre los empleados públicos, distinguiendo y restringiendo, respecto de prerrogativas que constitucionalmente se encuentran previstas. Así pues, se plantea como principal cuestionamiento: ¿la categoría del trabajador burócrata debe considerarse para el acceso a los beneficios de seguridad social?, y a efecto de disipar esta interrogante se plantean como objetivos:

- Establecer conceptos fundamentales.
- Examinar normas de carácter internacional, así como legislación federal y local en materia de seguridad social y burocrática.
- Realizar una comparativa de las legislaciones burocráticas en las entidades federativas respecto de las diversas categorías de trabajadores, en razón a la temporalidad de la prestación de sus servicios y qué tipo de protección reciben.

- Describir la transgresión del derecho a la seguridad social, así como del derecho de igualdad y no discriminación para los trabajadores al servicio del Estado; ello en relación con la temporalidad de la prestación de sus servicios para determinar si las leyes secundarias son inconstitucionales.
- Elaborar propuestas de solución al conflicto.

De este modo, se plantean como posibles hipótesis, que:

- La categoría del trabajador burócrata debe ser un factor independiente para el reconocimiento del derecho humano a la seguridad social.
- La congruencia entre legislación federal y local, respecto al derecho de igualdad y no discriminación en la regulación de las relaciones jurídicas entre los trabajadores burócratas y el Estado garantizará a los primeros el reconocimiento de su derecho a la seguridad social y el acceso a sus beneficios.

II. EL CONTENIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRATAMIENTO DE LOS TRABAJADORES EN LAS RELACIONES BUROCRÁTICAS EN MÉXICO

Definir la seguridad social es una tarea compleja, pues no existe una noción uniforme que delimite exactamente los elementos, características y principios rectores a fin de establecer un modelo único. Para Fernando Ruiz Soberón, la seguridad social "...puede inscribirse en el concepto más amplio de Estado benefactor, entendido como las actividades del Estado en al menos cuatro grandes campos, como otorgar beneficios monetarios, cuidados de la salud, educación, alimentación, vivienda y otros servicios de bienestar".¹

Por su parte, Gustavo Arce Cano señala que la seguridad social

...es el instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patronos, los obreros y el Estado, o algunos de éstos, como subsidios, pensiones y atención facultativa, y de servicios sociales...²

¹ Moreno Padilla, Javier, "Protección social y seguro social", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Tena Suck, Rafael (coords.), *Temas selectos de derecho laboral*. Liber amicorum: Homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 369.

² Arce Cano, Gustavo, *De los seguros sociales a la seguridad social*, México, Porrúa, 1972, p. 723.

A su vez, organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) la define como

la protección que la sociedad proporciona a las personas que la integran mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la pérdida o una fuerte reducción de los ingresos por causa de una enfermedad, accidente de trabajo, enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez o muerte.³

De las anteriores precisiones teóricas se puede establecer que la seguridad social tiene un papel fundamental para combatir problemas como la pobreza, la inclusión social y, sobre todo, la desigualdad y brechas sociales, al prever una protección para todo individuo.

Como derecho de la persona, de carácter universal, la seguridad social se reconoce en los artículos 22 y 25 de la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización Internacional de las Naciones Unidas (ONU), que la acoge como uno de los derechos humanos, en cuanto a “garantías jurídicas universales que protegen a los ciudadanos y a los grupos frente a las acciones que pueden menoscabar las libertades fundamentales y la dignidad humana”⁴ y al ubicarse como un derecho humano, pero también social, presenta las características de un derecho inalienable, irrenunciable e inextinguible.

La seguridad social aparece en México en 1917 con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la llamada “Constitución social”, por incorporar los primeros derechos sociales en los artículos 3, 27 y 123 por primera vez. En la fracción XXIX del artículo 123 apareció el primer esbozo de la seguridad social bajo la modalidad de cajas de seguros populares para los trabajadores del sector privado, que más adelante daría lugar a la expedición de una ley de seguro social de utilidad pública, que fue promulgada en 1943, bajo el nombre de Ley del Seguro Social, trayendo consigo la creación del organismo encargado de brindar la protección y servicios a toda la población: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

Por su parte, para los trabajadores al servicio del Estado existía la Dirección General de Pensiones Civiles y de Retiro, organismo público descentrali-

³ Moreno Padilla, Javier, “Protección social y seguro social”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Tena Suck, Rafael (coords.), *Temas selectos de...*, cit., p. 372.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, Francia, el 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (fecha de consulta: 24 de septiembre de 2018).

zado con personalidad jurídica propia que surgió en 1925 (incluso, antes que el IMSS) con la expedición de la Ley General de Pensiones Civiles y Retiro, cuya finalidad era la administración de recursos de los trabajadores. Posteriormente, la Dirección se transformó en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado a partir de la expedición de la ley de dicho instituto, el 28 de diciembre de 1959.⁵

Como se mencionó anteriormente, no fue hasta 1960 cuando se contempló la protección a los trabajadores al servicio del Estado a través de la incorporación del apartado B al artículo 123 constitucional, surgiendo las primeras bases normativas de la seguridad social para este tipo de empleados, no obstante las facultades de las entidades federativas y municipios para legislar en materia burocrática, lo que trajo como consecuencia una concepción diversa de la relación que tienen las autoridades públicas con sus empleados.

Así, tenemos, por un lado, diversas legislaciones que regulan las relaciones de los trabajadores al servicio de las entidades, de municipios, de organismos descentralizados, y por otro, leyes de seguridad social para este tipo de régimen laboral, sin dejar de lado los múltiples seguros sociales encargados de brindar este servicio público a los derechohabientes. La problemática radica en que cada legislación, en la que se reconocen de manera diferenciada los derechos de seguridad social, implica la disminución y, en ocasiones, el nulo acceso a este derecho humano.

Atendiendo a sus principios, la seguridad social es un derecho universal, pues la protección se brinda a toda persona sin importar la existencia de un vínculo laboral, y en el caso de los trabajadores, no debe estar sujeta a la calidad de trabajador ordinario o de trabajador burocrático, pues atendiendo a su fundamento constitucional, se encuentra previsto que ambos son protegidos, inclusive, a los que desempeñan labores de confianza. Según la doctrina, el principio rector de la seguridad social se entiende como el "...derecho que tiene toda persona por el hecho de ser humano a la seguridad social",⁶ el cual se apoya en principios operacionales y generales, siendo los primeros: la asistencia médica; el ingreso social de compensación; el ingreso que reemplaza el que se ha perdido y la inserción, reinstalación y valorización de los recursos

⁵ Guerrero Martínez, Daniel Enrique, *La Ley del ISSSTE de marzo de 2007: el nuevo régimen de seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado*, México, Senado de la República e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008, pp. 25-27.

⁶ Sánchez Castañeda, Alfredo y Morales Ramírez, María Ascensión, *El derecho a la seguridad social y a la protección social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 17.

humanos,⁷ lo que significa que como consecuencia de este derecho inherente a toda persona se contempla una protección que abarca los aspectos antes mencionados.

De este modo, abordaremos el derecho a la igualdad y no discriminación, que dentro de sus múltiples variantes se encuentra la no discriminación en el empleo. Este derecho trasciende, inclusive, a la forma de tener acceso a las prestaciones laborales; por ejemplo, las de seguridad social.

Lo que acontece para los trabajadores que desempeñen sus actividades de manera temporal, es que las prestaciones que recibe son limitadas, e incluso nulas, y ello atiende a la naturaleza de su nombramiento. Debe señalarse que en todas las legislaciones burocráticas se contemplan diversas modalidades de los nombramientos otorgados a los trabajadores; por mencionar algunos: por obra o tiempo determinado, interino, provisional, y aun cuando las funciones que realicen puedan ser de base o de confianza, impera la temporalidad del nombramiento, y por tanto, que dichos empleados queden excluidos de la aplicación de las leyes de seguridad social correspondientes.

En materia de derechos humanos, el artículo 1o. constitucional señala que se reconocen aquellos contenidos en la Constitución federal, así como los establecidos en tratados internacionales en los que México sea parte, y en forma paralela, se establecen obligaciones a cargo del Estado de respetar, promover, proteger y garantizar estos derechos a través de los ordenamientos secundarios, para que de esta forma se salvaguarden principios y derechos que dotan de orden y congruencia al sistema jurídico. Uno de estos derechos es el de seguridad social, que forma parte de los llamados derechos sociales.

Tenemos que la CPEUM, en el artículo 123, apartado B, señala que la seguridad social cubre los accidentes y enfermedades profesionales y no profesionales, maternidad, jubilación, invalidez, vejez y muerte; asimismo, la fracción XIV establece de manera expresa que las personas que desempeñen cargos de confianza disfrutarán de medidas protectoras del salario y de los beneficios de seguridad social. Mientras tanto, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en su artículo 3o., define al trabajador como toda persona que preste un servicio físico, intelectual o de ambos géneros, en virtud de un nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales.

Es así que desde la Constitución federal se señala qué es lo que debe comprender este derecho, y que se hace extensivo a todos los trabajadores, tanto

Ibidem, p. 18.

trabajadores de base y de confianza, y, por su parte, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en la definición anterior no excluye de su aplicación a los trabajadores por su temporalidad, sino que los contempla en la definición general de trabajador, y *a contrario sensu*, a nivel local es el tiempo de prestación de servicios lo que determina, de manera discriminatoria, si son sujetos de protección en las diversas leyes secundarias.

Atendiendo a la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, existe un problema de eficacia en los derechos sociales al carecer de mecanismos que hagan efectivo su acceso:

...el problema de los derechos sociales es que no se han visto acompañados por garantías judiciales adecuadas... Lo que se ha hecho en materia de derechos sociales por los llamados Estados del bienestar no ha sido lo correcto, en tanto que han proliferado la burocracia, la discrecionalidad administrativa, el juego no regalado de los grupos de presión, el clientelismo, las sedes extralegales de solución de conflictos, la no transparencia del poder público; es decir, un Estado paternalista, burocrático, incapaz de ofrecer satisfacción a los derechos sociales.⁸

En este sentido, la seguridad social para los trabajadores al servicio del Estado presenta una cobertura limitada a aquellos que prestan servicios de manera temporal; es desigual en cada una de las entidades al brindar servicios y prestaciones diferentes a personas con riesgos análogos, lo que se debe, principalmente, a las condiciones laborales a las que se encuentran sujetos. Lo anterior se desprende de las legislaciones de Jalisco, Campeche, Oaxaca, Quintana Roo, entre otras, en las que se atenta contra el derecho de todo trabajador de ser sujeto de protección de la seguridad social, así, como el de igualdad y no discriminación, al considerar la temporalidad del nombramiento como una condición que conduce a su exclusión.

III. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En México, la seguridad social encuentra su fundamento en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX al establecer que la Ley del Seguro Social es

Ferrajoli, Luigi, en Cárdenas García, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 87 y 88.

de utilidad pública y que comprende diversos seguros, como el de invalidez, vejez, vida, cesantía, enfermedades, accidentes, guarderías y cualquier otro “encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”.⁹ De la literalidad del texto se puede apreciar que, en principio, la seguridad social no se encuentra condicionada o dirigida a un sector determinado de trabajadores, mucho menos restringida, pues se señala para todos los trabajadores, inclusive se hace extensiva a sus familias.

Por otro lado, en las fracciones XI y XIV del apartado B se establecen las bases mínimas de la seguridad social para los trabajadores al servicio del Estado, mismas que de forma específica se detallan en la fracción XI, y que comprende la protección contra accidentes y enfermedades profesionales, no profesionales, maternidad, jubilación, invalidez, vejez, muerte, asistencia médica, medicinas, habitaciones, licencias, centros para vacaciones, de recuperación y tiendas económicas, tanto para los trabajadores como para sus familias. Mientras que la fracción XIV señala la garantía de seguridad social para los trabajadores de confianza.

Por su parte, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que es reglamentaria del artículo 123, apartado B, en su artículo 3o. establece que son de carácter obligatorio los seguros de salud (que comprende atención médica preventiva, atención médica curativa y de maternidad, y rehabilitación física y mental); de riesgos de trabajo; de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y de invalidez y vida.

No obstante la normativa de carácter federal, los trabajadores de las entidades federativas, municipios, organismos descentralizados, entre otros, en materia de seguridad social, se encuentran sujetos a las disposiciones previstas en las leyes específicas en cada entidad, además de las que regulan regímenes burocráticos especiales, como fuerzas armadas, policías, entre otros; sin embargo, representa una obligación para el Estado la prestación de este servicio, por tratarse de un derecho social.

En el ámbito internacional, los derechos sociales son considerados cada vez con más fuerza por el conjunto de tratados y convenciones que trascienden, incluso, a su derecho interno. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9o., establece que los Es-

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf (fecha de consulta: 1o. de octubre de 2018).

tados miembros tienen la obligación de garantizar a toda persona el derecho a la seguridad social a fin de proteger su dignidad humana, pues contribuye a la supervivencia de aquélla como de sus familias, al desarrollo personal, a la realización plena, a la integración social y cultural.¹⁰

El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹ Ello significa que en cada Estado deben adoptarse las medidas necesarias para que el servicio público de la seguridad a su cargo cumpla con las necesidades mínimas de la población, y, para el caso de ser insuficientes o implementar nuevos planes y programas, se debe contemplar la posibilidad de adoptar convenios, tratados o acuerdos regionales e internacionales para hacer efectivo este derecho. Por su parte, el artículo 25 de la citada Declaración se refiere al derecho de toda persona a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos que impliquen la pérdida de los medios de subsistencia.

El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la seguridad social (norma mínima), insta a los Estados para que al momento de ratificar el Convenio garanticen por lo menos tres de las nueve ramas de prestaciones (asistencia médica de carácter preventivo o curativo; las prestaciones monetarias de enfermedad; por desempleo; de vejez; en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional; prestaciones familiares; de maternidad; invalidez, y de sobrevivientes), y, posteriormente, observar las obligaciones derivadas de otras ramas, a fin de cumplir con los propósitos del convenio y lograr el desarrollo progresivo de la protección que brinda a las personas.¹²

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (fecha de consulta: el 1o. de octubre de 2018).

¹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (fecha de consulta: 1o. de octubre de 2018).

¹² Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima) núm. 102, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra el 28 de junio de 1952, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247 (fecha de consulta: 2 de octubre de 2018).

como Pacto San Salvador, en su artículo 9o. contempla a la seguridad social como un derecho humano dentro del grupo de los llamados derechos sociales, mediante el cual una persona debe recibir protección frente a circunstancias que constituyan para ésta una limitación física o mental, como la desocupación, la vejez o la incapacidad, que impida la obtención de medios suficientes para lograr una vida digna. Asimismo, proporciona una segunda visión de este derecho, pues lo considera no sólo como aquel que es inherente a toda persona por el simple hecho de serlo, sino como consecuencia directa de contar con un trabajo, pues el segundo párrafo del artículo 9o. que en el caso de los trabajadores, la protección debe incluir por lo menos atención médica, un subsidio o jubilación, licencia de maternidad y el seguro de sobrevivencia para los descendientes de los trabajadores.¹³

De lo anteriormente señalado se puede observar que los diversos convenios, pactos y declaraciones reconocen como derecho fundamental, el derecho a la seguridad social, basado en la igualdad, en la dignidad humana, en la no discriminación, que debe imperar como característica de todo derecho reconocido; sin embargo, en la normativa interna del país vemos que las disposiciones regulan, en un sentido diverso, los alcances de este derecho, al grado de reconocer parcialmente en beneficio de un trabajador burócrata o excluirlo por completo de los regímenes de protección.

IV. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ENTIDADES FEDERATIVAS

Para la realización del presente apartado se examinaron las legislaciones burocráticas y de seguridad social de las 32 entidades federativas, incluyendo la Ciudad de México, con objeto de identificar dos aspectos:

1. La clasificación de los trabajadores burócratas que se prevé en cada entidad (indicador 1).
2. La exclusión o excepción en la aplicación de las leyes de seguridad social que se establece para ciertas categorías de trabajadores (indicador 2).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (fecha de consulta: 2 de octubre de 2018).

Con relación al segundo punto, se analizó no sólo que los ordenamientos prevén un trato diferente a determinadas categorías de trabajadores, sino además se buscó detectar si de forma expresa se señala algún criterio que justifique dicha distinción. Un total de 71 leyes que regulan las relaciones laborales y las prestaciones de seguridad social de los trabajadores de cada entidad federativa, ayuntamientos, instituciones descentralizadas, organismos autónomos nos permitió estudiar diversas formas de clasificar a su personal, ya sea por el tipo de actividades que realizan, o por la duración en el servicio, la forma de contratación y de pago.

Sobre las categorías de trabajadores, se puede apreciar que existe diversidad en la denominación que reciben los trabajadores, haciendo distinciones, dependiendo del tipo de actividades que desempeñan (base o de confianza), de acuerdo con la temporalidad (eventuales, interinos, emergentes) y con relación a la legislación aplicable al contrato de que se trate (civil o mercantil).

Por lo que hace a la seguridad social, la legislación es explícita al momento de establecer quiénes son los sujetos de excepción a su aplicación; por un lado, de manera total al no considerarlos como trabajadores y sujetos de los beneficios que la ley otorga, y, por otro, de manera parcial, al señalar algunos casos en los que sólo serán sujetos de protección siempre que medie convenio para su afiliación a la institución de seguridad social de que se trate, o que sólo se verán beneficiados de algún tipo de seguro para cubrir determinados imprevistos.

Para facilitar el seguimiento del análisis¹⁴ se desarrollan los siguientes puntos.

1. *De los trabajadores de base y de confianza*

Como puede observarse, la mayoría de las legislaciones burocráticas en las entidades federativas contemplan ambas categorías, estableciéndose de manera genérica esta distinción en razón de la naturaleza de las actividades que ejecuten los trabajadores, y no por la simple denominación que se le dé al puesto. Para ambos se garantiza el derecho a la seguridad social, señalándose de manera particular que a los trabajadores de confianza les son respetadas las medidas de protección al salario y de seguridad social.

Véase tabla de resultados de los anexos.

INDICADOR 1 CLASIFICACIÓN DE TRABAJADORES BUROCRÁTICOS CONFORME A LAS LEGISLACIONES BUROCRÁTICAS LOCALES	
<i>Categoría</i>	<i>Entidades federativas</i>
De base	Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.
De confianza	Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

Un caso particular es el que se presenta en el estado de México, el cual contempla las categorías de “generales” y de “confianza”, siendo la única entidad que omite la categoría de “base”. También es de señalarse las variaciones que sufren las denominaciones; por ejemplo, en Coahuila y Tamaulipas existen los trabajadores “de base sindicalizados”.

INDICADOR 1 CLASIFICACIÓN DE TRABAJADORES BUROCRÁTICOS CONFORME A LAS LEGISLACIONES BUROCRÁTICAS LOCALES	
Generales	Estado de México
De base sindicalizados	Coahuila y Tamaulipas.

2. *Los trabajadores eventuales, supernumerarios, por obra, y tiempos determinados y similares*

Una práctica acostumbrada es la contratación que realiza el Estado para hacerse de trabajadores que ejecuten actividades de carácter eventual o especializadas, lo que implica para el Estado patrón evitar sostener una relación de trabajo permanente con aquéllos y crear categorías diversas para denominarlos. La siguiente tabla muestra cómo varían en cada entidad las formas de

denominar a los trabajadores que prestan servicios por tiempos determinados, de manera transitoria o bajo la permanencia de la partida presupuestal que corresponda.

INDICADOR 1 CLASIFICACIÓN DE TRABAJADORES BUROCRÁTICOS CONFORME A LAS LEGISLACIONES BUROCRÁTICAS LOCALES	
Supernumerarios	Baja California Sur, Campeche, Colima, Durango, Quintana Roo, Sinaloa y Tamaulipas.
Temporales	Aguascalientes, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Puebla y Zacatecas.
Accidentales	Aguascalientes.
Interinos	Chiapas, Guanajuato y Tlaxcala.
Eventuales	Chiapas, Chihuahua, Morelos, Querétaro y San Luis Potosí.
Extraordinarios	Chihuahua y Tamaulipas.
De obra y tiempo determinado	Tabasco y Tlaxcala.

En el caso de Jalisco, los trabajadores se clasifican bajo dos criterios: por la naturaleza de la función y por la temporalidad del nombramiento, entre los que se encuentran los definitivos, temporales (generalmente conocidos como supernumerarios), que a su vez se dividen en interinos, provisionales, por tiempo y obra determinada,¹⁵ por lo que el solo hecho de tener dicho carácter, automáticamente los coloca al margen de la protección de la Ley del Instituto de Pensiones del Estado de Jalisco.

La contratación por tiempo u obra determinada, de conformidad con diversas legislaciones, atiende a varios supuestos: cuando lo exige la naturaleza del trabajo; la sustitución de un trabajador de forma temporal (como los interinos), y en el caso de incremento de trabajo por temporadas. Sin embargo, la contratación de este tipo de personal en la práctica no se ajusta a los criterios señalados, a pesar de ser una figura muy utilizada, pues en ocasiones la materia o necesidad del servicio subsiste y se transforma en servicios transitorios.

Con relación a la aplicación de las normas de seguridad social, el factor de temporalidad de la relación de trabajo impacta en gran medida para el disfrute

¹⁵ Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco, artículo 3o., disponible en: <https://www.jalisco.gob.mx/sites/default/files/ley-servidores-jalisco.pdf> (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2018).

de los beneficios de este servicio público, así como en el derecho humano mismo. De la siguiente descripción de las legislaciones se advierte que se alejan de los principios que rigen para la observancia de este derecho, pues se excluye de los beneficios a los trabajadores temporales, eventuales, transitorios y similares, dejando en completa desprotección a un número considerable de servidores públicos, no obstante de la existencia de una relación de trabajo con una subordinación, por lo que deben ser sujetos de aseguramiento sin importar el tiempo de la relación que se trate, pues son de igual forma propensos a los riesgos que todo servidor está expuesto durante la prestación del servicio.

INDICADOR 2 EXCLUSIÓN-EXCEPCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN BUROCRÁTICA LOCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Entidad federativa</i>	<i>Exclusión o excepción de aplicación de la normatividad</i>
Campeche	Los contratados bajo la legislación común o sujetos a honorarios, trabajadores eventuales y de lista de raya.
Coahuila	Los que se encuentran sujetos a honorarios, por contrato de obra, contrato civil, interinatos, trabajadores de la educación, los que prestan servicios eventuales.
Jalisco	Los que prestan servicios mediante contrato por tiempo y obra determinados y por contrato civil.
Michoacán	Los que prestan servicios por obra o a plazo fijo, a lista de raya, eventuales o emergentes y los sujetos a honorarios.
Nayarit	Los que prestan servicios por tiempo y obra determinados y los sujetos a la legislación común.
Nuevo León	Los que prestan servicios por honorarios o contrato civil, eventuales con vigencia menor a seis meses y los que prestan servicios por un tiempo menor a diez horas semana-mes.
Oaxaca	Los que prestan servicios eventuales, los que cotizan en un régimen distinto al previsto en la ley y los que perciban honorarios.
Puebla	Los que prestan servicios por honorarios, contrato de legislación común (excepto que medie convenio), contratos eventuales menores a seis meses. Aquellos que ingresen al servicio por primera vez y hayan cumplido cincuenta años sólo tienen derecho al servicio médico.

<i>Entidad federativa</i>	<i>Exclusión o excepción de aplicación de la normatividad</i>
Quintana Roo	Los que prestan servicios por honorario, contrato civil y trabajadores eventuales.
Tabasco	Los prestadores de servicios profesionales, contratados por la legislación civil y trabajadores eventuales (salvo convenio).
Yucatán	Los que prestan servicios por contrato civil o laboral, trabajadores a lista de raya y los que prestan servicios eventuales o emergentes.

De la tabla anterior se observa que las legislaciones de forma expresa excluyen a un gran número de categorías de trabajadores en razón de nombramientos asignados de forma temporal, lo que crea, por un lado, la incertidumbre respecto de su estabilidad en el empleo, pues el trabajador desconoce si será contratado nuevamente, y, por otro lado, se ve afectado, porque no le resultan aplicables las disposiciones de seguridad social, o sólo de forma parcial, como es el caso de Nuevo León, donde los trabajadores eventuales con un tiempo menor de seis meses sólo tienen derecho al seguro de enfermedades y de maternidad,¹⁶ o sólo el seguro médico, mediante convenio en Puebla¹⁷ y Tabasco.¹⁸

Del mismo modo, los trabajadores en lista de raya se ven excluidos en ciertas legislaciones. Como es de recordar, la lista de raya controla a los trabajadores temporales por obra o tiempo determinado, lo que significa que aquel que desarrolle actividades en dicha modalidad no será acreedor de las prestaciones y servicios de seguridad social. Otros factores, claramente discriminantes, es que las propias leyes establecen que no consideran como servidores públicos o trabajadores a las personas trabajadoras de manera eventual.

¹⁶ Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Nuevo León, artículo 4o., disponible en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20DEL%20SERVICIO%20CIVIL%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2018).

¹⁷ Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado de Puebla, artículo 4o., disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Puebla/no96681.pdf> (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2018).

¹⁸ Ley de Seguridad Social del Estado de Tabasco, artículo 2, disponible en: <https://transparencia.tabasco.gob.mx/media/CGDRPE/2015/4/295049.pdf> (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2018).

Sin importar la categoría que el trabajador desempeñe (de base o de confianza), mientras se expidan nombramientos temporales o se asimilen relaciones laborales a una mera prestación de servicios profesionales, como se ha podido analizar en las legislaciones anteriores, a los trabajadores se les vulnera total o parcialmente el derecho a la seguridad social.

El problema no sólo estriba en la exclusión de estos servidores públicos, sino que atendiendo a los textos normativos no se contempla la obligatoriedad de su inscripción, por lo que al prolongarse ésta se deja en incertidumbre al servidor público sobre los derechos que trae aparejados el hecho de cotizar en un seguro social, como lo son la pérdida de la oportunidad de generar semanas cotizadas, y que a la postre genere el derecho a una pensión, así como el gozar de prestaciones económicas y en especie que garanticen un nivel de vida digno para el servidor público y su núcleo familiar ante una contingencia, como lo puede ser un riesgo de trabajo, una enfermedad profesional o general, la maternidad, la invalidez o vejez, la cesantía, y en ocasiones la muerte.

V. LOS CONTRATOS REGULADOS POR LA LEGISLACIÓN CIVIL Y LOS RÉGIMENES BUROCRÁTICOS ESPECIALES

A manera de referencia, se hace alusión a este tipo de trabajadores, que en virtud de la relación contractual o por disposición de ley se encuentran como caso de excepción a la legislación de seguridad social en el ámbito burocrático. Por regla general, el nombramiento es la forma más usual de nacimiento de la relación laboral entre el Estado y sus trabajadores para la prestación de los servicios necesarios, para dar cumplimiento con sus funciones.

Como excepción se encuentra la contratación de profesionistas, con los que se establece una relación de naturaleza civil o mercantil, según el caso. Sin embargo, puede acontecer que el Estado utilice este tipo de contratación para evitar dar cumplimiento a sus obligaciones como patrón, por lo que decide crear relaciones de tipo administrativo o civil bajo el régimen de honorarios, asimilados al salario, y de esta manera no inscribir a su personal a los institutos encargados de la seguridad social.

Respecto a los regímenes burocráticos especiales, la normatividad señala que éstos se verán regulados por su propia legislación, como los trabajadores de la educación y de instituciones policiales, por lo que sus regímenes de seguridad social también serán determinados por dicha legislación.

VI. LA INCERTIDUMBRE DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR SALUD

Un grupo de trabajadores que se ha visto afectado es el personal eventual que cubre incidencias de las secretarías de Salud en las entidades federativas. Algunas de estas personas contaban con más de quince años laborando bajo esta categoría sin reconocerles el derecho de obtener una plaza o base dentro de la dependencia, lo que los colocaba en una situación de incertidumbre ante la falta de prestaciones laborales, así como prestaciones en materia de seguridad social.

Las condiciones en las que laboraban tanto médicos, enfermeros, administrativos y supernumerarios de la Secretaría de Salud de Jalisco eran precarias. A los trabajadores de hospitales, como Valentín Gómez Farías (dependiente del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales), se les negaba la atención médica y, a otros, que laboraban en el Hospital General de Occidente, no recibían su salario en las condiciones pactadas,¹⁹ por lo que la necesidad de que el gobierno asegurara a sus empleados los derechos que les corresponde como cualquier otro trabajador se convirtió en una exigencia social.

Como consecuencia, los trabajadores decidieron agruparse y formar un sindicato, realizar protestas y dar a conocer las condiciones en las que desarrollan sus actividades bajo esquemas de contratación que vulneran derechos laborales. Israel González González, uno de los líderes del Sindicato Independiente del Sector Salud, por sus siglas SISS, manifestó que es común que las autoridades del sector salud contraten en demasía a personal supernumerario para evitar responsabilidades y obtener el mismo trabajo a cambio de pagar menos; además, señaló: “Ya se acostumbraron a que el trabajador supernumerario les haga el trabajo sin tener derecho a ninguna prestación, con pagos incompletos”.²⁰

El pasado 17 de mayo de 2017, el gobierno de Jalisco anunció la creación de 101 plazas de base a una parte del personal cubreincidencias, que se otorgarían bajo los criterios establecidos en la convocatoria respectiva, entre los cuales destaca la categoría, antigüedad y acreditación del nivel profesional del aspirante. En palabras del líder de la sección 28 del Sindicato Nacional de

¹⁹ “Empleados de segunda en el sector salud”, *Proceso*, 11 de enero de 2014, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/362154/empleados-de-segunda-en-el-sector-salud> (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2018).

²⁰ *Idem*.

Trabajadores del Sector Salud, Jesús López Ponce "...a partir del momento que se les dé el nombramiento con su nuevo estatus, ellos dejarán de ser trabajadores de contrato eventual y tendrán todas las prestaciones de una plaza de base".²¹ Sin duda, esto representa un logro para este grupo de trabajadores, con el propósito de regular su situación laboral; significa crear certidumbre para el trabajador burócrata.

Esto sólo es una parte de la realidad en la que se desenvuelven los trabajadores sujetos a regímenes y categorías que limitan o restringen por completo su derecho humano a la seguridad social, pues resulta más preocupante el hecho de que se traduce en la afectación a uno de los servicios más básicos para la sociedad como lo es el de salud, lo que a futuro desmotiva al trabajador en la prestación de sus servicios, al verse vulnerado en sus derechos más mínimos.

¿Qué sucede en otras entidades? En Zacatecas, desde 2013, las protestas de trabajadores eventuales de los servicios de salud aumentaban, pues venían laborando por más de seis años sin recibir seguridad social y percibían ingresos muy bajos. Enfermeras, médicos y administrativos señalaron que se les recomendaba afiliarse al Seguro Popular "pero todo mundo sabe que no sirve", "más de 50 por ciento de las enfermeras y los médicos somos eventuales..."²² comentaban.

Para 2017, un tema que se volvió parte importante de la agenda pública del gobierno zacatecano fue otorgar seguridad social para los trabajadores del Seguro Popular, y que no sólo afectaba a esa entidad, sino a las demás, por lo que era necesario un análisis de todas las legislaciones en la materia.²³

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

A manera de conclusión, del análisis realizado se advierte que las legislaciones antes expuestas son contrarias a lo previsto por la Constitución federal

²¹ Secretaría de Salud del Estado de Jalisco, "Anuncia SSJ 101 plazas de base para cubrir incidencias", 17 de mayo de 2017, disponible en: <https://sj.jalisco.gob.mx/prensa/noticia/6916> (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2018).

²² "Trabajadores del sector salud de Zacatecas, sin seguridad social ni estabilidad laboral", *La Jornada*, 10 de septiembre de 2013, <https://www.jornada.com.mx/2013/09/10/estados/032n1est>, consultado el 25 de noviembre de 2018.

²³ *La Jornada Zacatecas*, sitio web, nota periodística "Tema prioritario, dar seguridad social a trabajadores de Seguro Popular: López", del 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://ljz.mx/2017/10/24/tema-prioritario-dar-seguridad-social-a-trabajadores-de-seguro-popular-lopez/> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018).

y tratados internacionales en materia de seguridad social, pues los servidores públicos que prestan sus servicios con carácter de eventual, temporales, supernumerarios, por obra o tiempo determinado, no tienen acceso a las prestaciones de seguridad social que se les brinda a aquellos de base o de confianza, lo que desde luego es discriminatorio, pues se toma como referente para hacer dicha distinción la temporalidad del nombramiento que se les otorga, lo que lleva a confirmar la hipótesis planteada.

Toda persona tiene derecho a un trabajo digno, el cual comprende, entre otros aspectos, el acceso a la seguridad social. Aun cuando los trabajadores al servicio del Estado desempeñan una obligación mediante cargo o comisión, a su vez son sujetos de derechos laborales y de seguridad social. Dichas prestaciones son irrenunciables, y en términos del artículo 123, apartado B, es obligación de las entidades o dependencias, asegurar el acceso a la seguridad social, con independencia del tipo nombramiento que se les otorgue.

Los principales argumentos que lleva a justificar la distinción y exclusión a ciertos servidores públicos respecto del acceso a la seguridad social radican en la calidad que tiene el servidor, y, por otro lado, el discurso político-financiero, en el sentido de la inviabilidad de otorgar prestaciones a todo el personal de cada dependencia; sin embargo, las anteriores manifestaciones carecen de sustentabilidad.

Lo anterior se afirma porque ha quedado establecido en múltiples convenios internacionales que la seguridad social, como derecho humano, debe ser garantizado a toda persona por el simple hecho de serlo, por lo que no puede incidir en su reconocimiento el hecho de tener la calidad de trabajador público o privado, pues es un derecho reconocido a nivel constitucional, que implica el acceso a una serie de prestaciones mínimas que puede ser extensivas, pero no disminuidas, en leyes secundarias; ello, en atención al principio de progresividad de los derechos humanos. En el mismo sentido, vista la seguridad social como un derecho de carácter prestacional, es un servicio público a cargo del Estado, por lo que éste es el primer responsable y único garante de aquél, y aunado a la calidad de patrón respecto a los servidores públicos debe garantizarlo y costearlo, por lo que si no puede hacer frente a esta exigencia social a través de los seguros sociales burocráticos, habrá que considerar la prestación de este servicio por conducto del IMSS y, en su caso, de instituciones de carácter privado.

En este sentido, las dependencias deben realizar las modificaciones necesarias para llevar a cabo la inscripción de los trabajadores temporales, even-

tuales, supernumerarios o bajo el nombre asignado, ante la institución de seguridad social correspondiente y realizar las aportaciones respectivas en su carácter de patrón. De esta manera, el aspecto económico se verá reforzado, pues serán las aportaciones tanto del Estado patrón como de sus trabajadores las que se vean reflejadas en los ingresos de los organismos de seguridad social.

Como propuesta de solución a esta problemática se plantea el análisis de una reforma en cada uno de los cuerpos normativos que contemplan esta distinción, a fin de eliminar esta práctica legislativa, que deja en desamparo a dichos servidores. El ejemplo más sencillo es armonizar las legislaciones locales con su análoga a nivel federal, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, que en su artículo 6o., fracción XXIX, establece quiénes tienen el carácter de trabajador para efectos de la aplicación de la ley, y de forma expresa señala que son los que “presten sus servicios en las Dependencias o Entidades, mediante designación legal o nombramiento, o por estar incluidas en las listas de raya de los trabajadores temporales”,²⁴ y que incluso se hace extensiva al personal contratado bajo la legislación civil. De esta manera, al armonizar la normatividad secundaria se evitaría dejar en desprotección al personal que por su condición de trabajador temporal se ha visto excluido en los términos que se han discutido previamente.

La condición para tener una regulación de las condiciones laborales en el empleo público es la observancia de principios y derechos bajo la perspectiva de no discriminación, lo que implica que para todos los trabajadores se debe reconocer el derecho a la seguridad social, con independencia de las actividades que desarrollen y la temporalidad de su encargo; ello, para que exista armonía y congruencia con la legislación federal y con los tratados internacionales, aclarando que lo antes propuesto no implica, necesariamente, la pérdida de la autonomía de las entidades federativas con relación a su facultad de legislar en materia burocrática. Recordemos que la seguridad social es un derecho social a cargo del Estado y exigible a éste, por lo que es necesario crear mecanismos para su acceso.

²⁴ Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 31 de marzo de 2007, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE_220618.pdf (fecha de consulta: 20 de octubre de 2018).

VIII. FUENTES

- ARCE CANO, Gustavo, *De los seguros sociales a la seguridad social*, México, Porrúa, 1972.
- CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- GUERRERO MARTÍNEZ, Daniel Enrique, *La Ley del ISSSTE de marzo de 2007: el nuevo régimen de seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado*, México, Senado de la República-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y TENA SUCK, Rafael (coords.), *Temas selectos de derecho laboral. Liber amicorum: homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *El nuevo derecho de la seguridad social*, México, Porrúa, 2017.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo y MORALES RAMÍREZ, María Ascensión, *El derecho a la seguridad social y a la protección social*, México, UNAM-Porrúa, 2014.

Informáticas

- La Jornada*, “Trabajadores del sector salud de Zacatecas, sin seguridad social ni estabilidad laboral”, del 10 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2013/09/10/estados/032n1est>.
- La Jornada Zacatecas*, “Tema prioritario, dar seguridad social a trabajadores de Seguro Popular: López”, del 24 de octubre de 2017, disponible en: <http://ljz.mx/2017/10/24/tema-prioritario-dar-seguridad-social-a-trabajadores-de-seguro-popular-lopez/>.
- Proceso*, “Empleados de segunda en el sector salud”, del 11 de enero de 2014, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/362154/empleados-de-segunda-en-el-sector-salud>.
- SECRETARÍA DE SALUD DEL ESTADO DE JALISCO, “Anuncia SSJ 101 plazas de base para cubrir incidencias”, del 17 de mayo de 2017, disponible en: <https://sj.jalisco.gob.mx/prensa/noticia/6916>.

IX. ANEXOS

TABLA 1

ELABORACIÓN PROPIA CON DATOS DE LA LEGISLACIÓN BUROCRÁTICA LOCAL Y EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

INDICADOR 1 CLASIFICACIÓN DE TRABAJADORES BUROCRÁTICOS CONFORME LAS LEGISLACIONES BUROCRÁTICAS LOCALES	
<i>Categoría</i>	<i>Entidades federativas</i>
De base	Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.
De confianza	Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.
Supernumerarios	Baja California Sur, Campeche, Colima, Durango, Quintana Roo, Sinaloa y Tamaulipas.
Temporales	Aguascalientes, Guanajuato, Guerrero, Jalisco,* Michoacán, Puebla y Zacatecas.
Accidentales	Aguascalientes.
Interinos	Chiapas, Guanajuato y Tlaxcala.
Eventuales	Chiapas, Chihuahua, Morelos, Querétaro y San Luis Potosí.
Extraordinarios	Chihuahua y Tamaulipas.
Funcionarios	Chihuahua.
Generales	Estado de México.

<i>Categoría</i>	<i>Entidades federativas</i>
De base sindicalizados	Coahuila y Tamaulipas.**
Definitivo	Jalisco.
De obra y tiempo determinado	Tabasco. Tlaxcala.

* Trabajadores temporales en Jalisco también llamados supernumerarios.

** En Tamaulipas, la denominación que reciben es de “trabajadores de base sindical”.

TABLA 2
 ELABORACIÓN PROPIA CON DATOS DE LA LEGISLACIÓN
 BUROCRÁTICA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
 EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

INDICADOR 2 EXCLUSIÓN-EXCEPCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN BUROCRÁTICA LOCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Entidad federativa</i>	<i>Exclusión o excepción de aplicación de la normatividad</i>
Aguascalientes	Los contratados por honorarios y los que reciben remuneración conjunta del Estado, Federación y municipios.
Baja California Norte	Los contratados bajo la legislación común o sujetos a honorarios.
Baja California Sur	No se hace exclusión o excepción.
Campeche	Los contratados bajo la legislación común o sujetos a honorarios, trabajadores eventuales y de lista de raya.
Chiapas	Los contratados bajo la legislación común o sujetos a honorarios.
Chihuahua	No se hace exclusión o excepción.
Ciudad de México	
Coahuila	Los que se encuentran sujetos a honorarios, por contrato de obra, contrato civil, interinatos, trabajadores de la Educación,* los que prestan servicios eventuales.
Colima	No se hace exclusión o excepción.
Durango	Los sujetos a contrato civil, mercantil o pago de honorarios.
Estado de México	Los sujetos a contrato civil, mercantil o pago de honorarios.
Guanajuato	No se hace exclusión o excepción.

<i>Entidad federativa</i>	<i>Exclusión o excepción de aplicación de la normatividad</i>
Guerrero	Trabajadores al servicio de entidades paraestatales (salvo convenio), policías, ministerios públicos, peritos, agentes de policía ministerial, custodios y defensores de oficio.**
Hidalgo***	No se hace exclusión o excepción.
Jalisco	Los que prestan servicios mediante contrato por tiempo y obra determinada y por contrato civil.
Michoacán	Los que prestan servicios por obra o a plazo fijo, a lista de raya, eventuales o emergentes y los sujetos a honorarios.
Morelos	No se hace exclusión o excepción.
Nayarit	Los que prestan servicios por tiempo y obra determinada, y los sujetos a la legislación común.
Nuevo León	Los que prestan servicios por honorarios o contrato civil, eventuales con vigencia menor a seis meses**** y los que prestan servicios por un tiempo menor a diez horas, semanales.
Oaxaca	Los que prestan servicios eventuales, los que cotizan en un régimen distinto al previsto en la ley y los que perciban honorarios.
Puebla	Los que prestan servicios por honorarios, contrato de legislación común (excepto que medie convenio), contratos eventuales menores a seis meses. ***** Aquellos que ingresen al servicio por primera vez y hayan cumplido cincuenta años sólo tienen derecho al servicio médico.
Querétaro	No se hace exclusión o excepción.
Quintana Roo	Los que prestan servicios por honorario, contrato civil y trabajadores eventuales.
San Luis Potosí	No se hace exclusión o excepción.
Sinaloa	No se hace exclusión o excepción.
Sonora	Los que prestan servicios por honorario, contrato civil y los menores de dieciséis años.
Tabasco	Los prestadores de servicios profesionales, contratados por la legislación civil y trabajadores eventuales (salvo convenio).
Tamaulipas	No se hace exclusión o excepción.
Tlaxcala	No se hace exclusión o excepción.

<i>Entidad federativa</i>	<i>Exclusión o excepción de aplicación de la normatividad</i>
Veracruz	Los que desempeñan cargo de elección popular, representantes obreros y patronales de las JCA, los que laboren mediante contrato y los que reciben remuneración conjunta del Estado, Federación y municipios.
Yucatán	Los que prestan servicios por contrato civil o laboral, trabajadores a lista de raya y los que prestan servicios eventuales o emergentes.
Zacatecas	Los que prestan servicios por honorario o asimilados al salario, por contrato de prestación de servicios y los trabajadores de lista de raya.

* Trabajadores de la educación se rigen por sus propias leyes.

** Policías, ministerios públicos, peritos, agentes de policía ministerial, custodios y defensores de oficio se rigen por sus propias leyes.

*** Hidalgo no cuenta con legislación autónoma en materia de seguridad social, se prevé un apartado especial en la ley burocrática.

**** Sólo tienen derecho al seguro de enfermedades y maternidad.

***** Sólo tienen derecho a servicio médico mediante convenio.

¿INCREMENTAR LA EDAD LEGAL DE JUBILACIÓN Y EXTENDER LA TRAYECTORIA LABORAL? APUNTES PARA LA DISCUSIÓN SOBRE EMPLEO EN PERSONAS MAYORES EN CHILE*

INCREASING THE FULL PENSION AGE AND EXTENDING
WORKING LIFE? INPUTS FOR THE DISCUSSION
ON EMPLOYMENT AMONG OLDER PEOPLE IN CHILE**

AUGMENTER L'AGE LEGAL DE LA RETRAITE ET PROLONGER
LA VIE ACTIVE? CONTRIBUTIONS A LA DISCUSSION SUR
L'EMPLOI CHEZ LES SENIORS AU CHILI

Ignacio MADERO-CABIB***
Rodrigo PALOMO VÉLEZ****
María Soledad JOFRÉ BUSTOS*****

RESUMEN: Basados en evidencia empírica nacional e internacional, en el presente artículo planteamos una discusión sobre diferentes dimensiones involucradas en las políticas que buscan incentivar el empleo en personas mayores y aplazar la transición a la jubilación en Chile. En concreto,

* Recibido el 8 de enero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Este artículo ha sido realizado en el marco de la ejecución del Proyecto Fondef ID16AM0006 “El maltrato estructural a las personas mayores en Chile. Formulación de un índice multidimensional”, y el Proyecto Fondecyt Iniciación N°1118036 (ambos financiados por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile - Conicyt), y por el Núcleo Milenio para el Estudio del Curso de Vida y la Vulnerabilidad (financiado por la Iniciativa Milenio, Ministerio de Economía de Chile).

*** Instituto de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Núcleo Milenio para el Estudio de Curso de Vida y la Vulnerabilidad (MLIV). Correo electrónico: i.maderocabib@uc.cl.

**** Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Talca (Centrass). Correo electrónico: rpalomo@utalca.cl.

***** Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Talca (Centrass). Correo electrónico: majofre@utalca.cl.



en primer lugar discutimos la actual participación laboral de hombres y mujeres mayores, sus condiciones laborales, y las trayectorias laborales y de cotización a las pensiones de las personas que hoy están próximas a jubilar. En segundo término, nos referimos a la manera en que se ha abordado la extensión de las carreras laborales y el incremento de la edad legal de jubilación en diferentes países. En tercer lugar, discutimos los principales desafíos de salud que actualmente enfrentan las personas mayores en Chile. En cuarto lugar, nos referimos al contexto cultural vinculado al envejecimiento poblacional en este país. Luego de esto, en la conclusión, resumimos los aspectos discutidos y proponemos posibles orientaciones que, desde nuestro punto de vista, debería tener una política pública que busque incentivar la postergación de la jubilación.

Palabras clave: jubilación, empleo, personas mayores, Chile.

ABSTRACT: Based on national and international literature, in this manuscript we discuss different dimensions involved in policies that seek to encourage employment for older persons as well as retirement beyond full pension age. Concretely, we first discuss the current labor force participation of older men and women, their working conditions, and the occupational trajectories and pension contribution histories of individuals who are now close to the retirement age. Second, we refer to the ongoing discussion on the extension of working life and the delay of the full pension age in different countries. Third we discuss the main health challenges that older people in Chile currently face. Fourth, we refer to the cultural context associated with older individuals in this country. Finally, in the conclusion, we summarize the discussed aspects through the manuscript and suggest orientations that, from our point of view, should consider a public policy that seeks to encourage later retirement.

Keywords: retirement, employment, older people, Chile

RESUME: À partir d'une révision exhaustive de la littérature nationale et internationale, ce manuscrit problématise et discute différentes dimensions des politiques visant à encourager l'emploi des personnes âgées ainsi que la retraite au-delà de l'âge légal de la retraite. Concrètement, nous discutons tout d'abord la participation actuelle au marché du travail des hommes et des femmes seniors, leurs conditions de travail, ainsi que les trajectoires professionnelles et l'histoire des cotisations de pension d'individus qui sont proches à la retraite. Deuxièmement, nous nous référons au débat en cours dans plusieurs pays sur l'extension de la vie active et le repoussement de l'âge de la retraite. Nous aborderons ensuite

les principaux défis de santé auxquels sont confrontées les personnes âgées au Chili. Quatrièmement, nous faisons référence au contexte culturel associé aux personnes âgées dans ce pays. Enfin, dans la conclusion, nous résumons les aspects discutés dans le manuscrit et proposons des orientations qui, de notre point de vue, devraient envisager une politique publique visant à encourager la retraite tardive.

Mots-clés: retraite, emploi, seniors, personnes âgées, Chili.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto laboral y de pensiones de las personas mayores en Chile.* III. *La tendencia hacia la extensión de las trayectorias laborales en diferentes países.* IV. *La dimensión de salud de las personas mayores en Chile.* V. *Dimensión cultural de las personas mayores en Chile.* VI. *Discusión y conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas tres décadas, Chile ha experimentado una transición demográfica sin precedentes como consecuencia del aumento de la esperanza de vida y la disminución de las tasas de natalidad. Mientras que en 1990 el 9% de la población tenía más de sesenta años, actualmente este grupo etario representa el 16% de la población total, y se espera que alcance el 25% en 2035, y, además, que dicho año supere a la población menor a quince años.¹

El aumento sustantivo en la esperanza de vida, así como el decrecimiento del número de nacimientos, han conducido (y seguirá conduciendo) a diferentes desafíos para la sociedad. Uno de los más evidentes corresponde a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en la vejez. En Chile, ni los diseñadores ni los responsables administrativos del actual esquema de pensiones de capitalización individual anticiparon adecuadamente la necesidad de que el ahorro de cotizaciones previsionales tuviera que solventar periodos de vida cada vez más extensos, luego de la transición a la jubilación. Según cifras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

Bravo, David y Hughes, E., *Encuesta calidad de vida del adulto mayor e impacto del pilar solidario*, Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales, 2018. Véase también: CEVE UC, *Trabajo y personas mayores en Chile. Lineamientos para una política de inclusión laboral*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018.

(OECD), la edad efectiva de jubilación de las mujeres en este país es en promedio 67.2 años, y 71 años para los hombres. Considerando que la expectativa de vida en Chile actualmente es en promedio 86.6 años para las mujeres y 84.6 años para los hombres, la duración promedio de la jubilación en mujeres es de 19.4 años, y en hombres 13.6 años.

Atendiendo a este contexto, en 2014 el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet mandató a una Comisión Asesora² que identificara las debilidades existentes del sistema de pensiones y sugiriera medidas políticas para superarlas. Los análisis de la Comisión indicaron tres limitaciones principales del sistema de pensiones: bajos ingresos de pensiones, bajas tasas de reemplazo (esto es, el porcentaje que representa la pensión del promedio de los últimos salarios recibidos), y desigualdades de género.

En respuesta a estos desafíos, la Comisión Bravo elaboró varias recomendaciones. Entre otras medidas, propusieron i) fortalecer y ampliar los subsidios públicos para los ingresos de pensiones, tanto en términos de cobertura (del 60% al 80%) como del monto de los ingresos (en un 20%); ii) que no sólo los trabajadores, sino también los empleadores contribuyan a los ahorros de pensión (alrededor del 5% del salario del trabajador); iii) que las personas que trabajan por cuenta propia contribuyan a sus pensiones mediante la promoción de incentivos financieros; iv) que una parte de las contribuciones de los nuevos empleadores se destine a un fondo compartido que beneficie a las personas con menores ingresos por pensiones, y v) reducir las brechas de género igualando la edad de jubilación de hombres y mujeres, así como eliminando el uso de las tasas de mortalidad por género para calcular la pensión mensual individual.³

Adicionalmente, otra de las iniciativas que tanto la mencionada Comisión como otras autoridades políticas han promovido para amortiguar los efectos financieros asociados al envejecimiento de la población consiste en incrementar la edad legal de jubilación y que las personas, así extiendan su vida laboral. Tener carreras laborales más largas e incrementar gradualmente la edad de jubilación permitiría a las personas acceder a una remuneración por mayor tiempo (la mayoría de las veces de un monto superior a una potencial pensión), y, además, aumentar el fondo acumulado de cotizaciones previsionales. Por otra parte, el hecho de que para solventar financieramente

² Conocida como “Comisión Bravo” en atención a su presidente, el economista David Bravo.

³ Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *Informe Final*, Santiago de Chile, Gobierno de Chile, 2015.

la jubilación se acuda a iniciativas vinculadas al mundo del trabajo evidencia la estrecha relación que existe entre el mercado laboral y los sistemas de pensiones.

En la misma línea, recientemente el actual presidente Sebastián Piñera anunció un proyecto de reforma al sistema previsional, que fue ingresado al Congreso el 6 de noviembre de 2018 (Mensaje 171-366, del 29 de octubre de 2018). La reforma reconoce que el sistema actual entrega pensiones de jubilación por debajo de lo esperado, y que uno de los factores que inciden en dicho resultado es el aumento de las expectativas de vida y la necesidad de que las pensiones financien una vejez más extensa. Una de las principales modificaciones propuestas consiste en la promoción de incentivos para postergar la jubilación definitiva del mercado laboral, tales como la posibilidad de realizar retiros parciales de dinero, la cuenta de ahorro previsional, después de la edad legal de jubilación, así como rebajas o eliminación de comisiones de las administradoras de fondos de pensión (AFP) para quienes continúen trabajando una vez cumplida la edad legal para pensionarse.

Independientemente de los argumentos a favor y en contra de políticas públicas que busquen postergar la edad de jubilación, la literatura internacional ha demostrado que este tipo de medidas poseen un efecto altamente positivo en la situación económica de las personas en la vejez. Sin embargo, aunque ello es empíricamente irrefutable, creemos que el proceso de reflexión de política pública en torno a la postergación de la edad de jubilación y a la extensión de las trayectorias laborales debe considerar no solamente los beneficios financieros de continuar con la actividad laboral, sino otros aspectos del mundo del trabajo (por ejemplo, las condiciones y garantías laborales mínimas para las personas mayores), así como otros dominios de vida de las personas mayores, tales como la salud, las diferencias de género, y los cambios culturales y tecnológicos propios del envejecimiento poblacional.

Basados en evidencia empírica nacional e internacional, en el presente artículo planteamos una discusión sobre diferentes dimensiones involucradas en las políticas que buscan incentivar el empleo en personas mayores y aplazar la transición a la jubilación. En concreto, en primer lugar discutimos la actual participación laboral de hombres y mujeres mayores, sus condiciones laborales, y cuáles han sido las trayectorias laborales y de cotización de los individuos que hoy están próximos a la transición a la jubilación. En segundo término, nos referimos a la manera en que se ha abordado la extensión

de las carreras laborales y el incremento de la edad legal de jubilación en diferentes países. En tercer lugar, discutimos los principales desafíos de salud que actualmente enfrentan las personas mayores en Chile. En cuarto lugar, nos referimos al contexto cultural vinculado al envejecimiento poblacional en este país. Luego de esto, en la conclusión, resumimos los aspectos discutidos y proponemos posibles orientaciones que, desde nuestro punto de vista, debería tener una política pública que busque incentivar la postergación de la jubilación en Chile.

II. CONTEXTO LABORAL Y DE PENSIONES DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE

1. *Participación de personas mayores en el mercado laboral*

Los datos de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Casen) en Chile muestran que a partir de 2006, una proporción cada vez mayor de personas mayores participan en la fuerza laboral (tabla 1). Concretamente, el 72.6% de los hombres en el grupo de 60 a 64 años trabajaba en 2006, mientras que en 2017, el 82.5% de ellos se encontraba en el mercado laboral.

Las mujeres han enfrentado una tendencia similar, aunque las tasas de participación en la fuerza laboral son menores. Ello podría explicarse porque la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo en las últimas décadas en Chile ha sido más tardía y, en general, de forma más precaria, atendidas las condiciones laborales que se ofrecen. Así, tradicionalmente, las mujeres han ocupado sectores específicos de producción, como es el de servicios, y con remuneraciones por debajo de las ofrecidas para los hombres. Otro factor relevante es la asociación de la mujer con las tareas relativas al cuidado familiar al traspasarles los costos laborales de la maternidad, lo cual ha tenido un impacto negativo en su inserción al mercado de trabajo.

TABLA 1
 TASA DE PARTICIPACIÓN LABORAL (%) POR GÉNERO Y GRUPO ETARIO⁴

	<i>Grupo etario</i>	<i>2006</i>	<i>2009</i>	<i>2011</i>	<i>2013</i>	<i>2015</i>	<i>2017</i>
Hombre	60-64	72.6	73.7	74.7	78.1	80.6	82.5
	65+	29.4	25.2	26.0	29.4	36.1	38.0
Mujeres	60-64	29.3	27.5	29.1	34.6	37.6	39.9
	65+	9.4	7.4	7.9	9.5	13.3	14.8

Como se observa en la tabla 2, en comparación con el resto de los países de la OECD, la participación laboral de individuos mayores de 65 años en Chile es claramente mayor.⁵

TABLA 2
 TASA DE PARTICIPACIÓN LABORAL (%) DE PERSONAS
 MAYORES DE 65 AÑOS⁶

	<i>1996</i>	<i>2000</i>	<i>2004</i>	<i>2008</i>	<i>2012</i>	<i>2016</i>
Chile	18.7	17.3	17.0	19.8	23.0	24.3
OECD Countries	9.7	9.0	11.0	12.2	13.2	14.4

Una explicación plausible para la alta participación laboral de las personas mayores en Chile corresponde a las necesidades financieras que enfrentan muchos trabajadores sin ahorros previsionales adecuados para su vida posterior, lo cual los obliga a trabajar más allá de la edad legal de jubilación.⁷ De

⁴ Casen, *Adultos mayores (síntesis de resultados)*, Santiago de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, 2017.

⁵ OECD, *Pensions at a Glance 2015: OECD and G20 indicators*, Paris, OECD Publishing, 2015; OECD, *Labour force participation rate (indicator)*, 2017, doi: 10.1787/8a801325-en.

⁶ *Idem*.

⁷ Así también lo ha señalado la OIT, al indicar que Chile es uno de los países de la OECD donde los ingresos de las personas mayores provienen de sus trabajos, y no de una prestación de seguridad social, ILO, *Social Protection for older Persons: Key Policy Trends and Statistics*, 2014, p. 2.

acuerdo con la regulación vigente, las mujeres pueden optar a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años, mientras que los hombres a los 65 años.⁸ Sin embargo, el cumplir con el requisito de edad no significa que, necesariamente, las personas deban acogerse a una pensión y por lo tanto dejar de trabajar. Cumplir la edad de jubilación no constituye una causa legal para poner término al contrato de trabajo, por lo cual, siempre será voluntario continuar trabajando o no. Tampoco pone término al contrato el recibir una pensión de jubilación, ya que ésta no es incompatible con la remuneración que perciba el trabajador con motivo de su contrato, sin perjuicio de que en dicho caso se termina la obligación de cotizar para el sistema previsional.

Dos estudios recientes⁹ indican que mientras las necesidades financieras son el motivo más importante para prolongar la vida laboral, los problemas de salud y otros tipos de deberes son las razones principales para salir del mercado laboral en edades tempranas.

Una de las principales maneras que los adultos mayores en Chile usan para mantenerse activos en el mercado laboral es el trabajo por cuenta propia.¹⁰ En concreto, la Encuesta Nacional de Empleo de 2017 muestra que el 48.6% de los adultos mayores activos trabajan en esta modalidad laboral. Sin embargo, como señala la literatura especializada, la mayoría de los trabajos por cuenta propia entre adultos mayores ocurren en el sector informal (53.7%, específicamente, en Chile)¹¹ lo cual a menudo conduce a condiciones de trabajo precarias y menores ingresos: de acuerdo a registros oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas, mientras la mediana de salarios para todos/as los/as trabajadores/as por cuenta propia en 2017 fue igual 201.177 (295,20 dólares), esta medida para trabajadores dependientes fue de 411.407 (603,68 dólares).¹²

⁸ La legislación vigente permite también la pensión anticipada, en caso de que se cumplan determinados requisitos de ahorro o de condiciones particulares de trabajo, artículos 68 y 68 bis del D. L. 3500.

⁹ Centro UC Políticas Públicas, *Adultos mayores: un activo para Chile*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017; CEVE UC, *op. cit.*

¹⁰ CEVE UC, *op. cit.*

¹¹ Huenchuan, Sandra *et al.*, *Protección y participación en la vejez: escenarios futuros y políticas públicas para enfrentar el envejecimiento en Chile*, Santiago de Chile, CEPAL, 2007; Vives, Alejandra *et al.*, “Envejecimiento y trabajo en Chile: propuesta para el monitoreo de la salud laboral”, *Propuestas para Chile (Concurso Políticas Públicas)*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016; Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Nacional de Empleo, 2017.

¹² En adelante, se indican los montos en pesos chilenos (\$) y dólares americanos (USD), considerando un valor del dólar de referencia, de \$681,5.

2. Condiciones laborales de personas mayores

Un indicador para evaluar las condiciones de trabajo de las personas mayores es el ingreso promedio. Los estudios muestran que en Chile el ingreso promedio de los trabajadores mayores de 65 años corresponde al 67% del ingreso promedio del resto de la población más joven, mientras que en los países de la OECD esta cifra asciende al 86.2%.¹³ Concretamente, según datos oficiales, la mediana de los ingresos laborales de las personas mayores de 65 años es de \$279.759 (USD 410,50), y existe una brecha importante entre hombres (\$320.000 – USD 469,55) y mujeres (\$150.883 – USD 221,40).

Esta situación encuentra su explicación en la propia legislación laboral vigente, que establece una distinción respecto a la remuneración exigible para las personas mayores. Así, al fijarse el monto del ingreso mínimo mensual para todos los trabajadores que cumplan con una jornada ordinaria de trabajo, se señala que las personas mayores de 65 años tienen derecho al 75% de dicho monto que se establece por ley cada año.¹⁴ Por ejemplo, para 2018 el monto del ingreso mínimo mensual para estos trabajadores fue sólo de \$214.999¹⁵ (USD 315,48). La misma distinción se establece para los trabajadores que sean menores de dieciocho años, y el argumento que se ha utilizado para justificar que estos dos grupos etarios puedan obtener una remuneración inferior ha sido la menor productividad que supuestamente los caracteriza.

Claramente se trata de un criterio arbitrario y discriminatorio, que no se condice con las cifras indicadas oficiales, que muestran que una gran proporción de personas mayores de 65 años continúan trabajando,¹⁶ ni tampoco con los instrumentos internacionales relativos a estas materias.¹⁷ Además, como se ha señalado, uno de los motivos por los cuales las personas mayores siguen

¹³ Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *Informe final*, Santiago de Chile, Gobierno de Chile, 2015; OECD. *Pensions at a Glance 2013: OECD and G20 Indicators*, Paris, OECD Publishing, 2013.

¹⁴ Esta restricción aparece por primera vez en la Ley 19.307/1994, pero en la historia de la ley nunca se han explicado los motivos para esta diferenciación.

¹⁵ Ley 21.112, del 24 de septiembre de 2018, que fija el ingreso mínimo mensual desde el 1o. de septiembre de 2018.

¹⁶ Además, esta diferenciación constituiría una vulneración al derecho fundamental a la igualdad. Véase, Rojas, Irene, *Derecho del trabajo, Derecho individual del trabajo*, Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015, p. 271.

¹⁷ La Recomendación 202 de la OIT (2012), sobre los pisos de protección social establece que constituye una de las garantías básicas de seguridad social el otorgar un ingreso para las personas de edad “por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional”.

trabajando cumplida la edad de jubilación es que sus ingresos son insuficientes, obligándolos a mantenerse laboralmente activos para aumentar sus ahorros previsionales, lo cual no se cumpliría si precisamente en esta última etapa laboral su remuneración es inferior a la que percibían en etapas previas de la vida.

El acceso a la capacitación y al perfeccionamiento laboral es otro indicador de las condiciones de trabajo en personas mayores. En un estudio reciente, el 20.8% de los trabajadores mayores en Chile afirmó que les gustaría continuar aprendiendo nuevas competencias relacionadas con el trabajo.¹⁸ Sin embargo, otro estudio indicó que sólo el 4% de los trabajadores de 60 a 74 años ha estado en una sesión de capacitación laboral de ocho horas (o más) durante el último año,¹⁹ lo que da cuenta de las bajas posibilidades de formación que existen en el mercado laboral para las personas mayores. Si este escenario continúa estructurado de este modo, los trabajadores mayores tendrán menos posibilidades de mantenerse en sus puestos de trabajo, o no serán considerados para ocupar nuevos cargos. La capacitación en este sentido es crucial para mantener vigentes las habilidades ocupacionales y, de este modo, permanecer vigentes en los puestos de trabajos o, eventualmente, optar a otros mejores. De lo contrario, los trabajadores mayores serán relegados a ocupaciones cada vez menos desafiantes, las que usualmente presentan condiciones laborales más precarias.

Otra forma de medir las condiciones de trabajo entre las personas mayores es a través de la evaluación de los riesgos para la salud en sus lugares de trabajo. Vives y otros autores²⁰ evaluaron la exposición a riesgos laborales en cuatro dominios diferentes: higiene, ergonomía, seguridad y bienestar psicosocial. Entre otros resultados, encontraron que el 20% de los individuos mayores de setenta años está empleado en trabajos que los obligan a estar expuestos a altas temperaturas y radiación solar (para los hombres, esta cifra aumenta a 37%). Los riesgos ergonómicos más comunes para los trabajadores mayores son las posiciones difíciles, las tareas repetitivas y el trabajo de pie. Con respecto a los riesgos psicosociales en el trabajo, el 20% de las personas mayores cree que el tiempo asignado para el trabajo es insuficiente para reali-

¹⁸ Programa Adulto Mayor UC, *Chile y sus mayores. Resultados Tercera Encuesta Nacional Calidad de Vida en la Vejez*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Caja Los Andes, 2013.

¹⁹ Centro UC, Políticas Públicas, *Adultos mayores: un activo para Chile*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017.

²⁰ Vives, Alejandra *et al.*, *op. cit.*

zar sus tareas adecuadamente, el 50% cree que sus trabajos implican una concentración excesiva, y el 45% declara que sus trabajos son muy agotadores.

Por lo tanto, es razonable concluir que a pesar de los válidos motivos que tienen las personas mayores para mantenerse laboralmente activos, una vez cumplida la edad de jubilación, las condiciones que ofrece actualmente el mercado de trabajo en Chile no son las más apropiadas ni les aseguran garantías mínimas.

3. Trayectorias laborales y de cotización en Chile

Luego de 35 años de su introducción, el sistema de pensiones de capitalización individual ha comenzado a entregar, no exento de críticas, la primera ola de pensiones a personas que cotizaron, casi exclusivamente, en este nuevo esquema.²¹ Entre los múltiples cuestionamientos al sistema, uno de los que más destaca se refiere a las bajas pensiones que reciben los jubilados. El estudio “Desiguales” del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Chile, de 2017 señala que el 72.5% de los jubilados reciben una pensión “bajo el mínimo” (lo que se define como inferior al 70% del salario mínimo), vale decir menos de \$193.200 (USD 283,49). Por otra parte, respecto a la tasa de remplazo bruta en Chile, las cifras de la OECD indican que para hombres esta tasa es de 33.5%, mientras que para las mujeres es 30.3%.²² En este punto cabe destacar que los responsables políticos y administrativos del nuevo sistema de capitalización individual estimaron que la tasa de reemplazo al final de la vida laboral sería alrededor de 70%.²³ El contexto actual indica que dicha estimación dista de la realidad.

²¹ La modificación al sistema de pensiones en Chile se realizó a través del Decreto Ley 3.500 de 1980, el cual estableció un sistema de capitalización individual obligatorio para todos quienes iniciaran su vida laboral a partir del 1o. de enero de 1983. Para quienes ya se encontraban trabajando, se dio la opción de que se cambiaran al nuevo modelo, o que pudieran continuar cotizando en las antiguas cajas previsionales que funcionaban bajo la lógica de un sistema de reparto, las que se fusionaron y quedaron bajo la administración del ex Instituto de Normalización Previsional (INP), actual Instituto de Previsión Social (IPS). Sobre las características del antiguo modelo previsional y la implementación del sistema de capitalización individual, véase Gumucio, Juan, “Una mirada al sistema de pensiones de administración privada de pensiones chileno al acercarse un cuarto de siglo de aplicación”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 2, enero-junio de 2006, pp. 175-199.

²² OECD, Gross pension replacement rates (indicator), 2018, doi: 10.1787/3d1afeb1-en.

²³ Piñera, José, *El cascabel al gato: la batalla por la reforma previsional*, Santiago, Chile, Zig-Zag, 1991.

Por otra parte, los responsables de este modelo de pensiones en Chile argumentan que los bajos montos de pensiones y las bajas tasas de remplazo son de exclusiva responsabilidad de cada trabajador por tener lagunas de cotización; esto es, haber pasado por periodos extensos de tiempo sin haber cotizado en sus fondos de pensiones, lo cual reduciría notoriamente la tasa de reemplazo, y en consecuencia, los ingresos durante la jubilación.

Sin embargo, es posible advertir otros factores que también inciden en que las pensiones sean insuficientes. En primer lugar, los bajos salarios durante la vida laboral de la gran mayoría de las personas es, ciertamente, un factor determinante, por cuanto a menor remuneración será también menor la cantidad de ahorros previsionales acumulados. En Chile, de acuerdo con los últimos datos oficiales, la mediana de ingresos es \$379.000 (USD 556,13).²⁴ Otro factor corresponde al incumplimiento del pago de cotizaciones previsionales a las Administradores de Fondos de Pensiones (AFP) por parte de los empleadores, quienes están legalmente obligados a ello; sin embargo, en muchas ocasiones no lo cumplen, generando lagunas previsionales en sus trabajadores. Un tercer factor refiere que la administración de los ahorros previsionales realizada por las AFP está sujeta a las variaciones, muchas veces impredecibles del mercado financiero; en consecuencia, en algunos casos existen rentabilidades negativas de los ahorros previsionales de los cotizantes, lo cual tiene efectos directos en los ingresos que dispondrán durante la jubilación. A esto se agrega la generalizada falta de información y de transparencia de las inversiones financieras de las AFP, lo que incide en que los trabajadores desconozcan cómo funciona este sistema.²⁵

Un cuarto y último factor, altamente asociado a las bajas pensiones, refiere a las condiciones del mercado laboral.²⁶ En concreto, las estimaciones de los responsables de este sistema de pensiones sobre la tasa de remplazo en torno al 70% se basaban en el fuerte supuesto de que la mayoría de la población enfrentaría un “ciclo laboral convencional”, el cual asume que las personas

²⁴ Instituto Nacional de Estadísticas. Encuesta suplementaria de ingresos 2017, Santiago, Chile, Instituto Nacional de Estadísticas, 2018.

²⁵ “La educación previsional juega un rol trascendental en el funcionamiento del sistema, en el entendido que sólo la información profunda permite al afiliado adoptar las decisiones que pueden llevarlo a un resultado exitoso”. Véase en Lanata, Gabriela, *Manual de legislación previsional*, Santiago, Chile, Thomson-Reuters, 2015, p. 80.

²⁶ Con relación a esta materia, resulta interesante revisar el informe de la Comisión Marcel (2006), que fue mandatada por la presidenta Bachelet durante su primer periodo de gobierno, con el propósito de realizar un diagnóstico de la situación previsional en Chile, y que se tomó como base para la Reforma Previsional de 2008 a través de la ley núm. 20.255.

hasta alrededor de los veinticinco años adquieren competencias y habilidades educativas (técnicas o profesionales), para luego trabajar continuamente, sin interrupciones, en empleos a jornada completa (es decir, 45 horas a la semana), y, además, contribuyendo regularmente en sus fondos de pensión hasta la edad legal de jubilación, edad a partir de la cual transitarían hacia la inactividad laboral definitiva.

Los resultados de una reciente investigación²⁷ evidencian que gran parte de las personas que iniciaron sus carreras laborales simultáneamente a la introducción del nuevo sistema de pensiones (vale decir, a partir de 1980) han estado alejadas del modelo del “ciclo laboral convencional”. En concreto, los análisis indican que sólo en torno al 45% de los individuos tuvo una trayectoria laboral consistente con lo esperado por los responsables de este esquema de pensiones; vale decir, una trayectoria caracterizada por personas que gran parte de su vida trabajan ininterrumpidamente como empleados, a tiempo completo, y cotizando continuamente a sus fondos de pensión. El resto de la población estudiada posee trayectorias caracterizadas por la ausencia permanente del mercado laboral (en torno al 31% de la población), o por trayectorias en las que se presentan periodos de empleo (a cuenta propia o como dependientes), pero sin contribuciones a las cuentas individuales de ahorro previsional. Esto evidencia que el mercado laboral no se ha desarrollado en los términos proyectados para el éxito del sistema de capitalización individual.

Para entender por qué ocurre esta disociación entre el desarrollo del mercado laboral y del sistema de pensión en Chile, resulta importante entender el cambio de modelo previsional que se produjo, simultáneamente a un periodo de profundas reformas neoliberales, entre las que destacan las relaciones contractuales de trabajo. Específicamente, a través del conocido como “Plan Laboral” (Decreto Ley 2.200 de 1978) se introdujeron modificaciones que buscaban flexibilizar el sistema de relaciones individuales de trabajo, estableciendo facilidades para la contratación temporal, jornadas de trabajo extensas, bajas remuneraciones y flexibilidad en el sistema de terminación del contrato de trabajo a través de la incorporación de causales de despido amplias, y la restricción a los montos de las indemnizaciones por este motivo. Asimismo, es relevante mencionar que el sistema de pensiones en Chile exige la cotización obligatoria únicamente para trabajadores dependientes que se encuen-

²⁷ Madero-Cabib, Ignacio, “Regímenes de pensiones con bases laborales precarias: Lecciones de un estudio longitudinal en Chile”. Presentación en seminario *Edad, trabajo y pensiones. Viejos y nuevos retos*, Santiago, Flasco Chile y Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Talca, 2018 (inédito).

tren sujetos a un contrato de trabajo, dejando por lo tanto fuera de su ámbito de aplicación a quienes se desempeñen en un mercado informal de trabajo o de manera independiente.²⁸

Este escenario nos invita a reflexionar la relación entre trayectorias laborales y pensiones en dos sentidos específicos. En primer lugar, consideramos que los responsables políticos y administrativos de este sistema de pensiones deben integrar al análisis de las determinantes de la inequidad económica en la vejez el factor de la alta heterogeneidad de las trayectorias laborales en Chile (heterogeneidad que muy posiblemente aumentará en las próximas décadas, considerando la creciente flexibilidad en el mercado del trabajo). En segundo término, hacemos un llamado a los mismos responsables a fortalecer el componente no contributivo de las pensiones; esto es, crear mecanismos que aseguren bienestar financiero para todos los adultos mayores, independientemente de la participación laboral que hayan tenido durante el curso de vida.

III. LA TENDENCIA HACIA LA EXTENSIÓN DE LAS TRAYECTORIAS LABORALES EN DIFERENTES PAÍSES

A partir de la década del 2000 el escenario global de envejecimiento de la población, así como la inestabilidad financiera de los fondos de pensiones públicos y privados, fomentaron en diferentes países la necesidad de desincentivar la jubilación anticipada y, por el contrario, promover medidas institucionales para fomentar la jubilación tardía.²⁹ Las políticas públicas que incentivan la extensión de las carreras de los trabajadores mayores han sido apoyadas por diversos organismos internacionales: por ejemplo, 2012 fue declarado por la Unión Europea el año para el envejecimiento activo, y, en el mismo año, la OECD sugirió aumentar gradualmente las edades para acceder a una pensión estatal.³⁰

²⁸ En efecto, en los últimos años una de las problemáticas que se ha levantado respecto a la cobertura del sistema previsional es que para los trabajadores independientes la obligación de cotizar había sido voluntaria, lo que se reflejaba en muy bajas tasas de afiliación. Esta situación se modificó a través de la Ley 20.255/2008, que estableció la obligación gradual de cotización para estos trabajadores a partir de 2012, modificación que tampoco mostró resultados positivos, y que llevó a dictaminar la Ley 20.894/2016, que prorrogó esta obligación hasta el 2019.

²⁹ Madero-Cabib, Ignacio y Fasang, Anette, "Gendered Work-Family Life Courses and Financial Well-Being in Retirement", *Advances in Life Course Research*, 2016, vol. 27, pp. 43-60.

³⁰ OECD, *OECD Pensions Outlook 2012*, Paris, OECD Publishing, 2012.

El hecho de que existan iniciativas de política pública que promuevan la extensión de las trayectorias laborales en diferentes países implica que las salidas tardías del mercado laboral no sólo dependen de factores individuales como la salud, el nivel educativo y las preferencias personales, sino también del contexto institucional. Sin embargo, no todos los países utilizan los mismos mecanismos o procedimientos para incentivar la salida del mercado laboral. Por el contrario, este tipo de procedimientos dependen fuertemente del tipo de “Estado de bienestar” presente en cada nación.

El Estado de bienestar de un país es definido como el conjunto de políticas públicas y medidas institucionales utilizadas por cada nación para reducir las desigualdades de clase social y de género creadas en la sociedad.³¹ El Estado de bienestar puede ser de tipo liberal, corporativista, socialdemócrata, ‘mediterráneo’, o alguna combinación entre las opciones anteriores. La diferencia entre uno y otro tipo depende (entre otros elementos) de cuán determinante es el rol del mercado y del Estado para superar las diferencias de clase y género: mientras que algunos países promueven mecanismos administrados por el mercado (Estados liberales), otros países promueven mecanismos conducidos por organismos públicos (Estados socialdemócratas).³²

En Estados de bienestar liberales, tales como el Reino Unido, Estados Unidos, Suiza, Canadá o Chile³³ se ha observado que las personas extienden sus trayectorias laborales inducidos por la necesidad de tener un ingreso económico superior a la pensión entregada por esquemas previsionales, basados única o parcialmente en el pilar de capitalización individual (que obliga a las personas a tener altos ahorros para optar a una pensión adecuada para en-

³¹ “Por consiguiente, puede asegurarse que el Estado del bienestar ha llegado a ser un elemento constituyente de la estructura política y social de las sociedades desarrolladas, en parte debido al crecimiento producido de la población que depende de las prestaciones sociales públicas (fundamentalmente trabajadores, pensionistas y empleados estatales)”, Ochando, Carlos, *El Estado del bienestar: objetivos, modelos y teorías explicativas*, Madrid, Ediciones Académicas, 2009, p. 48.

³² Esping-Andersen, Gosta, *Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1990; Korpi, Walter, y Palme, Joakim, “The Paradox of Redistribution and Strategies of Equality: Welfare State Institutions, Inequality, and Poverty in the Western Countries”, *American Sociological Review*, 1998, vol. 63(5), pp. 661-687.

³³ “El Estado ha visto de hecho su participación limitada al rol de ente regulador, los agentes privados se han convertido en un elemento importante, incluso preponderante, en la gestión de la protección”. Véase Arellano, Pablo, *Universalismo e individualismo en el derecho chileno de pensiones*, Santiago, Librotecnia, 2012, p. 36.

frentar los riesgos financieros y de salud asociados a la vejez).³⁴ Por otra parte, en países socialdemócratas, tales como Suecia, Dinamarca o Noruega, aunque también existen altos incentivos para mantenerse activo en el mercado laboral hasta edades tardías, a diferencia de los países liberales, esto es inducido mediante generosos beneficios financieros en las pensiones para toda la población, y, además, por políticas de capacitación laboral, que permiten a los trabajadores adaptarse a las condiciones actuales de flexibilidad laboral.

En síntesis, aunque en diferentes países la reacción al envejecimiento de la población y a la amenaza de la insostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones ha sido eliminar cualquier tipo de incentivo hacia la jubilación anticipada, y por el contrario promover trayectorias laborales prolongadas, lo cierto es que los procedimientos para realizar esto varían entre diferentes regímenes de Estados de bienestar.

Nuestro país no ha estado ajeno a esta discusión. La preocupación por los problemas que presenta el sistema previsional ha aumentado a medida que más trabajadores deben jubilarse bajo el modelo de capitalización individual, sin haber podido ahorrar lo suficiente y con expectativas de vida más largas. Tanto los actores políticos como sociales han manifestado la necesidad de revisar las principales carencias del sistema de pensiones, para asegurar que las personas mayores puedan acceder a mejores pensiones. Dentro de este contexto, la necesidad o no de aplazar la edad de jubilación ha sido uno de los puntos más discutidos. Como ya se ha señalado, durante el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet se creó la Comisión Marcel (2006), que aunque no se pronunció sobre la necesidad de aplazar la edad de jubilación, sí propuso eliminar la distinción de diferentes edades de jubilación entre hombres y mujeres, indicando que era uno de los factores que contribuían a la falta de equidad de género respecto de las pensiones de jubilación. La ley de reforma previsional 20.255 recogió estas ideas, al establecer como requisito para obtener prestaciones solidarias tener 65 años tanto para hombres como para mujeres.³⁵

³⁴ Buchholz, S. *et al.*, “Globalization, Accelerating Social Change and Late Careers: A Theoretical Framework”, 2006, en Blossfeld, H. P. *et al.*, *Globalization, Uncertainty and Late Careers in Society*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 1-23.

³⁵ Si bien la reforma previsional de 2008 no realizó modificaciones profundas al sistema previsional, manteniendo el esquema de capitalización individual obligatorio, sí incluyó diversas medidas para mejorar la situación de las personas que por diversas razones quedaban excluidas del sistema, y también para aquellos que habiendo cotizado regularmente sus pensiones no alcanzaban un monto mínimo definido. De esta manera, uno de los mayores aportes de esta reforma fue la inclusión de un “pilar solidario”, que entrega prestaciones no contributivas.

Por el contrario, el informe de la Comisión Bravo³⁶ sí entregó propuestas sobre esta materia, indicando que debido al aumento de las expectativas de vida la incorporación de las personas mayores al mercado laboral resulta necesaria, pero acompañada de buenas condiciones laborales.³⁷ De esta manera, el informe sugiere múltiples propuestas para extender las trayectorias laborales, tales como subsidios de empleo para las personas mayores, así como incrementos en los subsidios de pensiones para aquellos que posterguen la edad de jubilación. Sin embargo, las propuestas de este informe no se vieron materializadas en modificaciones legales.

Por otra parte, la Comisión Asesora de Pensiones de la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC) realizó un informe en 2017, en el cual propuso igualar la edad de jubilación entre hombres y mujeres, retrasando la edad de jubilación para las mujeres, para luego aumentar la edad para ambos a 67 años.³⁸

Finalmente, el mencionado proyecto de modificación al sistema previsional del presidente Sebastián Piñera propone extender la edad de jubilación de forma voluntaria a través de dos incentivos específicos. En primer lugar, promueve la posibilidad de realizar retiros de la cuenta individual de pensiones por un monto igual al 50% de la diferencia entre el monto acumulado en la cuenta individual al momento de la jubilación definitiva y el monto exigido por las AFP para financiar una pensión (calculado a la edad legal de jubilación). Respecto a este primer incentivo, consideramos que una de sus dificultades es que opera sobre el supuesto de que las personas tendrán una diferencia positiva de dinero al momento de querer acceder a este incentivo. En otras palabras, quienes al momento de cumplir la edad de jubilación no cuenten con fondos suficientes para financiar su pensión (es decir, tengan una diferencia negativa de dinero en el cálculo recién explicado), no podrán hacer uso de este incentivo. Por otra parte, llama la atención que el incentivo

³⁶ Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, *op. cit.*

³⁷ “Los antecedentes recopilados para el diagnóstico muestran que muchos trabajadores enfrentan dificultades en el mercado laboral en los años previos a la edad de jubilación, y después, en caso de seguir trabajando. La solución a estos problemas de precariedad laboral deben situarse en el lugar donde estos se originan, precisamente en el mercado de trabajo, y no en el sistema previsional”, Comisión Bravo, 2015, p. 123.

³⁸ “Los cambios en la edad de jubilación deben venir acompañados de propuestas específicas e incentivos que permitan aumentar la participación laboral de adultos mayores que quieran y puedan trabajar, por ejemplo, permitiendo el trabajo durante algunas horas al día, a través de una mayor flexibilidad horaria y el teletrabajo, entre otros”. Véase Informe Comisión Asesora de Pensiones de CPC, 2017, p. 36.

consista en poder retirar parte de los fondos de pensión ahorrados a pesar de continuar trabajando, pues esto supone que el mejoramiento de la situación financiera de cada persona mayor no se produce necesariamente por la extensión de la actividad laboral después de la edad legal de jubilación, sino exclusivamente gracias al acceso parcial a sus propios ahorros de pensión.

En segundo lugar, el proyecto del presidente Piñera propone un incentivo a través de la disminución o eliminación de las comisiones que exigen las AFP,³⁹ específicamente para los trabajadores que una vez cumplida la edad de jubilación sigan cotizando para su pensión. Este mecanismo resulta más interesante desde nuestro punto de vista, ya que precisamente aborda un aspecto altamente criticado de las AFP: el costo de dichas comisiones. Por otra parte, este incentivo permitiría a las personas que sigan trabajando después de la edad legal de jubilación, tener un aumento directo de sus remuneraciones líquidas, pues pagarían menores o ninguna comisión a las AFP.

Sin perjuicio de que, posiblemente, este nuevo proyecto de reforma enfrentará diversas modificaciones durante el transcurso de su tramitación parlamentaria antes de su eventual aprobación, es válido preguntarse cuál será el efecto real de estas propuestas en el actual contexto del mercado laboral para las personas mayores en Chile. En efecto, presumimos que los incentivos a la extensión de las trayectorias laborales sin medidas simultáneas de mejoramiento de las condiciones laborales mínimas de las personas mayores generarán sólo un leve impacto positivo en sus condiciones financieras, pero podrían producir enormes perjuicios en otras dimensiones de la vida, como son la salud y el bienestar personal de este grupo social.

IV. LA DIMENSIÓN DE SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE

El aplazamiento de la edad de jubilación y la extensión de las trayectorias laborales tienen como supuesto fundamental, que la mayoría de las personas mayores tendrán condiciones de salud adecuadas para seguir activas en el mercado del trabajo. En esta sección discutimos algunas de las prioridades de salud para las personas mayores en este país: la discapacidad, la dependencia, y las labores de cuidado.

³⁹ Cotizaciones cobradas, principalmente, por administrar los fondos de pensiones.

1. *Discapacidad en la vejez*

La discapacidad en adultos mayores es un tema que ha sido correctamente estudiado en Chile. Un ejemplo ilustrativo de esto es el desarrollo del Estudio Nacional de Discapacidad que realiza el Ministerio de Desarrollo Social, con dos objetivos principales: *i)* proporcionar un diagnóstico detallado sobre las condiciones de vida de la población en condiciones de discapacidad, y *ii)* proponer políticas públicas adecuadas para abordar los problemas de esta población. Los resultados de la versión 2016 de este estudio indican, primero, que 38.3% de la población adulta mayor (30.3% de hombres y 44.3% de mujeres) reporta tener una discapacidad (20.8% en grados parciales y 11.6% en grados severos); en segundo lugar, sólo el 16.5% de las personas mayores con discapacidad siguen activas en el mercado laboral (mientras que el 40.6% de las personas mayores sin discapacidad lo hacen); en tercer lugar, las personas mayores en situación de discapacidad que continúan trabajando ganan un salario promedio igual a \$260.931 (USD 382,88), mientras que para los trabajadores mayores sin discapacidades el salario promedio es \$390.803 (USD 573,45), y, finalmente, el 51% de las personas mayores en situación de discapacidad reportan ser dependientes, el 62.8% reporta una enfermedad crónica, y el 73.9% de las personas mayores en condición de discapacidad, y que además son dependientes, son atendidas por cuidadores informales (principalmente mujeres no remuneradas).

Con respecto a las causas y consecuencias de estar en condiciones de discapacidad, un reciente estudio⁴⁰ analizó seis tipos de discapacidades (visuales, auditivas, del habla, físicas, cognitivas, y psiquiátricas), y descubrió que quienes tienen menos probabilidades de enfrentar tales discapacidades son aquellos que permanecen activos en el mercado laboral, tienen un ingreso más alto, y un mayor nivel educativo. Por otra parte, con relación a las consecuencias de la discapacidad, un estudio referido específicamente a las inequidades en el acceso a la salud muestra que independientemente del nivel socioeconómico de los individuos, quienes están en condiciones de discapacidad enfrentan mayores dificultades para acceder a servicios de salud, programar una visita al médico, y obtener diferentes tipos de medicamentos.⁴¹ Esta investigación se-

⁴⁰ Zitzko, Pedro y Cabieses, Báltica, "Socioeconomic Determinants of Disability in Chile", *Disability and Health Journal*, 2011, vol. 4(4), pp. 271-282.

⁴¹ Rotarou, Elena, y Sakellariou, Dikaioi, "Inequalities in Access to Health Care for People with Disabilities in Chile: the Limits of Universal Health Coverage", *Critical Public Health*, 2017, vol. 27(5), pp. 604-616.

ñala, además, que estas inequidades son aún más evidentes para las personas en situación de discapacidad que se atienden en el sistema público de salud.

2. Dependencia, demencia y cuidados en la vejez

Con relación a la dependencia, un reciente estudio analizó los factores de riesgo de esta condición entre un grupo de adultos mayores en Chile.⁴² Utilizando datos de la Encuesta Nacional de la Dependencia en las Personas Mayores, los autores identificaron que además del conocido efecto negativo del envejecimiento sobre la dependencia existen algunos factores psicosociales que retrasan el inicio de la dependencia en la vejez, tales como un mayor nivel educativo, mantener un contacto constante con la familia o el núcleo de personas cercanas, además de realizar actividades extraprogramáticas, como leer o hacer ejercicio. Esta investigación, además analizó las condiciones de cuidado de las personas mayores dependientes, cuidado que a menudo es proporcionado informalmente por mujeres de su familia. Los autores concluyen que en algunas ocasiones el cuidado de personas mayores dependientes posee efectos negativos tanto en el bienestar subjetivo de las cuidadoras (generando estrés, depresión y fatiga física) como en su bienestar financiero (ausencia de ingresos, además de interrupciones en las contribuciones previsionales por tratarse de un trabajo informal).

En cuanto a las políticas públicas sobre dependencia en personas mayores en Chile, hasta el momento se han desarrollado tres programas claves: *i*) “Evaluación Funcional del Adulto Mayor” (1995), el cual se creó para identificar a las personas mayores en riesgo de dependencia mediante la evaluación de su rendimiento funcional y cognitivo; *ii*) “Más Adultos Mayores Autovalentes” (2015), cuyo objetivo es mantener funcionalmente activas a aquellas personas que han sido clasificadas en riesgo de enfrentar dependencia, y *iii*) “Chile Cuideme” (2013), que ofrece apoyo psicológico a los/as cuidadores familiares de personas dependientes.⁴³

Otras investigaciones sobre la dependencia entre adultos mayores han mostrado que esta condición es más frecuente entre grupos socioeconómicos

⁴² Cheix, Consuelo *et al.*, “Risk Factors of Dependency of Chilean Older Adults and Consequences on Informal Caregiving”, *América Latina Hoy*, 2015, vol. 71, pp. 17-36.

⁴³ Thumala, Daniela *et al.*, “Aging and Health Policies in Chile: New Agendas for Research”, *Health Systems y Reform*, 2017.

bajos,⁴⁴ y que la demencia (experimentada por el 7% de individuos mayores de sesenta años, 7.7% de mujeres y 5.9% hombres) se destaca como una determinante crucial de la dependencia.⁴⁵ Este último estudio enfatiza, además, que a pesar del alto impacto de la demencia en el deterioro de la calidad vida de las personas mayores, esta condición no está clasificada como una de las enfermedades apoyadas financieramente por el Estado; por lo tanto, no tiene prioridad en los servicios de salud.

Por su parte, otra investigación reciente evaluó los costos económicos de la demencia en Chile.⁴⁶ Utilizando datos primarios de una encuesta realizada a 330 personas mayores con demencia y atendidas por cuidadores informales, el estudio identifica tres dimensiones principales de los costos económicos asociados a la demencia: *i*) costos médicos directos (cuidados, tratamientos, medicamentos); *ii*) costos sociales directos (servicios sociales de cuidado), y *iii*) costos sociales indirectos (aquellos costos relacionados con el cuidado informal). Al contrario de lo que ocurre en países desarrollados, los costos indirectos en Chile representan el 75% de los costos totales de la demencia, y está, inversamente relacionado con el estatus socioeconómico: en los hogares más pobres en los que los bajos ingresos no permiten acceder una atención de cuidado formal, los miembros de la familia (en su mayoría mujeres) no tienen otra opción que asumir el rol de cuidador. Los autores enfatizan, por lo tanto, que el estatus socioeconómico y el género son factores clave relacionados con el costo de la demencia en este país.

Por último, otro estudio⁴⁷ destaca que el financiamiento público a servicios de cuidado para personas mayores, aunque se ha incrementado en los últimos años, continúa siendo muy insuficiente. Los autores argumentan que esto tiene consecuencias directas en diferentes dimensiones de estos servicios, tales como la disponibilidad, la accesibilidad, la equidad, la libertad de elección, la autonomía personal, la participación social, la exigibilidad de derechos, el acceso a información, y la rendición de cuentas.

⁴⁴ Fuentes-García, Alejandra *et al.*, “Socioeconomic Inequalities in the Onset and Progression of Disability in a Cohort of Older People in Santiago”, *Gaceta Sanitaria*, Santiago, 2013, vol. 27(3), pp. 226-232.

⁴⁵ Thumala, Daniela *et al.*, *op. cit.*

⁴⁶ Hojman, Daniel *et al.*, “The Cost of Dementia in an Unequal Country: The case of Chile”, *PloS One*. 2017, vol. 12(3).

⁴⁷ Cunill-Grau, Nuria y Leyton, Cristian, “Una nueva mirada al enfoque de derechos. Aportes al debate a partir de los servicios de cuidado para personas mayores en Chile”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 27, 2018, pp. 23-57.

3. *La relación entre trabajo y salud en la vejez*

Los resultados de un proyecto de investigación que examinó el efecto de trayectorias laborales y del momento de jubilación en la salud de adultos mayores en Chile y otros once países del mundo⁴⁸ indican, entre otros resultados, que las personas que han podido mantener trayectorias laborales continuas (sin interrupciones) en condiciones formales, y trabajando a tiempo completo, son más susceptibles de enfrentar mejores estados de salud física y cognitiva en la vejez. Por otra parte, los individuos que se retiran tardíamente del mercado del trabajo, así como los que se retiran de manera gradual (esto es, reduciendo paulatinamente el número de horas semanales destinadas al trabajo), son menos susceptibles de enfrentar accidentes cardiovasculares en la vejez.

Asimismo, esta investigación evidenció que la relación entre carreras laborales, jubilación y salud en la vejez depende no solamente de factores individuales (por ejemplo, tipo de trabajo, condiciones de formalidad laboral, horas de trabajo por semana, u otras características, como el género o el nivel educativo y socioeconómico de cada persona), sino que además está mediada por factores institucionales y políticas públicas que definen el Estado de bienestar en cada país. Al respecto, el estudio indica que los patrones laborales que derivan en una jubilación anticipada (antes de la edad legal de jubilación) tienen un impacto negativo en indicadores de salud, tales como enfermedades crónicas y escalas subjetivas de salud. Sin embargo, esta asociación es particularmente negativa en países que tienen Estados de bienestar de orientación liberal, donde los riesgos financieros y de salud asociados a la vejez son asumidos individualmente y no entre diferentes generaciones, como ocurre en países corporativistas o socialdemócratas.

V. DIMENSIÓN CULTURAL DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE

Otro de los supuestos de la introducción de medidas institucionales que buscan aplazar la edad de jubilación y extender las carreras laborales de las

⁴⁸ Madero-Cabib, Ignacio, Proyecto Fondecyt Postdoctorado 3160522, “The Impact of Employment Trajectories and Retirement Transition Timing on Older Adults’ Health: a Longitudinal Study in 11 Countries”, 2018.

personas mayores, es que este tipo de iniciativas se desarrollen dentro un contexto cultural acorde. En concreto, el supuesto es, en primer lugar, que las personas mayores poseen la predisposición individual a continuar trabajando hasta edades tardías, y en segundo término, que el resto de la sociedad permitirá (y no discriminará) a las personas mayores que continúen ejerciendo un empleo. En esta sección discutimos tanto las percepciones de las personas mayores respecto al trabajo en edades tardías y al sistema de pensiones como los estereotipos que existen en torno a la vejez.

1. *Actitudes y opiniones sobre la jubilación y el sistema de pensiones*

Otra tarea realizada por la Comisión Bravo a cargo de la evaluación del sistema de pensiones en 2014 fue el desarrollo de una encuesta que examinó las actitudes y opiniones hacia la jubilación y el sistema de pensión de capitalización individual. Una de las preguntas de la encuesta (pregunta de respuesta múltiple) se refería a la forma en que los encuestados planeaban financiar (o financian actualmente) sus vidas en la vejez. La mayoría de ellos respondieron a través de una pensión individual de las AFP (51%); a través de ahorros personales (32%), y a través de subsidios estatales (25%), mientras que el 14% de los encuestados respondió que no lo ha pensado todavía. Otra pregunta refirió si las personas estarían dispuestas a trabajar cinco años más, después de la edad de jubilación, para aumentar sus ahorros de pensión. Sólo el 29% de los individuos estaban a favor, mientras que el 48% estaba en contra. Finalmente, el 71% de las personas jubiladas declaró que sus ingresos de pensión no son suficientes para cubrir sus necesidades diarias.

Otro estudio de 2017 destacó que la mayoría de las personas mayores de 65 años tienen una evaluación negativa sobre el desempeño del sistema de pensiones actual en Chile.⁴⁹ Sin embargo, los trabajadores de veinticinco a sesenta años de edad tienen una visión un poco más crítica de la institución de pensiones que los jubilados. Por ejemplo, mientras que el 55% de los jubilados declara que su estado económico ha disminuido después de la jubilación, el 58% de los trabajadores entre veinticinco y sesenta años cree que después de la jubilación su estado económico disminuirá. Asimismo, el 13% de los jubilados declara que la situación económica mejoró después de la jubilación,

⁴⁹ Browne, Magdalena y Valdés, Salvador, *De la decepción de los pensionados al temor de los ocupados*, Santiago de Chile, Centro CLAPES UC, 2017.

mientras que sólo el 8% de los trabajadores entre veinticinco y sesenta años de edad esperan que su situación económica mejore después de la jubilación.

2. *Discriminación contra las personas mayores (o la discriminación por edad)*

En Chile, los estereotipos negativos hacia la población mayor (o prejuicios viejistas) están relacionados con el aparente deterioro de su desempeño cognitivo, biológico y social.⁵⁰ Por ejemplo, el 72.9% de los chilenos piensa que los adultos mayores no pueden manejarse solos,⁵¹ aunque este tipo de prejuicio viejista existe, principalmente entre los jóvenes con educación superior.⁵² Otro estudio que examinó los estereotipos de los adultos mayores, específicamente dentro de las organizaciones de trabajo, concluye que las expectativas negativas de los trabajadores mayores a menudo se asocian con la disminución de sus habilidades cognitivas y físicas, lo que a su vez afecta su desempeño laboral.⁵³ Los autores de esta investigación afirman que en Chile todavía hay pocas medidas para prevenir el vejeísmo, no sólo dentro de las organizaciones de trabajo, sino en la sociedad en general. En otras palabras, el vejeísmo debería ser considerado seriamente como una expresión de discriminación contra un grupo vulnerable de la población.⁵⁴

Desde nuestro punto de vista, la discriminación laboral de personas mayores y la falta de mecanismos eficaces para enfrentarla es un problema que debe analizarse en clave de derechos humanos, particularmente teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los derechos y el principio favor persona, considerando al efecto la edad como una categoría susceptible de distinción arbitraria, justificando la procedencia de exámenes más estrictos para determinar su compatibilidad con la Constitución y con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos fundamentales. La preocupación

⁵⁰ Abusleme, María Teresa y Guajardo, Gabriel, *El maltrato hacia las personas mayores en la Región Metropolitana, Chile*, Santiago de Chile, Senama-FACSO, Universidad de Chile, 2013; Thumala, Daniela *et al.*, *op. cit.*

⁵¹ Thumala, Daniela *et al.*, *Inclusión y exclusión social de las personas mayores en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, Senama-FACSO, Universidad de Chile, 2015.

⁵² Arnold, Marcelo *et al.*, “Young People’s Images of Old Age in Chile: Exploratory research”, *Educational Gerontology*, 2008, vol. 34(2), pp. 105-123.

⁵³ Nazar, Gabriela y Figueroa, Carolina, “Creencias estereotípicas sobre el desempeño laboral de trabajadores mayores en Chile”, *Psicoperspectivas*, 2015, vol. 14(1), pp. 114-125.

⁵⁴ Thumala, Daniela *et al.*, *op. cit.*

por la discriminación por edad en el trabajo es una forma de discriminación recientemente reconocida, en múltiples países del mundo, incluido Chile. Tiene reconocimiento en diversos instrumentos internacionales, destacando el Convenio 111 OIT y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de reciente vigencia. Por su parte, el reconocimiento normativo a nivel interno viene dado, fundamentalmente, por el artículo 19, numerales 2o. y 16 de la Constitución, y su desarrollo legal en el artículo 2o. del Código del Trabajo.

Una de las alternativas para mejorar el sistema de protección frente a discriminaciones por edad corresponde a políticas de empleo que promuevan la igualdad de trato por edad,⁵⁵ incluyendo, eventualmente, medidas especiales de discriminación positiva⁵⁶ para personas de edad avanzada.⁵⁷ Al respecto, cabe citar, especialmente, a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que en su artículo 18 reconoce el derecho al trabajo. En lo pertinente establece que “los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado”. Asimismo, “los Estados Parte promoverán programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados”. Promoverán también “políticas laborales dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y

⁵⁵ Al parecer, es necesario “demostrar cómo el mantenimiento de estos trabajadores en el empleo y la contratación puede formar parte integrante de la gestión empresarial competitiva y productiva y ser compatible con la misma”. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión*, Ginebra, OIT, 2011, p. 73.

⁵⁶ Arese, César, “Gran avance en derechos humanos laborales de las personas mayores”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, Madrid, Cinca, 2016, vol. I, núm. 1, p. 28. Pueden revisarse algunas experiencias nacionales en esta línea, en OIT, 2011, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

⁵⁷ Respecto del sistema europeo y sistemas nacionales en dicho contexto geográfico hay nutrida literatura. Por todos, véase Calvo, Javier, “Los mayores en el nuevo derecho del empleo”, en Galán, Agustín, *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Albacete, Bomarzo, 2015.

características de la persona mayor”, y “alentarán el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos”.⁵⁸

VI. DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN

- Actualmente el sistema previsional en Chile se encuentra en crisis por cuanto las pensiones entregadas por el actual modelo de capitalización individual administrado por AFPs han demostrado ser insuficientes para la gran mayoría de los pensionados.
- El hecho de que las pensiones de vejez deban autofinanciarse a través del ahorro individual, y además, que ni los empleadores ni el Estado contribuyan a ese ahorro, implica que las pensiones dependen casi exclusivamente de la trayectoria laboral que haya desarrollado cada persona, y de las condiciones y garantías de que haya podido gozar durante su vida laboral.
- Atendidas las particularidades del sistema de relaciones de trabajo en Chile y de las características del modelo previsional, el nivel de ahorro, en general, no es suficiente para que los trabajadores logren reunir un monto que permita acceder a prestaciones adecuadas al cumplir la edad de jubilación. Ello implica que los trabajadores deben extender sus trayectorias laborales a fin de aumentar sus ahorros previsionales o para poder cubrir sus necesidades básicas, resultando entonces en un debate abierto y bifronte sobre la edad legal de jubilación: sobre su determinación (debe o no aumentarse), y sobre si debe ser obligatoria y automática (causa de terminación del contrato de trabajo), o, voluntaria, dejando

⁵⁸ En el ámbito europeo resulta de interés, en esta misma perspectiva, el Acuerdo Marco Autónomo sobre Envejecimiento Activo y Enfoque Intergeneracional. Se trata de un acuerdo marco suscrito el 8 de marzo de 2017 por los principales interlocutores empresariales y sindicales europeos, revestidos de amplia representatividad. Su propósito central es facilitar la participación activa de los trabajadores de más edad en el mercado laboral hasta la edad de jubilación y promover un enfoque intergeneracional. El acuerdo es buen indicador del estado actual de la discusión en Europa sobre el maltrato estructural de los adultos mayores en el ámbito laboral, y pone en relieve al diálogo social como mecanismo para avanzar en estas materias. Véase la traducción al castellano en Palomo, Rodrigo y Salazar, Fernanda, “Acuerdo marco autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional en la Unión Europea”, *Revista Laboral Chilena* (julio), Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Ltda, 2017, pp. 103-107.

- al trabajador la posibilidad de continuar trabajando, como actualmente ocurre en este país.
- Considerando el aumento dramático de las expectativas de vida, así como el aumento de trabajadores sujetos al sistema previsional de capitalización individual, en Chile, durante los últimos años se ha comenzado a enfrentar este contexto llevando a cabo diversos estudios desde el Estado y la academia, para tener rigurosos diagnósticos y sugerencias sobre cómo abordar los principales desafíos.
 - Intentando abordar los problemas clave del sistema de pensiones en este país, la reciente propuesta de reforma al modelo previsional del presidente Sebastián Piñera propone incentivos para extender la edad de jubilación, con el propósito de aumentar los ahorros previsionales en esta última etapa laboral.
 - A pesar de que esta reforma en principio tendría un efecto positivo directo en los montos de las pensiones, es posible anticipar que si las condiciones de trabajo no son adecuadas no necesariamente se configura como un incentivo positivo. En otros términos, si las remuneraciones laborales son bajas durante la vejez, el impacto de permanecer mayor tiempo en el mercado del trabajo sobre los montos de las pensiones no será el esperado.
 - Lo importante de la reforma, sin embargo, es que permitirá discutir adecuadamente la necesidad de extender la edad de jubilación, así como su potencial impacto en dimensiones de salud, culturales y de género entre las personas mayores.
 - Respecto a ello, consideramos que la extensión de las trayectorias laborales puede tener efectos positivos para las personas mayores en diversos aspectos de su vida, pero no necesariamente será un beneficio si no se consideran adecuadamente aspectos laborales y contractuales, el contexto cultural y las condiciones mínimas relativas a la salud de las personas mayores, asociadas a la introducción de este tipo de medidas institucionales.
 - En consecuencia, la extensión de las trayectorias laborales y el aplazamiento de la edad legal de jubilación debe ir acompañada de garantías mínimas que permitan asegurar condiciones dignas de trabajo para las personas mayores. Sin perjuicio de los problemas propios del sistema previsional de capitalización individual, el problema de fondo se origina en las malas condiciones laborales, e impacta en las prestaciones de seguridad social. Un cambio efectivo supone, necesariamente, una revisión profunda a estas dos áreas.

VII. REFERENCIAS

- ABUSLEME, María Teresa y GUAJARDO, Gabriel, *El maltrato hacia las personas mayores en la región metropolitana, Chile*, Santiago de Chile, Senama-FACSO-Universidad de Chile, 2013.
- ARELLANO, Pablo, *Universalismo e individualismos en el derecho chileno de pensiones*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2012.
- ARESE, César, “Gran avance en derechos humanos laborales de las personas mayores”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, Madrid, Cinca, vol. I, núm. 1, 2016.
- ARNOLD, Marcelo *et al.*, “Young People’s Images of Old Age in Chile”, *Exploratory Research. Educational Gerontology*, 34(2), 2008.
- BRAVO, David y HUGHES, E., *Encuesta Calidad de Vida del Adulto Mayor e Impacto del Pilar Solidario*, Santiago de Chile, Centro UC Encuestas y Estudios Longitudinales, 2018.
- BROWNE, Magdalena y VALDÉS, Salvador, *De la decepción de los pensionados al temor de los ocupados*, Santiago de Chile, Centro CLAPES UC, 2017.
- BUCHHOLZ, S. *et al.*, “Globalization, Accelerating Social Change and Late Careers: A Theoretical Framework”, en BLOSSFELD, H. P. *et al.*, *Globalization, Uncertainty and Late Careers in Society*, Londres y Nueva York, Routledge, 2006.
- CALVO, Javier, “Los mayores en el nuevo derecho del empleo”, en GALÁN, Agustín, *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Albacete, Bomarzo, 2015.
- CASEN, *Adultos Mayores (Síntesis de resultados)*, Santiago de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, 2017.
- CENTRO UC Políticas Públicas, *Adultos mayores: un activo para Chile*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017.
- CEVE UC, *Trabajo y personas mayores en Chile: lineamientos para una política de inclusión laboral*, Santia de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018.
- CHEIX, Consuelo *et al.*, “Risk Factors of Dependency of Chilean Older Adults and Consequences on Informal Caregiving”, *América Latina Hoy*, 2015.
- COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL SOBRE EL SISTEMA DE PENSIONES (COMISIÓN BRAVO), *Informe Final*, Santiago de Chile, Gobierno de Chile, 2015.

- COMISIÓN ASESORA DE PENSIONES DE LA CONFEDERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y EL COMERCIO, *Informe de pensiones*, 2017.
- COMISIÓN MARCEL, 2006, disponible en: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/comisionpensiones/documentos-interes-general/informe-consejo-asesor-presidencial-reforma-del-sistema-previsional-comision-marcel-2006.pdf>.
- CUNILL-GRAU, Nuria y LEYTON, Cristian, “Una nueva mirada al enfoque de derechos. Aportes al debate a partir de los servicios de cuidado para personas mayores en Chile”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990.
- FUENTES-GARCÍA, Alejandra *et al.*, “Socioeconomic Inequalities in the Onset and Progression of Disability in a Cohort of Older People in Santiago”, *Gaceta Sanitaria*, Chile, 2013.
- GUMUCIO, Juan, “Una mirada al sistema de pensiones de administración privada chileno al acercarse un cuarto de siglo de aplicación”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 2, enero-junio, 2006.
- HOJMAN, Daniel *et al.*, “The Cost of Dementia in an Unequal Country: The Case of Chile”, *PloS One*, 2017.
- HUENCHUAN, Sandra *et al.*, *Protección y participación en la vejez: escenarios futuros y políticas públicas para enfrentar el envejecimiento en Chile*, Santiago de Chile, CEPAL, 2007.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Encuesta Nacional de Empleo*, Santiago de Chile, Instituto Nacional de Estadísticas, 2017.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Encuesta suplementaria de ingresos 2017*, Santiago de Chile, Instituto Nacional de Estadísticas, 2018.
- KORPI, Walter y PALME, Joakim, “The Paradox of Redistribution and Strategies of Equality: Welfare State Institutions, Inequality, and Poverty in the Western countries”, *American Sociological Review*, 1998.
- LANATA, Gabriela, *Manual de legislación previsional*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015.
- MADERO-CABIB, Ignacio y FASANG, Anette, “Gendered Work-Family Life Courses and Financial Well-Being in Retirement”, *Advances in Life Course Research*, 2016.

- MADERO-CABIB, Ignacio, *Regímenes de pensiones con bases laborales precarias. Lecciones de un estudio longitudinal en Chile*. Presentación en seminario “Edad, trabajo y pensiones. Viejos y nuevos retos”, Flacso Chile-Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2018a.
- MADERO-CABIB, Ignacio, Proyecto Fondecyt Postdoctorado núm. 3160522, “The impact of employment trajectories and retirement transition timing on older adults’ health: A longitudinal study in 11 countries”, 2018b.
- NAZAR, Gabriela y FIGUEROA, Carolina, “Creencias estereotípicas sobre el desempeño laboral de trabajadores mayores en Chile”, *Psicoperspectivas*, 2015.
- OCHANDO, Carlos, *El Estado del bienestar: objetivos, modelos y teorías explicativas*, Madrid, Ediciones Académicas, 2009.
- OECD (2012), *OECD pensions outlook 2012*, Paris, OECD Publishing.
- OECD (2013), *Pensions at a Glance 2013*, OECD and G20 Indicators, Paris, OECD Publishing.
- OECD (2015), *Pensions at a Glance 2015*, OECD and G20 indicators, Paris, OECD Publishing.
- OECD (2017), *Labour force participation rate (indicator)*, doi: 10.1787/8a801325-en (Accessed on 13 October 2018).
- OECD (2018), *Gross pension replacement rates (indicator)*, doi: 10.1787/3d1afeb1-en (Accessed on 16 October 2018).
- OIT (2014), *Social protection for older persons: key policy trends and statistics*.
- OIT (2011), *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100^o reunión, Ginebra, OIT.
- PALOMO, Rodrigo y SALAZAR, Fernanda, “Acuerdo marco autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional en la Unión Europea”, *Revista Laboral Chilena* (julio), Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Ltda, 2017.
- PIÑERA, José, *El cascabel al gato: la batalla por la reforma previsional*, Santiago, Chile, Zig-Zag, 1991.

- PROGRAMA ADULTO MAYOR UC CHILE Y SUS MAYORES, *Resultados Tercera Encuesta Nacional Calidad de Vida en la Vejez*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile-Caja Los Andes, 2013.
- ROJAS, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015.
- ROTAROU, Elena y SAKELLARIOU, Dikaios, “Inequalities in Access to Health Care for People with Disabilities in Chile: the Limits of Universal Health Coverage”, *Critical Public Health*, 2017.
- THUMALA, Daniela *et al.*, *Inclusión y exclusión social de las personas mayores en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, Senama-FACSO Universidad de Chile, 2015.
- THUMALA, Daniela *et al.*, “Aging and Health Policies in Chile: New Agendas for Research”, *Health Systems y Reform*, 2017.
- UNDP, *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*, Santiago de Chile, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2017.
- VIVES, Alejandra *et al.*, “Envejecimiento y trabajo en Chile: propuesta para el monitoreo de la salud laboural”, *Propuestas para Chile* (concurso políticas públicas), Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016.
- ZITKO, Pedro y CABIESES, Baltica, “Socioeconomic Determinants of Disability in Chile”, *Disability and Health Journal*, 4(4), 2011.

**LA CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA EN QUIEBRA
Y LA OPTIMIZACIÓN DEL DERECHO A TRABAJAR:
ALGUNOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS
EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ARGENTINA***

THE CONTINUATION OF THE COMPANY IN BANKRUPTCY
AND THE OPTIMIZATION OF THE RIGHT TO WORK:
SOME INTERPRETATIVE CRITERIA IN ARGENTINEAN
NATIONAL JURISPRUDENCE

LA POURSUITE DE L'ENTREPRISE EN FAILLITE
ET L'OPTIMISATION DU DROIT AU TRAVAIL: QUELQUES
CRITERES D'INTERPRETATION DANS LA JURISPRUDENCE
NATIONALE ARGENTINE

Eduardo Esteban MAGOJA**

RESUMEN: El propósito de este trabajo es analizar algunos criterios interpretativos seguidos en la práctica judicial argentina al momento de aplicar las normas que regulan la continuación de la empresa en quiebra por parte de los trabajadores. Siguiendo un criterio temporal y jurisdiccional, nuestro estudio se focaliza en resoluciones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial emitidas en los dos últimos años. Se pretende, de este modo, tener un panorama actual acerca de cómo ese organismo, en particular, se ha pronunciado sobre el tema.

Intentamos demostrar que los jueces justifican sus decisiones principalmente a través de una argumentación teleológica, y que ellos, en el conflicto de intereses en juego durante el proceso de quiebra, privilegian optimizar el derecho fundamental a trabajar.

Palabras clave: empresa fallida, derecho al trabajo, interpretación de la ley.

* Recibido el 10 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Abogado, magister en filosofía del derecho y doctor en ciencias jurídicas por la Universidad de Buenos Aires. Docente de teoría general y filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse some interpretative criteria that are followed in Argentine judicial practice when judges apply the rules that regulate the continuation of the company in bankruptcy by the workers. Following a temporal and jurisdictional criterion, our study focuses on resolutions pronounced by the Commercial Courts of Appeal in the last two years. The intention of this is to have a current outlook about how that jurisdictional organism has pronounced on the topic.

We seek to demonstrate that judges justify mainly their decisions through a teleological argumentation, and that also they favour to optimize the fundamental right to work when consider all the interests in conflict in the bankruptcy legal process.

Keywords: company in bankruptcy, right to work, legal interpretation.

RESUME: Le but de cet article est d'analyser certains critères d'interprétation suivis dans la pratique judiciaire argentine lors de l'application des règles qui régissent la poursuite de l'entreprise en faillite par les travailleurs. Suivant un critère temporel et juridictionnel, notre étude se concentre sur les résolutions émises au cours des deux dernières années par la cour nationale d'appel en matière commerciale. De cette manière, l'objectif est d'avoir un panorama actuel sur la façon dont cet organe juridictionnel s'est prononcé sur le sujet.

Nous chercherons à démontrer que les juges justifient leurs décisions principalement par le biais d'un argument téléologique et qu'ils privilégient, dans le conflit d'intérêts impliqué au sein du processus de faillite, l'optimisation du droit fondamental au travail.

Mots-clés: faillite d'entreprise, droit au travail, interprétation de la loi

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La continuación de la empresa fallida en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.* III. *Los criterios interpretativos en las decisiones judiciales.* IV. *La optimización del derecho humano a trabajar.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante la crisis económica argentina de 2001 emergió un movimiento social que ejerció, para decirlo en términos de Ihering, la “lucha

por el derecho”¹ y buscó contrarrestar los efectos del cierre masivo de empresas: nos referimos al movimiento de las empresas recuperadas por los trabajadores. Este actor político pretendió, por diferentes medios legales y extralegales, lograr la conservación de los puestos laborales y la garantía del derecho de todo hombre a contar con un trabajo digno que le provea los medios para su subsistencia.² Tras años de lucha, sus derechos, es decir, sus “triumfos políticos”,³ se plasmaron luego de varias reformas en una serie de artículos de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras,⁴ los cuales les permiten en la actualidad intervenir bajo la forma de cooperativa en el rescate de la empresa insolvente.⁵ Básicamente, la participación de la cooperativa, incluso en formación, se encuentra prevista en tres ámbitos: primero, en el proceso de salvataje empresario frente al fracaso del concurso preventivo; segundo, en la continuación de la empresa declarada en quiebra, y tercero, en el proceso de enajenación de la empresa en la etapa liquidativa.⁶

En este trabajo nos interesa indagar algunos criterios interpretativos materializados en la práctica judicial a la hora de aplicar las disposiciones normativas que regulan la posibilidad de la cooperativa de continuar con la actividad de la empresa tras la quiebra. Este instituto, por cierto, se encuentra regulado en los artículos 189 y 190 de la ley mencionada: mientras que el primero regula la “continuación inmediata” de la explotación de la empresa, el segundo se ocupa de la “continuación ulterior”, “mediata” o “diferida”. También veremos algunas resoluciones judiciales relacionadas con la adquisición de la empresa regulada en los artículos 203 bis y 205, incisos 1o. y 2o. Puesto que analizar toda la jurisprudencia nacional sería una tarea inagotable, hemos decidido seleccionar como objeto de estudio, siguiendo un criterio temporal y

¹ Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.

² Ruggeri, Andrés, “¿Qué es una empresa recuperada por sus trabajadores?”, en Ruggeri, Andrés (comp.), *Las empresas recuperadas: autogestión obrera en Argentina y América Latina*, Buenos Aires, FFyL, 2009, pp. 13-19.

³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 37.

⁴ Las principales reformas fueron realizadas mediante las leyes 25.589 y 26.684.

⁵ Sobre el tema véase Tévez, Alejandra, *Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 2010; Tévez, Alejandra, “La cooperativa de trabajo como continuadora de la empresa en quiebra”, *La Ley*, Buenos Aires, 2011-D, pp. 959-978; Feser, María Eleonora y Mutuberría Lazarini, Valeria, “Reforma de la Ley de Concursos y Quiebras: desafíos para las futuras empresas”, *Revista Idelcoop*, Buenos Aires, vol. 38, núm. 205, pp. 284-294; Gebhardt, Marcelo, “La reforma concursal sobre cooperativas de trabajo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2011-D, pp. 780-793.

⁶ Tévez, Alejandra, “La cooperativa de trabajo como continuadora de la empresa en quiebra”, *cit.*, p. 961.

jurisdiccional, una serie de precedentes de 2016 y 2017 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Esto nos permitirá tener panorama actual acerca de cómo ese organismo en particular se ha pronunciado sobre el tema en los últimos años.

A fin de ganar claridad expositiva, el trabajo se estructura en tres partes: en primer lugar, desde un enfoque descriptivo expondremos los precedentes seleccionados; en segundo lugar, pasaremos a la tarea más profunda y rica de analizar los criterios hermenéuticos, seguidos por los jueces en la comprensión y aplicación de las normas, y en último término, veremos cómo las decisiones de los jueces revelan un compromiso con la optimización del derecho fundamental a trabajar.

II. LA CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA FALLIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL

La primera resolución de nuestro recorrido jurisprudencial, el cual respeta un orden cronológico, pertenece a la causa “Compañía Industrial del Cuero S.A. s/Quiebra”. El 15 de marzo de 2016, la Sala C rechazó el recurso de apelación formulado por la cooperativa contra la resolución del juez de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad de la ley expropiatoria 14.623 de la Provincia de Buenos Aires. Al margen de esta decisión, lo interesante del caso es que los jueces precisaron el alcance de los artículos 189 y 190, y sostuvieron que la ley “otorga al juez de la quiebra la posibilidad de pronunciarse acerca de la continuación de la explotación por los trabajadores, sin necesidad de que exista una ley expropiatoria que respalde tal actuación judicial”. En este caso puntual, los integrantes de la Sala descartaron aquella opción, ya que los trabajadores no abastecían los requisitos establecidos en la norma: se trataba de una nueva cooperativa que no cumplía con el número de interesados y además habían pasado diez años desde la quiebra. No pudieron admitir, pues, que “unos pocos exempleados puedan constituirse en cooperativa y demorar el derecho de sus pares a obtener el pago de las indemnizaciones que les corresponden”. Sin embargo, no es un punto menor que, de todos modos, instruyeron al juez de primera instancia para que los recurrentes mantengan sus empleos, y establecieron que, en la licitación de la empresa, la adquirente debía asumir las relaciones laborales existentes como “condición esencial para la adjudicación”.

En los autos “Lanci Impresores S.R.L. s/Quiebra”, la Sala B resolvió el 22 de abril de 2016 “revocar la desestimación del juez de grado al pedido de la sindicatura a intimar a la Cooperativa de Trabajo a identificar cuáles son las maquinarias que concretarían la compensación articulada”. Expresaron su conformidad con el dictamen fiscal y afirmaron que en función de lo establecido en los artículos 203 bis y 205, incisos 1o. y 2o., el recaudo considerado por el juez de primera instancia no se encuentra previsto en la ley. También explicaron, con respecto al hecho de que el juez denegó la compensación, porque no se mantuvo la actividad de la fallida, que si bien es cierto que la finalidad de la reforma establecida por la ley 26.684 es el resguardo de los empleos mediante la continuación de la actividad laboral, ello no siempre se puede hacer de manera inmediata, y es necesario valorar cada caso en concreto.

En sintonía con el interés de la ley 26.684 de preservar las relaciones laborales, en la causa “Ramos Hermanos S.A. s/Quiebra”, la Sala B revocó el 22 de abril de 2016 la decisión que “fijó un canon mensual (en el caso de \$40.000) a cuenta del valor definitivo por dicho rubro por la explotación de la planta de la fallida”. Sostuvo que agregarle una nueva obligación en la etapa del proceso en el que la cooperativa buscaba la adquisición de la empresa “atenta contra sus posibilidades y por ende contra el mantenimiento de las fuentes de trabajo (cuya conservación es la tésis fundamental de la ley 26.684)”. Al poco tiempo, el 5 de julio de 2016 resolvió revocar la resolución que omitió computar la totalidad de los créditos que los trabajadores detentaban en el proceso de adquisición de la empresa. Nuevamente, tuvieron en cuenta el fin de la ley. Señalaron que “la finalidad del ordenamiento concursal es la de privilegiar la conservación del emprendimiento en manos de los trabajadores”, y que al computarse sólo una parte de los créditos se “dejaría carente de sustento la reforma de la ley 26.684”.

La misma actitud a favor de los trabajadores se vio reflejada en los autos “Nostarco S.A. s/Quiebra”. En efecto, mediante los argumentos expuestos en el dictamen fiscal, la Sala D confirmó el 28 de abril de 2016 la resolución apelada que autorizó a la cooperativa “a compensar el precio de determinados bienes —en caso de resultar adquirente— hasta cierto monto”. Los jueces explicaron que los dos principios básicos del proceso concursal (la protección adecuada del crédito y la conservación de la empresa) sufrieron con la ley 26.684, que introdujo el principio de salvaguarda de los puestos de trabajo “un menoscabo en cuanto a su importancia o relevancia en el proceso”, pues los acreedores laborales que decidieron formar una cooperativa tienen una “preferencia” por sobre los que no la integran en lo que respecta a la com-

pensación de los créditos al momento de la liquidación. Asimismo, destacaron que el principio de conservación de la empresa fue alterado también con el ingreso del artículo 48 bis, según el cual “el legislador pretende optar por privilegiar la conservación del emprendimiento en manos de los trabajadores o acreedores laborales más que en manos de sus administradores naturales”. De hecho, con arreglo a estas consideraciones, el 11 de octubre de 2016 la Sala autorizó a la cooperativa a adquirir en subasta pública bienes de la fallida mediante la compensación de los créditos laborales de sus miembros. Los magistrados dijeron que si se adoptaba la decisión contraria se desarticularía la posibilidad de producción y conservación de las fuentes de trabajo, dejándose a un lado la finalidad de la ley.

En los autos “Cueroflex S.A. s/Quiebra”, la Sala D, mediante resolución del 24 de mayo de 2016, acogió favorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del juez de primera instancia que dispuso la venta en subasta pública de bienes de la fallida, entre los cuales se encontraba la planta industrial que había sido dada en locación a la cooperativa. Los jueces dijeron que había otros activos susceptibles de ser vendidos y que con la locación en curso “es posible obtener el ingreso de fondos a la quiebra a la vez que se tutela la fuente de trabajo y un ciclo productivo en marcha”. Siguiendo los argumentos del fiscal, consideraron que con esta solución se “armonizan las distintas finalidades de la ley de quiebras, esto es liquidar el activo para su distribución entre los acreedores (de acuerdo a la redacción original de la ley 24.522) y proteger las fuentes de trabajo conforme los distintos aspectos contemplados en la reforma efectuada mediante la ley 26.684”.

En los autos “Industrias RB SAIC s/Quiebra”, la cooperativa no logró que se revoque la resolución de primera instancia que ordenó el desalojo de la planta industrial. El 22 de septiembre de 2016, la Sala D rechazó la solicitud de suspender la medida, pues sólo cuatro de los ocho integrantes de la cooperativa habían expresado su queja. Además, la adquirente iba a incorporar a cincuenta trabajadores, y una vez acondicionado el predio a más de doscientos. La decisión de los jueces, pues, estaba claramente orientada a promover las fuentes de trabajo.

La Sala A, en la resolución dictada el 27 de septiembre de 2016, en la causa “Librería del Profesional S.A. s/Quiebra”, no hizo lugar a la apelación deducida por la cooperativa contra la decisión de primera instancia que rechazó el pedido de continuar la explotación de la empresa. El motivo que llevó a los jueces a adoptar esa posición fue que el proyecto presentado para explotar el establecimiento no contemplaba “previsión alguna sobre garantías y/o

compensaciones en favor de la quiebra por la privación del único activo que posee”. Los miembros de la Sala señalaron que “en el proceso se encuentran involucrados otros acreedores laborales, quienes verían postergado e incluso frustrado el pago de sus acreencias —de naturaleza alimentaria— si se convalidara la afectación del único activo de la fallida a la actividad que pretende desarrollar la apelante”. Más allá de la decisión adoptada, la Sala señaló que la posibilidad que tiene la cooperativa de mantener en marcha la empresa es un instituto valioso que “otorga un camino legal para mantener la fuente de trabajo y resguardar el orden económico y social”.

En relación con el derecho de la cooperativa a adquirir los bienes de la fallida, la Sala E se pronunció en la resolución dictada el 30 de noviembre de 2016, en los autos “Acrometálica S.A. s/Quiebra”, mediante la cual revocó el rechazo *in limine* de la oferta de compra directa de bienes muebles e inmuebles formulada por los trabajadores. Invocó en su argumentación los artículos 203 bis y 205, inciso 2o., que habilitan “a solicitar la adquisición de los bienes de la quiebra por el valor de tasación esquivando el proceso licitatorio”. En igual sentido, en los autos “Industria Ganadera INGA S.A. s/Quiebra”, la Sala B resolvió el 23 de noviembre de 2016, adjudicar a la cooperativa de trabajadores el bien de la fallida. Si bien en el caso no se había seguido el procedimiento de tasación según las pautas establecidas en los artículos 203 bis y 205, incisos 1o. y 2o., los jueces privilegiaron el interés de los trabajadores. Incluso, destacaron que la cooperativa “cuenta con el amparo de un régimen especial que consagra la norma mencionada y que le permite adquirir en la quiebra los bienes de manera directa, protección esta de la que no gozan otros terceros”.

Situados en los precedentes de 2017, resulta muy interesante la resolución dictada por la Sala E, el 9 de marzo, en los autos “Deconti S.A. s/Quiebra”, mediante la cual revocó el interlocutorio que había rechazado el pedido de la cooperativa de trabajar en la fábrica de la sociedad fallida. La particularidad del caso es que los jueces se pronunciaron sobre la toma de la planta industrial, y tras ponderar los derechos lesionados de la concursada y los derechos de los trabajadores, se pronunció a favor de estos últimos. Así pues, dijeron que

la medida de fuerza cuestionada por la jueza de grado ha obstaculizado el intento de obtener un acuerdo preventivo con el resto de los acreedores y ha restringido el ejercicio del derecho de propiedad de la sociedad concursada; sin embargo, la conducta reprochable de los trabajadores se ve atenuada frente a la delicada situación en la que se encontraban.

Valoraron en especial que los empleados se encontraban atravesando “un estado de extrema gravedad” que los obligó a adoptar acciones extranormativas, pero cuyo fin siempre fue evitar la pérdida de sus empleos. Incluso, sostuvieron que era más repudiable el hecho de que la empleadora, en plena etapa de conciliación, se presentó en concurso preventivo y omitió denunciar la existencia del conflicto.

En los autos “Soda Corbelle S.R.L. s/Quiebra”, la cooperativa dedujo un recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, que dispuso que sólo se tome en cuenta el dividendo de los cooperativistas a los efectos de la compensación y no el total de sus créditos. La Sala F, el 6 de junio de 2017, hizo lugar a la pretensión de la recurrente y ordenó que a los fines de la adquisición de los bienes de la fallida deberá computarse la totalidad de los créditos de los trabajadores que integran la cooperativa. Al respecto, señalaron que

el nuevo art. 203 bis, incorporado a la ley 24.522 por la ley 26.684, viene a otorgar un derecho diferencial a las cooperativas de trabajadores de empresas en quiebra para poder —en excepción al régimen general en materia de compensaciones fijado por el art. 211— pagar total o parcialmente el precio de la transmisión de la empresa fallida o de alguno o algunos de sus establecimientos.

En este orden de ideas, los jueces explicaron que la cooperativa está facultada a utilizar los créditos cedidos para compensar, ya sea total o parcialmente, el pago del precio por la adjudicación de la empresa, y recordaron que en la normativa que rige la cuestión el bien jurídico tutelado es la conservación del empleo mediante la continuación de la explotación de la empresa.

La última resolución que resta por ver es aquella dictada el 23 de noviembre de 2017 por la Sala F en la causa “Gilmer S.A. s/Quiebra”. En el pronunciamiento apelado se intimó a la cooperativa a integrar los cánones pendientes, y también se desestimó la posibilidad de prorrogar la explotación de los bienes concedidos, en virtud de tres razones: el vencimiento del plazo; la ausencia de motivos que justifiquen su conveniencia para la masa concursal; el pago de los cánones fuera de término. Al expresar sus agravios, la cooperativa alegó que treinta familias satisfacían sus necesidades básicas gracias a los frutos de ese emprendimiento, y solicitó extender un año su plan de negocios para reajustar su situación económica. Los jueces de la Sala, al expedirse sobre la cuestión, privilegiaron la satisfacción del derecho de los trabajadores y otorgaron la prórroga solicitada de conformidad con lo establecido en el

artículo 191. En lo que hace a la argumentación de la resolución, destacaron que tanto la reforma introducida por la ley 25.589, que le dio protagonismo a la “utilidad social” de la empresa, como aquella establecida por la ley 26.684, la cual incorporó la noción de solidaridad en la conservación del empleo, tienen una fuerte intención de preservar las fuentes de trabajo. La amalgama de estas ideas “confiere a los trabajadores reunidos en cooperativas la posibilidad de adquirir los bienes del activo falimentario, mediante la compensación de las acreencias reconocidas”. Sobre esta base y luego de un estudio detallado de las particularidades del caso, consideraron que “debe privilegiarse la prosecución de la labor de la empresa por sobre la urgencia en la venta de sus activos”.

III. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Cada vez que los jueces tienen que resolver un conflicto se enfrentan a la difícil tarea de poner en correspondencia dos realidades distintas, entre las cuales existe un hiato: por un lado, el “deber ser” de las normas y, por el otro, el “ser” de la situación concreta.⁷ Tal como explican Viola y Zaccaria, se trata de “un recíproco y progresivo ponerse en correspondencia, como mutuo y dinámico producirse y enriquecerse funcional, en el procedimiento aplicativo, de dos planos diversos, del *deber ser* y del *ser*”.⁸ Esta equiparación, llevada a cabo con la intención de obtener la mejor respuesta dentro de un universo de posibilidades, es quizá el mayor reto en la labor judicial. En efecto, las normas jurídicas intentan captar, de la manera más precisa posible, la complejidad de las acciones humanas y de las situaciones de la vida; sin embargo, el plano fáctico tiene una naturaleza fluctuante y características tan específicas que escapa a semejante categorización. Ya Platón decía que ninguno de los asuntos humanos se mantiene quieto, de modo que una ley no podría jamás prescribir lo más recto, abarcando al mismo tiempo con exactitud lo mejor y lo más

⁷ Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 56 y 57; Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, en Rabbi-Baldi, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 376 y 377.

⁸ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 187.

justo para todos.⁹ También Aristóteles advertía este problema, cuando decía que el legislador puede expresarse de forma incompleta o errar por regular de forma general la cambiante, contingente e imprevisible realidad.¹⁰

Esser, Hassemer y Kaufmann en Alemania y Viola, Zaccaria y D'Agostino en Italia se ocuparon en detalle desde la hermenéutica jurídica de ese problema en la interpretación judicial, sobre el cual no hace falta detenernos más en esta instancia.¹¹ Sí nos interesa destacar que para esta corriente iusfilosófica, el juez, en palabras de Kaufmann, es un “mediador entre deber ser y ser”,¹² y que al resolver un conflicto debe dar buenas razones acerca de cuál es el sentido de la norma en un caso en concreto. Sin duda, el carácter inventivo de la labor judicial está sujeto a ciertos parámetros de racionalidad y corrección.¹³ No sería deseable que los jueces den cualquier respuesta ni tampoco que no brinden razones para fundar sus decisiones. En el discurso jurídico, dice Alexy, existe una pretensión de corrección, de acuerdo con la cual se busca decidir los casos jurídicos de forma moralmente correcta,¹⁴ y, para ello, como sucede en todo contexto de resolución de problemas, la argumentación racional es muy importante.¹⁵ Tal como explica Habermas, tanto el proceso judicial concebido como un juego de argumentación, en el cual los participantes aspiran a la búsqueda cooperativa de la verdad, como la importancia de que el resultado que se derive de ese proceso pueda ser examinado en las instancias superiores, obligan a los jueces a ofrecer una

⁹ *Político*, 294a10-294b6.

¹⁰ *Ética nicomaquea*, 1137b.

¹¹ Nos remitimos, pues, a los siguientes trabajos de estos autores, que ofrecen una visión completa del modelo hermenéutico: Esser, Josef, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983; Hassemer, Winfried, “Hermenéutica y derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, núm. 25, pp. 63-85; Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, cit., pp. 56 y 57; Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, cit., pp. 376 y 377; Kaufmann, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, Granada, Comares, 2007; Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, cit.; D'Agostino, Francesco, “Interpretación y hermenéutica”, *Persona y Derecho*, 1996, núm. 35, pp. 39-56.

¹² Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 249.

¹³ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, cit., p. 191.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010, pp. 295-305.

¹⁵ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 108.

fundamentación cuidadosa y coherente con el orden jurídico que está sujeta al interés público.¹⁶

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sigue criterios o directivas interpretativas que la ayudan a ofrecer decisiones argumentativamente sólidas y en armonía con el esquema normativo de promoción y respeto de derechos fundamentales. Sobre todo, privilegian el fin concreto y propio de la norma de salvaguardar las fuentes de trabajo, que es la característica que queremos destacar aquí. Tal actitud se verifica en la mayoría de las resoluciones examinadas: en los autos “Ramos Hermanos S.A. s/Quiebra”, la Sala B rechazó que se fije un canon mensual que comprometiera la posibilidad de los trabajadores de adquirir la empresa, y también dispuso que se computen todos sus créditos para alcanzar esa meta; en los autos “Nostarco S.A. s/Quiebra”, la Sala D autorizó que los trabajadores se valgan de sus créditos para adquirir en subasta pública bienes de la fallida; en los autos “Cueroflex S.A. s/Quiebra”, la Sala D prohibió la venta de la planta industrial en relación con la cual la cooperativa había firmado un contrato de locación, pues ello le permitía “mantener la unidad productiva conservando las fuentes de trabajo”; finalmente, en los autos “Soda Corbelle S.R.L. s/Quiebra”, la Sala F se pronunció a favor de la posibilidad de los trabajadores de hacer uso de sus créditos en la adquisición de la empresa.

En estas resoluciones, los jueces se valen de un “argumento teleológico”. Mediante esta directriz, muy recurrente en las decisiones jurisdiccionales,¹⁷ se busca desentrañar el sentido, la *ratio* o los intereses que procura alcanzar la norma.¹⁸ El jurista italiano Giovanni Tarello, en su famosa tipología de argumentos jurídicos, lo describió como “aquel por el cual a un enunciado normativo debe atribuirse ese significado que corresponde al fin propio de la ley de la que el enunciado es documento”.¹⁹ Por cierto, no debe confundirse con la voluntad concreta del legislador. La finalidad de la norma supone que tiene su propia racionalidad, y a medida que la realidad social se transforma, la ley va acumulando “una memoria histórica mucho más profunda que la memoria

¹⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 308 y 309.

¹⁷ “Baca Castex, Raúl Alejo c/C.P.A.C. F.”, CSJN, 01/06/2000, Fallos: 323:1374; “Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, Provincia de y otros s/Sumario”, CSJN, 28/04/1998, Fallos: 321:1124; “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A. s/Daños y perjuicios”, CSJN, 21/03/2006, Fallos: 329:646; “Obra social del personal directivo de la construcción s/Pedido de quiebra por Swiss Medical S.A.”, CSJN, 08/05/2007, Fallos: 330:2093; entre muchos otros.

¹⁸ Rabbi-Baldí, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, pp. 354 y 355.

¹⁹ Tarello, Giovanni, *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2018, p. 427.

personal” de quien la creó.²⁰ La ley, pues, “cobra vida propia y autónoma” y se vuelve “más sabia que el legislador”.²¹

El uso del argumento teleológico se conjuga con la valoración de las circunstancias particulares del caso. Lejos de concebir a la norma como algo abstracto que tiene un fin en sí mismo al margen de la realidad, los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial muestran que su finalidad está dada y determinada siempre en función de los hechos en concreto. Si bien esto es algo que sucede en todas las resoluciones, la primacía que se le da a esa valoración a los efectos de determinar y dotar de sentido la finalidad de la norma se ve con claridad en dos decisiones: en la resolución del 22 de abril de 2016 dictada en los autos “Lanci Impresores S.R.L. s/Quiebra” y en la resolución del 23 de noviembre de 2017 dictada en los autos “Gilmer S.A. s/Quiebra”. En el primer caso, la Sala B compartió el dictamen fiscal y estableció que en busca de alcanzar el fin de la ley 26.684, de resguardar los empleos mediante la continuación de la actividad laboral, hay que analizar las posibilidades fácticas que tienen los trabajadores para realizar ello. Pues bien, tal como advirtió el fiscal, “podría suceder que esa continuación se llevase a cabo a partir de que la cooperativa adquiriera los bienes necesarios”, algo que no siempre se produce de forma inmediata.

En la segunda resolución mencionada, la Sala F privilegió, con el propósito de otorgar una prórroga en la explotación de los bienes, “la prosecución de la labor de la empresa por sobre la urgencia en la venta de sus activos”, que abastecía económicamente a treinta familias. Incluso, los jueces valoraron circunstancias extraordinarias, cuya consideración les permitió ir más allá de la mera letra de la ley, buscar la justicia en el caso y dejar satisfecho un derecho tan importante como es el trabajo. Al emitir su decisión, se apartaron de un razonamiento que privilegia el excesivo rigorismo de las palabras de la ley y afirmaron que los “factores particulares junto a la sensibilidad social que despierta la problemática allegada a examen, [son] los que demandan esfuerzos interpretativos para superar cualquier cortapisa de orden formal —como las señaladas por la Sindicatura— en pos de una solución superadora, que conjugue y sintetice los delicados intereses comprometidos”.²²

²⁰ Soler, Sebastián, *Interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 122.

²¹ *Ibidem*, pp. 122 y 123.

²² En este sentido se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha dicho que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando lo requiera

En ambos casos, como se puede advertir, el criterio hermenéutico de los jueces incluye en el texto de la ley, “en un ir y venir”, cuestiones fácticas que el legislador no habría podido contemplar en forma alguna, pero que son necesarias valorar para no dejar trunca su finalidad. En la tarea de interpretar y aplicar la norma general no se limitaron sólo a lo que ella dispone,²³ sino que tuvieron en cuenta las características especiales del caso, a fin de amoldar la regla a la realidad. La imagen que utiliza Aristóteles para explicar la epiqueya nos sirve también para ilustrar este punto: la ley es como la regla de plomo que se utiliza en la arquitectura de Lesbos, la cual no es rígida, sino que, siendo flexible, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide.²⁴ Justamente, la ley es un instrumento destinado a regular la vida en sociedad, y, por eso, no basta con fijar puramente lo que ella dice, sino que “es preciso ver, en cada caso, cómo funciona tal instrumento y se adapta al fin al que debe responder”.²⁵ La apreciación del problema práctico es de vital importancia, pues permite “iluminar el contenido normativo de la ley en su *ratio iuris*”.²⁶ Tal es así, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “el derecho no es sólo lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso”.²⁷

Todo esto nos brinda una enseñanza muy importante. El famoso aforismo de que “la ley es más inteligente que el legislador” sólo se explica en la medida en que se consideren a los hechos como dadores de sentido, tal como sucede —en especial— en las dos últimas resoluciones examinadas. Esto nos permite entender por qué, para decirlo con las palabras de Radbruch, “el jurista puede, a veces, sacar de la ley más de lo que sus autores pusieron conscientemente en

la interpretación razonable y sistemática, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante”. Entre otros fallos, tal doctrina se encuentra en “Astra Compañía Argentina de Petróleo c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, CSJN, 18/11/2008, Fallos: 331: 2550.

²³ Vale aclarar que interpretación y aplicación no constituyen dos momentos independientes. Como dice Gadamer, la “ley, en cuanto que estatuto o constitución, necesita siempre la interpretación para su aplicación práctica, y esto significa, a la inversa, que toda aplicación práctica lleva ya implícita la interpretación”. *Cfr.* Gadamer, Hans-Georg, “Texto e interpretación”, *Cuaderno Gris*, Madrid, núm. 3, 1998, p. 29.

²⁴ *Ética nicomaquea*, 1137b.

²⁵ Betti, Emilio, “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1975, p. 258.

²⁶ Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, *cit.*, p. 261.

²⁷ “Vera Barros, Rita Esther c/Estado Nacional s/Beneficio de pensión”, CSJN, 14/12/1993, Fallos: 316: 3043.

ella”.²⁸ En efecto, cuando se habla del “fin de la ley” o “del sentido de la ley” no se hace alusión a una propiedad pura y exclusiva de la norma, ni mucho menos a algo que queda reducido a su tenor literal. Si así fuera tendríamos “un acertijo sin solución”, y no se podría explicar jamás cómo el fin de la ley se transforma a medida que la realidad social cambia.²⁹ El sentido de la ley no se esconde “sólo en la ley, sino de la misma forma en las circunstancias de hecho de la vida concreta para las que la ley está determinada”.³⁰ La interpretación legal es, como ya hemos dicho, “un suceso analógico”, un “ir y venir de la mirada entre la ley y la circunstancia de hecho concreta”.³¹

IV. LA OPTIMIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO A TRABAJAR

El estudio que hemos realizado hasta aquí se puede complementar con un análisis hermenéutico todavía más básico. Explorar las capas discursivas más profundas sobre las cuales reposan los argumentos que ofrecen los jueces nos permitiría descubrir qué lugar tiene para ellos el derecho al trabajo en tanto bien humano básico que enriquece a la persona.³²

En última instancia se trata de indagar la visión del derecho con la que los jueces se acercan a resolver los casos. Todo juez tiene una forma de concebir el mundo y el derecho.³³ El intérprete no llega al texto desde un vacío como si fuera una *tabula rasa*, sino que tiene una determinada experiencia, un cierto punto de vista y una estructura conceptual adquirida que influyen en la toma de decisiones. Es algo bastante aceptado, desde la irrupción de la hermenéutica, que el hombre es un ser situado: está arrogado desde “el vamos en el mundo con prejuicios o preconceptos, es decir, una precomprensión que resulta indispensable para la comprensión”. Justamente, los prejuicios atesti-

²⁸ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1965, p. 122.

²⁹ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, *cit.*, p. 248.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² Finnis, John, “Natural Law and Legal Reasoning Natural Law”, *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1992, p. 2; Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 113-129.

³³ Rabbi-Baldí, Renato, “Dimensión filosófica de la labor interpretativa”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008-F, pp. 826-827; Iribarne, Santiago, “El razonamiento jurídico a partir de los niveles de conocimiento del derecho. Consideraciones para el análisis de un caso judicial”, en Rabbi-Baldí, Renato (coord.), *Lecciones de teoría del derecho. Una visión desde la jurisprudencia constitucional*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, pp. 137 y 138.

guan nuestra pertenencia a un mismo “piso común” y permiten que nos entendamos en un contexto histórico determinado.³⁴ En este sentido, Heidegger dice que “[e]l estar-en-el-mundo encierra en sí la relación de la existencia con el ser total”,³⁵ y Gadamer explica que “el que quiere comprender un texto realiza siempre un proyectar” y “[t]an pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo”.³⁶ He aquí, en la relación parte-todo, el “círculo hermenéutico”, también denominado por algunos como “espiral hermenéutica”,³⁷ según el cual “sólo cabe comprender una cosa designada lingüísticamente en la medida en que viene ya pre-comprendida en su lenguaje”.³⁸ Conviene aclarar que lo dicho no significa que la precomprensión configura un acto individual y subjetivo, sino que opera sobre la base de una tradición que ata al interprete: es también “el resultado de una socialización profesional y de una formación jurídica, de una cadena de interpretaciones precedentes que entran a constituir una tradición común”.³⁹ Así pues, el horizonte de quien aplica el derecho no es puramente personal; al contrario, “se inserta y debe medirse en un horizonte general de expectativas, del cual no puede salir”.⁴⁰

Focalizados en determinar, aunque de forma un tanto general, el lugar que tiene el derecho al trabajo en la cosmovisión de los jueces, se puede decir que es concebido como un bien humano central en la estructura social, y que, en conflicto con otros intereses en el proceso de quiebra, debe ser optimizado en la mayor medida de lo posible para resguardar el orden económico: se ve aquí, pues, que el trabajo, en tanto derecho fundamental, tiene el carácter de

³⁴ Así, Gadamer dice que “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”. Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 2012, p. 344.

³⁵ Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, Madrid, Trotta, 2016, p. 33 [§4 nota a].

³⁶ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, *cit.*, p. 333.

³⁷ Kaufmann, Arthur, “La espiral hermenéutica”, *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005, pp. 405-410.

³⁸ Kaufmann, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, *cit.*, p. 71. En estos términos, Esser sostiene que el círculo hermenéutico consiste “en el hecho real de que, sin un juicio previo acerca de la necesidad de ordenación y la posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede en absoluto expresar lo que se pregunta: la solución justa”. *Cfr.* Esser, Josef, “La interpretación”, *cit.*, p. 68.

³⁹ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, *cit.*, p.188.

⁴⁰ *Idem.* Véase también Esser, Josef, “La interpretación”, *cit.*, p. 71.

un principio, es decir, un mandato de optimización (*Optimierungsgebot*).⁴¹ Tal posición se puede ver en las resoluciones que enfatizan el valor social y económico de la preservación de las fuentes laborales. Así, en los autos “Librería del Profesional S.A. s/Quiebra”, los jueces destacaron que la conservación de la empresa es “un instituto que responde a un interés general, el cual excede el mero interés de los acreedores ya que involucra la protección de la fuente de trabajo, la continuidad de una empresa generadora de productos y/o servicios para la sociedad en general y de recursos para el Estado”. Explicaron a su vez que esa modalidad

apunta al mantenimiento de las fuentes de trabajo, procurando una tutela que, lejos de favorecer actitudes irregulares como las tomas de empresas, otorga un camino legal para mantener la fuente de trabajo y resguardar el orden económico y social, a la vez que permite reordenar las relaciones entre el capital y el trabajo, demostrada la existencia de capacidad de gestión.

También en los autos “Gilmer S.A. s/Quiebra” se enfatizó el valor social que tiene el instituto. La Sala F dijo que “si bien la quiebra permanece con un propósito eminentemente liquidatorio, con la reforma introducida por la ley 25.589 comenzó a cobrar protagonismo la «utilidad social» de la empresa, esto es, su potencialidad para el mantenimiento de las fuentes de trabajo”. Al mismo tiempo, explicó que “posteriormente, la ley 26.684 redobló aquella intencionalidad al incorporar la noción de solidaridad en la conservación de las fuentes de trabajo, viabilizada principalmente a través de las cooperativas de trabajadores por cuya vigorización propendió notoriamente”.

Sin duda, el derecho concebido como un mecanismo que permite superar los conflictos y favorece la coordinación social⁴² tiene un especial interés en proteger el trabajo, el cual es indispensable para que las personas lleven a cabo su plan de vida. Las resoluciones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en las que prima una argumentación en la que se indaga el sentido último de los diversos factores que integran la realidad jurídica, demuestran

⁴¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 67 y 68.

⁴² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949, pp. 22 y 23; Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 130; Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982, p. 144; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 159 y 160; Nino, Carlos, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 150-161.

que la labor judicial debe realizar esfuerzos interpretativos para poner el derecho al servicio de las personas y dirimir los problemas dentro del horizonte de promoción de los derechos humanos. Esta postura se encuentra resumida en la resolución de la Sala F dictada en los autos “Gilmer S.A. s/Quiebra”, cuando se dice que “a los jueces no se les confía tan sólo la interpretación y aplicación de la ley, sino que les es exigido un plus, cual es la resolución del «conflicto social» planteado en los casos que se le presentan”.

El derecho a trabajar es colocado en el epicentro del discurso jurídico con un fuerte acento en su protección. Su optimización se ajusta al espíritu actual de la Ley de Concursos y Quiebras, la cual tiene un especial interés en la conservación de la fuente laboral mediante la figura de la cooperativa.⁴³ Se trata de recuperar empresas que han sido abandonadas por sus patrones, quienes la llevaron a la quiebra, en general, por una mala administración, y cuyas acciones avasallan derechos fundamentales del hombre. En el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de ley 26.684 se recogían estos principios. Allí se señaló que su objeto es “favorecer la continuidad de la explotación de las empresas que se encuentren en situaciones de crisis, por parte de los trabajadores de las mismas, que se organicen en cooperativas para permitir de esa manera la conservación de las fuentes de producción y trabajo”. También se dijo que el proyecto “contempla priorizar la subsistencia de las empresas para asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleos, dando esa posibilidad a las cooperativas de trabajo de existir conformadas por los mismos obreros que fueron dependientes de las empresas y/o fábricas quebradas”.⁴⁴

Los jueces parecieran concebir que, ante la quiebra de una empresa, la cooperativa de trabajo “es una herramienta adecuada a fin de superar su estado de insolvencia”.⁴⁵ De hecho, en relación con el valor de esta institución, la Organización Internacional del Trabajo en el preámbulo de la Recomendación 193 sostiene que las cooperativas son muy importantes en cuanto a “la creación de empleos, la movilización de recursos y la generación de inversiones, así

⁴³ Tal es así, que según Vítolo la gran novedad que trae la ley 26.684 es la introducción de dos nuevos principios rectores dentro del régimen concursal: primero, el “fomento de la reconversión de las relaciones laborales en forma de asociativas independientes para el rescate de empresas en crisis”; segundo, “el principio de conservación de la actividad productiva”. Cfr. Vítolo, Daniel, *Los paradigmas en el derecho concursal argentino. De las Ordenanzas de Bilbao a la ley 26.684*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, p. 973.

⁴⁴ Mensaje del Poder Ejecutivo del 17 de marzo de 2010.

⁴⁵ Tévez, Alejandra, *Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo*, cit., p. 334.

como [por] su contribución a la economía”. A ello debemos agregar que tienen un valor especial que se expresa en el significado que representa para los trabajadores hacer uso de sus propias fuerzas para conservar su empleo en un espacio de “propiedad conjunta y de gestión democrática”.⁴⁶

Al privilegiar el reclamo de las cooperativas, los jueces no sólo tienden a evitar el daño que el cierre de la empresa provoca a los trabajadores, sino también a los acreedores en general. Ya con anterioridad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, al examinar el espíritu que anima el artículo 190, según la redacción de la ley 25.589, reconoció que consiste en “priorizar la continuidad de la empresa en quiebra por parte de cooperativas de trabajo constituidas por los extrabajadores”, ya que de este modo “se concilia adecuadamente el interés de los trabajadores en conservar su fuente laboral —interés que cobró mayor relevancia ante la crisis económica y social que vive nuestro país desde 2001— y el interés de los acreedores tendiente a la venta de la empresa en marcha para así obtener un mayor valor”⁴⁷. Esta postura, por cierto, fue ratificada por la reforma introducida por la ley 26.684, cuyo objetivo central “en materia de continuación empresarial es potenciar la posibilidad de que la cooperativa de trabajo la lleve adelante”.⁴⁸

No se discute en las resoluciones examinadas que en la conservación de la actividad empresarial hay múltiples intereses involucrados, y, por eso, tiene una fuerte proyección sobre la sociedad en su conjunto. La continuación de la empresa satisface un fin extraconcursal, que se manifiesta en la contribución que genera sobre la economía y la sociedad, en tanto “empresa cooperativa para obtener beneficios mutuos”.⁴⁹ Ella atiende la situación de otros agentes del tráfico patrimonial, como los proveedores interesados en mantener sus ventas, los sindicatos, los órganos de recaudación de impuestos, e incluso, los responsables de la administración estatal, quienes no desean tener una mala imagen originada por el cierre de empresas.⁵⁰ En el mensaje del Poder Ejecutivo mencionado con anterioridad se contempló claramente este punto: “el mayor beneficio de lograr tales objetivos [es decir, la continuación de la

⁴⁶ Sección I.1 de la Recomendación 193 de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴⁷ “Frigorífico Yaguané S.A. s/Quiebra”, CNCom., Sala A, 06/11/2008.

⁴⁸ Tévez, Alejandra, “La cooperativa de trabajo como continuadora de la empresa en quiebra”, *cit.*, p. 968.

⁴⁹ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006, p. 18.

⁵⁰ Quintana Ferreyra, Francisco y Alberti, Edgardo Marcelo, *Concursos. Ley 19.551 y modificatorias, comentada, anotada y concordada*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 402 y 403.

empresa por parte de los trabajadores], será para la Nación Argentina, al contribuir a preservar el aparato productivo del país”.

En este orden de ideas, se puede decir que al trabajo se le atribuye una doble valencia: satisface las necesidades del individuo, pero al mismo tiempo de la comunidad.⁵¹ La utilidad y el valor de la actividad laboral, tanto a nivel individual como en el plano comunitario, justifican que, al ponderar el conflicto de derechos, tal como sucede en la mayoría de las resoluciones examinadas, se tienda a optimizar el derecho al trabajo. Éste es fundamental para la prosperidad de la sociedad, de ahí que deba ser protegido y garantizado por el Estado con la importancia que se merece.⁵² Sin ir más lejos, este tipo de doctrina se encuentra expuesta en el preámbulo del Convenio 168 de la Organización Internacional del Trabajo, que subraya “la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden”.

El trato judicial que recibe el trabajo se alinea con los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional y con el derecho internacional de los derechos humanos. Recordemos, a título ejemplificativo, que la Observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que el derecho al trabajo “es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana”, y el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que el trabajo “es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

⁵¹ Ya que en la Constitución del 49 se contemplaba este aspecto. El artículo 37 establecía que “el trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite”.

⁵² En tal sentido, en el artículo 6.2 del “Protocolo de San Salvador” se ha establecido que “los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos”.

V. CONCLUSIONES

Nuestro propósito en estas páginas, tal como hemos anticipado en la introducción, ha sido determinar los criterios interpretativos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial plasmados en las resoluciones donde se interpreta y aplica el marco normativo que posibilita a los trabajadores constituidos en cooperativa, continuar la explotación de la empresa en quiebra. Tras examinar las resoluciones comprendidas en el periodo de 2016 a 2017, hemos podido advertir que los jueces, sin perder de vista el objetivo último de conciliar los intereses que hay en juego en el proceso de quiebra, buscan optimizar el derecho al trabajo. Los esfuerzos interpretativos que realizan para proteger este derecho fundamental es una constante en las resoluciones. Un dato cuantitativo interesante es que de entre las decisiones examinadas sólo en tres casos se rechaza el pedido de los trabajadores: en la resolución del 15 de marzo de 2016 dictada en los autos “Compañía Industrial Cuero S.A. s/Quiebra”, en la emitida el 22 de septiembre de 2016 en la causa “Industrias RB SAIC s/Quiebra” y en el decisorio del 27 de septiembre de 2016 pronunciado en el expediente “Librería del Profesional S.A. s/Quiebra”. Esto no significa que estas decisiones carezcan de una justificación sólida o que sean desacertadas. De hecho, en los autos “Compañía Industrial Cuero S.A. s/Quiebra”, si bien la Sala C rechazó que los trabajadores continúen la explotación de la empresa, ordenó que la nueva adquirente mantenga sus empleos: los derechos del sector trabajador, pues fueron a las claras salvaguardados. En la causa “Industrias RB SAIC s/Quiebra”, hemos visto que la Sala D privilegió la creación de más puestos de trabajo, y en el caso de los autos “Librería del Profesional S.A. s/Quiebra” hubo algunas particularidades que invalidaron la opción de los artículos 189 y 190 de la Ley de Concursos y Quiebras. En esta causa, la Sala A no accedió al pedido de la cooperativa porque el proyecto presentado para continuar la actividad empresarial no contemplaba “previsión alguna sobre garantías y/o compensaciones en favor de la quiebra por la privación del único activo que posee”; de este modo, al estar involucrados otros acreedores laborales, la afectación del único activo de la fallida a la actividad de la cooperativa afectaría el pago de sus acreencias de carácter alimentario. En el conflicto de intereses, pues, el derecho de los trabajadores no tuvo el suficiente peso para inclinar la balanza de su lado.

En los fallos predomina, según hemos podido demostrar, una argumentación teleológica, que recurre a la *ultima ratio* de la ley, pero siempre en función

del sentido que anida en cada caso. Lejos de quedarse en la mera letra del texto legislativo, los jueces definen, en un ir y venir de la norma a los hechos, el derecho en cada situación concreta desde una visión iusfilosófica, que deposita un fuerte interés en preservar el trabajo y lo concibe como un bien humano esencial en la estructura social y económica.

Los trabajadores recurrieron a los jueces de segunda instancia en busca de una decisión justa que remediara las decisiones tomadas en contra de sus derechos en primera instancia. En este horizonte, la Cámara Nacional de Apelación en lo Comercial, con un criterio más ajustado a derecho y en sintonía con el sistema de respeto de los derechos humanos, supo asegurar el espíritu actual de la Ley de Concursos y Quiebras, que apuesta por la cooperativa en tanto instrumento eficaz para preservar los intereses de los trabajadores y de la sociedad en su conjunto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción, introducción y notas de José Luis Calvo Martínez, Madrid, Alianza, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- D'AGOSTINO, Francesco, "Interpretación y hermenéutica", *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ESSER, Josef, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- FESER, María Eleonora y MUTUBERRÍA LAZARINI, Valeria, "Reforma de la Ley de Concursos y Quiebras: desafíos para las futuras empresas", *Revista Idelcoop*, Buenos Aires, vol. 38, núm. 205.
- FINNIS, John, "Natural Law and Legal Reasoning Natural Law", *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1992.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

- GADAMER, Hans-Georg, “Texto e interpretación”, *Cuaderno Gris*, Madrid, núm. 3, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 2012.
- GEBHARDT, Marcelo, “La reforma concursal sobre cooperativas de trabajo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2011-D.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010.
- HASSEMER, Winfried, “Hermenéutica y derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985.
- HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, Madrid, Trotta, 2016.
- IHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.
- IRIBARNE, Santiago, “El razonamiento jurídico a partir de los niveles de conocimiento del derecho. Consideraciones para el análisis de un caso judicial”, en RABBI-BALDI, Renato (coord.), *Lecciones de teoría del derecho. Una visión desde la jurisprudencia constitucional*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- KAUFMANN, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, en RABBI-BALDI, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco, 2008.
- KAUFMANN, Arthur, “La espiral hermenéutica”, *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005.
- KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, Granada, Comares, 2007.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949.
- NINO, Carlos, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- PLATÓN, *Critón. El político*, traducción, introducción y notas de Francesc Casadesús Bordoy, Madrid, Alianza, 2008.
- QUINTANA FERREYRA, Francisco y ALBERTI, Edgardo Marcelo, *Concursos. Ley 19.551 y modificatorias, comentada, anotada y concordada*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- RABBI-BALDI, Renato, *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, Buenos Aires, La Ley, 2008-F.

- RABBI-BALDI, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1965.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- RUGGERI, Andrés, “¿Qué es una empresa recuperada por sus trabajadores?”, en RUGGERI, Andrés (comp.), *Las empresas recuperadas: autogestión obrera en Argentina y América Latina*, Buenos Aires, FFyL, 2009.
- SOLER, Sebastián, *Interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2018.
- TÉVEZ, Alejandra, *La cooperativa de trabajo como continuadora de la empresa en quiebra*, Buenos Aires, La Ley, 2011-D.
- TÉVEZ, Alejandra, *Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 2010.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.
- VÍTOLO, Daniel, *Los paradigmas en el derecho concursal argentino. De las Ordenanzas de Bilbao a la ley 26.684*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E.

EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA. UNIVERSAL, PERO INEFICIENTE: A PROPÓSITO DE LOS VEINTICINCO AÑOS DE SU CREACIÓN*

THE GENERAL SYSTEM OF SOCIAL SECURITY IN HEALTH OF
COLOMBIA. UNIVERSAL, BUT INEFFICIENT: A PURPOSE OF
TWENTY-FIVE YEARS OF ITS CREATION

LE SYSTÈME GÉNÉRAL DE SÉCURITÉ SOCIALE EN SANTÉ DE
LA COLOMBIE. UNIVERSEL, MAIS INEFFICIENT: UN OBJECTIF
DE VINGT CINQ ANS DE CRÉATION

David MENDIETA GONZÁLEZ**
Carmen Elena JARAMILLO***

RESUMEN: Según la Constitución colombiana, en su artículo 49, los principios de la seguridad social son la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. En 1993, el Congreso de la República expidió la ley 100, que es la base para la prestación de este derecho en general y la salud en particular. En veinticinco años se logró que todos los colombinos fueran cubiertos por el sistema, pero son muchas las voces que denuncian su crisis. Haciendo uso de una metodología descriptivo-analítica, se pudo concluir que hemos alcanzado la universalidad, pero tenemos un sistema ineficiente. Las fuentes utilizadas para apoyar el trabajo son normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia.

* Recibido el 27 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Abogado, especialista en derecho constitucional y magíster en derecho en la Universidad de Antioquia. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y doctor en derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Director del doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Medellín-Colombia, correo electrónico: dmendieta@udem.edu.co.

*** Abogada litigante en temas de salud; magíster en derecho en la Universidad de Medellín. Doctoranda en derecho de la misma universidad. Medellín-Colombia, correo electrónico: carmenelenaj@hotmail.com



Palabras clave: salud, derecho humano, seguridad social, Colombia.

ABSTRACT: According to the Colombian Constitution in its Article 49 the principles of Social Security are efficiency, universality and solidarity. In 1993, the Congress of the Republic issued Law 100, which is the basis for the provision of this right in general and health in particular. In 25 years, all Colombians were covered by the system, but there are many voices that denounce their crisis. Using a descriptive-analytical methodology it was possible to conclude that we have reached universality, but we have an inefficient system. The sources used are legal norms, doctrine and jurisprudence.

Key words: health, human rights, social security, Colombia.

RÉSUMÉ: En vertu de l'article 49 de la Constitution colombienne, les principes de la sécurité sociale sont l'efficacité, l'universalité et la solidarité. En 1993, le Congrès de la République a promulgué la loi 100, qui est à la base de l'exercice de ce droit en général et de la santé en particulier. En 25 ans, tous les Colombiens ont été couverts par le système, mais de nombreuses voix dénoncent leur crise. En utilisant une méthodologie d'analyse descriptive, il a été possible de conclure que nous avons atteint l'universalité, mais notre système est inefficace. Les sources utilisées sont les normes juridiques, la doctrine et la jurisprudence.

Mots-clés: santé, droit humain, sécurité sociale, Colombie.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Funcionamiento del Sistema General en Seguridad Social en Salud de Colombia.* III. *Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia.* IV. *La crisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia.* V. *La búsqueda de la universalidad del Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto internacional existe una preocupación por aumentar el número de personas que tienen acceso a la seguridad en el mundo, independientemente de si se trata de trabajadores formales o informales, de ahí que muchos instrumentos del derecho internacional vayan encaminados a consagrar y materializar la universalidad como principio rector.

...se reconocen los esfuerzos de cada uno de los instrumentos internacionales por ampliar la cobertura mundial, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, los convenios de la OIT (en especial el 102, de norma mínima de seguridad social), que tienden a reconocer la seguridad social como un derecho humano, con cobertura universal, independiente de las características de formalidad o informalidad laborales.¹

En este mismo sentido, el artículo 48 de la Constitución colombiana se refiere a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo el control del Estado, bajo los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, y es enfático al afirmar que no se podrán destinar ni utilizar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

En el país suramericano, el derecho a la salud se encuentra consagrado en los artículos 44 y 49 del texto constitucional, y hace parte del capítulo de los llamados “Derechos sociales, culturales y económicos”, exceptuando la salud de los niños, que tiene desde 1991 el rango de fundamental. A principio de los noventa se pensó en la salud como el típico derecho de segunda generación, que sólo se podía prestar acorde a las capacidades económicas del Estado. Pero con el paso del tiempo y por vía jurisprudencial se le dio el trato de fundamental, primero, por conexidad con derechos catalogados como tal, y luego, la Corte Constitucional le otorgó el estatus de derecho fundamental autónomo. Lo anterior, hasta que el propio legislador, a través de la ley estatutaria 1751 de 2015,² expresamente reconoció la fundamentalidad de este derecho.³

En Colombia, el modelo de seguridad social se creó de forma general en la Ley 100 de 1993, que establece y desarrolla los fundamentos que rigen los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales. Para tal efecto, la norma trae un numeroso articulado que establece la organización de los sistemas, su dirección y funcionamiento, así como las normas administrativas y financieras, el control y las obligaciones que se derivan de su aplicación. Señala la ley que dentro de los fundamentos del servicio público de la salud se encuentran

¹ Mendizábal, G., “Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con américa latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017, pp. 37-70.

² En Colombia, las leyes estatutarias tienen control de constitucionalidad previo. Véase Mendieta, David, “El (des)control de constitucionalidad en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 2, 2018, pp. 51-88.

³ “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”, artículo 1o., Ley 1751 de 2015.

los principios de eficacia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.⁴

En materia de salud, la ley consagra de manera coordinada una serie de organizaciones, normas y procedimientos de acceso a la comunidad, en general, con el fin de garantizar este derecho, conformando un complejo conjunto de entidades aseguradoras y prestadoras del servicio, entrelazadas, pertenecientes a los sectores público y privado, y que reciben el nombre de Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

Durante mucho tiempo, el acceso a la salud para la mayoría de los colombianos se determinó por la capacidad económica de cada quien, y muchos dependían de lo que se les pudiera ofrecer por caridad. Para la época de la expedición de la ley 100 de 1993, sólo un 23.7% de los colombianos tenían acceso asegurado a la salud y 76.3% no tenían garantizado el derecho.⁵ Se creó entonces, un sistema donde el Estado y quienes tienen recursos deben subsidiar a los que no los tienen. Para que funcionara el sistema se requería que los primeros fueran cada vez más y los segundos cada vez menos. Es decir, que cada vez más personas pudieran contribuir al pago de su propia salud, y que menos requieran asistencia del Estado.

Aunque es indiscutible el avance en la cobertura de la población, desde hace muchos años se escuchan voces de inconformidad con el sistema, dilación en la prestación del servicio, crisis económica, entre otros. El presente trabajo da fe de algunos cambios importantes que ha tenido el SGSSS durante sus 25 años de existencia en Colombia, abordando cuatro aspectos: 1. Funcionamiento del sistema; 2. Financiamiento del sistema; 3. Crisis del sistema, y 4. Universalidad del sistema, y al final se procederá con unas conclusiones.

II. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA GENERAL EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

En Colombia, el derecho a la salud busca garantizar con un sistema de aseguramiento compuesto por el Estado colombiano (Ministerio de Salud y Protección Social [MSPS], la Superintendencia de Salud, los entes territoriales tales como departamentos y municipios), las aseguradoras, que se denomi-

⁴ Artículo 2, Ley 100 de 1993

⁵ Agudelo, Carlos *et al.*, “El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”, *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2011, pp. 2817-2828.

nan Entidades Administradoras de Planes de Beneficios en Salud⁶ (EAPB) (dentro de las cuales están las Empresas Promotoras de Salud [EPS] y las Instituciones Prestadoras del Servicio [IPS]). El SGSSS está dividido en tres componentes, a saber: el Régimen Contributivo (RC) para los que tienen capacidad de pago, el Régimen Subsidiado (RS) para los que no tienen capacidad de pago y los Regímenes Especiales (RE) para los empleados de algunas entidades del Estado.⁷

Adicionalmente, son atendidas por el SGSSS personas que lo hacen en forma transitoria mientras se logra su vinculación. Son aquellas que no cuentan con los recursos necesarios para pagar por su propia salud, no hacen parte del RS, pero son atendidos por el sistema; hoy en Colombia son cerca del 5% de la población total del país, y según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para 2017 suman más de dos millones de colombianos.

En 1993, cuando se crearon los RC y RS, se establecieron diferencias entre el uno y el otro, no sólo porque el primero funcionaría con los aportes de los afiliados, y el segundo, con el subsidio del Estado y los cotizantes al RC, sino porque el plan ofrecido por el RC fue más amplio en comparación con lo que ofrecía el RS, estableciendo un trato diferencial en materia de salud en Colombia, algo así como personas de primera clase y personas de segunda clase, en un país marcado por las estratificaciones. Esto cambió con la expedición por parte de la Corte Constitucional, de la Sentencia T 760 de 2008, que ordenó unificar ambos planes, lo que para muchos significó un triunfo para la dignidad de los colombianos.⁸

“En lo que respecta a los planes de beneficios, se impartirán ocho órdenes. A saber,... (6) ordenar que se unifique el POS de los menores de edad; (7) ordenar que se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS en el caso de las demás personas...”⁹

⁶ Ministerio de Salud y Protección Social, Dirección de Epidemiología y Demografía, *Guía conceptual y metodológica para la caracterización de la población afiliada a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB)*, Bogotá, 2017.

⁷ Ocampo, J. y Osley Garzón, M., “El sistema de riesgos laborales frente al trabajador del sector informal”, *Opinión Jurídica*, 15 (30), pp. 183-204, 15 de diciembre de 2016, disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a9>.

⁸ Mendieta, D. y Tobón, M. L. (2018a), “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica e Teoría do Direito (RECHTD)*, 10(3):95-108, septiembre-diciembre de 2018.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 760 de 2008.

Con la expedición de la Ley estatutaria 1751 de 2015, el Plan Obligatorio de Salud (POS) desapareció, y se establece que los usuarios del SGSSS tienen derecho a todos los procedimientos y medicamentos que sean necesarios para prevenir y enfrentar una enfermedad, excepto aquellos que están expresamente excluidos. La ley le concedió al MSPS dos años para la creación de un mecanismo técnico científico, público, colectivo, participativo y transparente de exclusión de servicios o tecnologías de la financiación con dineros del SGSSS.¹⁰

En febrero de 2017, cuando se cumplieron los dos años dados por el legislador para la entrada en vigencia de esta condición, el MSPS expidió la resolución 0330, en la cual se fija un sistema de exclusión a cargo de la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, ente adscrito al MSPS, y se estableció que el proceso de exclusión deberá cumplir con las siguientes fases:

- Nominación y priorización.
- Análisis técnico-científico.
- Consulta a pacientes potencialmente afectados.
- Adopción y publicación de decisiones.¹¹

Mediante la resolución 5267 de 2017 del MSPS se excluyeron algunos medicamentos, pero también servicios y productos, como colegios e instituciones educativas, educación especial, toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico, entre otros.¹² Lo que llevará a quienes requieran alguno de estos medicamentos o productos excluidos a acudir a la tutela que en Colombia es el mecanismo rápido y efectivo para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales.

Inicialmente, el POS cubría sólo las enfermedades generales y algunas denominadas graves o congénitas, pero con la ayuda de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que impulsó la reforma del SGSSS, se ha ido logrando progresivamente la atención de enfermedades y procedimientos médicos que pueden ser costosos para el sistema.

En Colombia, la vulnerabilidad de la población se mide con un sistema de puntos que determina el acceso a los programas de asistencia social del

¹⁰ Ley 1751, artículo 15, parágrafo 1o.

¹¹ Resolución 0330 de 2017, del Ministerio de Salud y Protección Social, artículos 8 y ss.

¹² Resolución 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, anexo técnico.

Estado, denominado SISBEN.¹³ Para ser parte del RS se requiere estar inscrito en este sistema en los niveles 1 y 2, lo que significa estar censado como población pobre o que requiere atención prioritaria (niños abandonados o afectados por el conflicto, desplazados, indígenas, inmigrantes, como es el caso de los venezolanos, entre otros).

El decreto 1011 de 2006 les exige a los prestadores del servicio, sean del sector público o del privado, a constituirse como IPS e inscribirse en el Registro Especial de Prestadores de Servicios en Salud (REPSS). Se estima que para 2018 existan en Colombia 11.500 de ellas. Estas instituciones prestan el servicio según tres niveles de complejidad.¹⁴ Los tratamientos más complejos, pero también más costosos, son realizados por las del tercer nivel. Esto ha llevado a que las IPS públicas que deberían tener vocación de servicio a todos los colombianos, en la práctica hayan descuidado la atención en el primer y segundo nivel, y enfoquen sus esfuerzos humanos, económicos y tecnológicos para la atención en el tercero.

Con respecto a los prestadores públicos, se observa una disminución en la oferta de servicios de los primeros niveles de atención, a partir de la información del Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, la cual ha disminuido entre 2013 y 2016 en un 2.8%; en el segundo nivel se presenta el mismo comportamiento con una disminución del 1.5%; llama la atención el crecimiento significativo de las IPS públicas de tercer nivel de atención las cuales crecen durante el mismo periodo en 9.8%.¹⁵

Algunos prestadores han hecho un gran esfuerzo para certificarse como IPS de alta calidad. En julio de 2010 se contaba con diecinueve de estos prestadores acreditados, y a diciembre de 2018 ya había en el país 44 avaladas en estándares de excelencia.¹⁶ Éste es uno de los aspectos contradictorios de la salud en Colombia, al mismo tiempo que vivimos la mayor crisis de credibilidad del sector ante la sociedad; en 2018, veintitrés de nuestros hospitales están entre los 58 mejores de América Latina.¹⁷

Es innegable el logro de alcanzar en veinticinco años la cobertura universal en salud para los colombianos (para 2017 representaba el 94.6% de la pobla-

¹³ Disponible en: <https://www.sisben.gov.co/sisben/paginas/que-es.aspx>.

¹⁴ Resolución 5261 de 1994.

¹⁵ Ministerio de Salud y Protección Social, *Política de atención integral en salud*, Bogotá, 2016.

¹⁶ Disponible en: <http://www.acreditacionensalud.org.co/Documents/IPSacreditadas.pdf>.

¹⁷ Disponible en: <https://clustersalud.americaeconomia.com/gestion-hospitalaria/ranking-de-clinicas-y-hospitales-2018-estos-son-los-mejores-de-latinoamerica>.

ción asegurada, y el 5.2% faltante también tiene derecho a ser asistido). Pero no todos los colombianos tienen acceso efectivo a la misma calidad del servicio, pues existen muchas variables, tales como lugar de residencia,¹⁸ si la EPS a la que se pertenece tiene o no contrato vigente con las IPS que poseen mejor experticia y tecnología, si la EPS tiene o no créditos con las IPS, lo que significa que estamos frente a un sistema que de nuevo estratifica a los colombianos.

...En economías con fuertes disparidades distributivas, el problema más importante es la tendencia natural que genera el mercado a que el sector privado oriente su oferta —en cantidad y especialmente en calidad— hacia los sectores de mayores ingresos. Este problema no se soluciona necesariamente con un esquema de subsidios a la demanda y exige, por lo tanto, que el Estado diseñe instrumentos para aumentar la oferta dirigida a los sectores de bajos ingresos.¹⁹

III. FINANCIAMIENTO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

El sistema tiene diferentes fuentes de financiamiento. En primer lugar, los aportes de los trabajadores asalariados y sus empleadores, los independientes con capacidad de pago y los pensionados, los cuales, en los tres casos se afilian a una EPS, y, en segundo lugar, con contribuciones del Estado. Todos estos recursos se reúnen en la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), que los redistribuye a las EPS, según el número de afiliados que tienen en cada uno de los dos regímenes. En el país, el 50% de la población cubre con sus aportes y cotizaciones cerca del 70% de los gastos del sistema, y el otro 30% es asumido por el Estado. “En Colombia, los recursos financieros que se obtienen por medio de cotizaciones y aportes representan cerca del 70% del total, mientras que más del 50% de los afiliados se encuentran en el régimen subsidiado”.²⁰

¹⁸ Duque Quintero, S. *et al.*, “La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia”, *Opinión Jurídica*, 22 de enero de 2018, 16(32), pp. 189-209, disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a8>.

¹⁹ Ocampo, José Antonio, “Distribución del ingreso, pobreza y gasto social en América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 65, agosto de 1998.

²⁰ Agudelo, Carlos *et al.*, “El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”, *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2011, pp. 2817-2828.

Es importante aclarar que el artículo 66 de la ley 1753 de 2015, por medio de la cual se expide el Plan de Desarrollo 2014-2018, crea la entidad Adres, con el fin de asegurar la optimización de los recursos del SGSSS y realizar los adecuados controles. La nueva entidad está adscrita al MSPS, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. La entidad descrita reemplazó al Fondo de Seguridad y Garantía (Fosyga).

El Adres es una entidad descentralizada del orden nacional, asimilable a una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Su propósito es administrar todos los recursos del SGSSS. Cuenta con un director general y una junta; el primero, nombrado por el presidente de la República, de dedicación exclusiva y de libre nombramiento y remoción, y la segunda, integrada por el ministro de Salud (quien la preside), el ministro de Hacienda, el director de planeación nacional, un representante de los gobernadores y un representante de los distritos y municipios.

Como se dijo antes, en el RC se afilian las personas que tienen como hacer aportes para su propia salud (trabajadores del sector público y privado, pensionados, independientes). Este sistema opera con base en una cotización de sus afiliados, más los aportes de los empleadores. El RC se financia con los aportes de los trabajadores, cuya contribución es obligatoria y equivale a 12.5% de los ingresos laborales o salario base de cotización, de los cuales al trabajador se le descuenta un 4% de su salario, mientras que el empleador se encarga de pagar el restante 8.5%.²¹ Los trabajadores independientes y los pensionados deben pagar la totalidad de la contribución.

El RS se encarga de asegurar a las personas con menos recursos y que se encuentran identificadas por el Sisben. El RS se financia con 1.5% que aportan los trabajadores, el 1% que dan los pensionados y otros actores del RC,²² recursos de las entidades territoriales y demás fuentes establecidas en la ley.²³

Los RE afilian a los trabajadores de las fuerzas militares, la policía nacional, la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), los docentes que laboran para el Estado y las universidades públicas. Los RE operan con recursos de las cotizaciones de los funcionarios públicos más los aportes del Estado. Para los fines del presente trabajo, los RE serán tenidos en cuenta como parte

²¹ Ley 1122 de 2007, artículo 10.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, artículo 11.

del RC. Los recursos públicos con destinación a la salud son inembargables, tienen destinación específica y no se les podrá dar uso diferente al que se establece en la Constitución y en la Ley.²⁴

IV. LA CRISIS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA

Los recursos destinados al sector salud en Colombia son millonarios; representan un porcentaje importante del producto interno bruto (PIB), y cuyo promedio en los últimos veinticinco años es del 6%. El siguiente cuadro presenta una relación del PIB total por cada año, actualizando valores constantes en dólares y el porcentaje dedicado a la salud.

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
166271.7	174830.3	183925.8	187707.0	194145.9	195252.1	187043.7	192514.5
6.2	6.8	6.76	8.16	8.96	8.73	8.67	5.91

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
195744.7	200646.1	208507.9	219627.7	229964.6	245554.8	262372.0	270917.6
5.96	5.67	5.92	5.37	5.82	6.11	6.25	6.62

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
274183.3	286103.6	307168.1	319157.0	333732.5	349512.4	359843.8 ²⁵
7.01	6.75	6.54	6.83	6.81	6.4	6.2 ²⁶

²⁴ Ley 1751 de 2015, artículo 25.

²⁵ Producto Interno Bruto (PIB) total anual a precios constantes en dólares, disponible en: <http://estadisticas.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?IdAplicacion=6&idTema=131&idIndicador=2204&idioma=e>.

²⁶ El porcentaje del PIB con destinación a la salud en Colombia fue obtenido con información encontrada en Gilberto Barón-Leguizamón, “Gasto nacional en salud de Colombia 1993-2003. Composición y tendencias”, *Revista Salud Pública*, 9 (2), 2007, pp. 167-179, y la CEPAL, disponible en: <http://internp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idIndicador=55&idioma=e>. Se debe aclarar que para la fecha de construcción del texto no se encontraron datos de los años 2016, 2017 y 2018.

Para muchos, el SGSSS ha convertido la salud en un negocio, cuya cobertura es universal, pero de mala calidad y excluyente, pues muchas EPS establecen trabas al goce efectivo del derecho por parte de sus usuarios, obligándolos a tener que acudir a la vía judicial para acceder al derecho a través de la acción de tutela (mecanismo de amparo existente en Colombia para garantizar los derechos fundamentales). Para 2018 se presentaron en Colombia un total de 583.000 tutelas, de las cuales 197.055 fueron contra el sector salud; es decir, el 33%, y según las palabras del presidente de la Corte Constitucional, Alejandro Linares, la crisis de la salud se evidencia por el alto número de tutelas instauradas por los colombianos. “Creemos que la situación del Sistema de Salud sigue siendo crítica, eso se manifiesta en el número de tutelas que sigue la gente interponiendo en materia de acceso a la salud en todas sus formas”.²⁷

Desconocer o entorpecer el acceso al goce efectivo del derecho a la salud por el ánimo de lucro ha llevado a que el SGSSS colombiano esté siendo cuestionado, y muchos lo tildan de fallido y desprestigiado. “El afán por apropiarse de las utilidades económicas de este mercado es, en el fondo, el factor que ha impulsado y mantenido el modelo sanitario de Colombia a pesar de sus evidentes fallos y su desprestigio”.²⁸

Desde hace mucho tiempo, los colombianos sabemos que nuestro SGSSS está en crisis. Es común que los titulares de los periódicos y demás medios de comunicación nos lo recuerden, y no nos hemos repuesto de un escándalo, en el sector, cuando tenemos que enfrentar uno nuevo. Alcanzamos la universalidad, pero los usuarios se quejan de la mala calidad del servicio prestado.

El fenómeno financiero de la integración vertical, el uso indebido de recursos públicos, los sospechosos recobros de las eps al Fosyga e innumerables casos en los que se evidencia la muerte de pacientes debido a la pésima calidad del servicio, son apenas la punta del iceberg de un problema social caracterizado por su crisis en variables estructurales.²⁹

²⁷ Alejandro Linares, presidente de la Corte Constitucional de Colombia en entrevista dada a la cadena radial Caracol, el 18 de diciembre de 2018, disponible en: http://caracol.com.co/radio/2018/12/19/judicial/1545179479_836263.html.

²⁸ Gómez-Arias, R., “Colombia: ¿qué ha pasado con su reforma de salud?”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 31, núm. 4, Lima, octubre-diciembre de 2014.

²⁹ Rivera, A. F., “Coyuntura del sistema de salud en Colombia: caracterización de una crisis, desde las particularidades financieras de las EPS”, *Gestión & Desarrollo*, 10 (1), 2013, pp. 103-116.

El modelo de intermediación de las EPS en Colombia lleva mucho tiempo en entredicho. Recursos de la salud han sido utilizados en actividades ajenas a garantizar el derecho. Frente a la mala prestación del servicio, denuncias por corrupción y la incapacidad económica, varias aseguradoras han tenido que ser intervenidas y liquidadas, dejando deudas multimillonarias a las IPS e, incluso, llevando a su quiebra.

La combinación de crisis de legitimidad, crisis regulatoria generalizada e incapacidad de las aseguradoras en salud para responder por sus obligaciones, fue generando condiciones percibidas por los agentes públicos y privados como una crisis sectorial que afecta las expectativas futuras para el desarrollo del derecho a la salud y la garantía del goce efectivo al acceso, uso y calidad de los servicios...³⁰

V. LA BÚSQUEDA DE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA

Como se dijo en la introducción de este trabajo, la universalidad es uno de los primeros principios enunciados por el artículo 48 de la Constitución colombiana, pero pasados 25 años ¿hemos cumplido con este mandato? Para 2018, Colombia cuenta con 45 millones de habitantes con acceso al SGSSS con sus tres regímenes: el RC, el RS y los RE.

El sistema ha ido cubriendo progresivamente la mayor parte de la población colombiana. En el siguiente cuadro se muestra la evolución de esta cobertura. Se han tomado los años de los que consta la información por parte del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE); así:

<i>Año</i>	<i>Porcentaje de la población total del país cubierta por el SGSSS</i>	<i>De los que se encuentran cubiertos por el SGSSS que porcentaje pertenece al RC</i>	<i>De los que se encuentran cubiertos por el SGSSS que porcentaje pertenece al RS</i>	<i>Porcentaje de la población total del país no cubierta por el SGSSS</i>
1993	23.7	22.4		76.3
1997	57.2	37.6	19.6	42.8

³⁰ Suárez-Rozo, Luisa Fernanda *et al.*, “La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación”, *Rev. Gerenc. Polít. Salud*, 2017, 16 (32), pp. 34-50, disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps16-32.css>.

<i>Año</i>	<i>Porcentaje de la población total del país cubierta por el SGSSS</i>	<i>De los que se encuentran cubiertos por el SGSSS que porcentaje pertenece al RC</i>	<i>De los que se encuentran cubiertos por el SGSSS que porcentaje pertenece al RS</i>	<i>Porcentaje de la población total del país no cubierta por el SGSSS</i>
2003	61.8	38.9	22.9	38.2
2008	86	41.71	43.95	13.8
2010	88.7	42.13	46.12	11.1
2011	90.1	45.14	44.78	9.7
2012	90.6	43.04	47.3	9.2
2013	91.3	44.83	46.38	8.6
2014	94.1	45.07	48.83	5.8
2015	94.6	47.87	46.54	5.2
2016	95.4	47.8	47.4	4.4
2017	94.6	47.02	47.3	5.2

FUENTE: Elaboración propia con información suministrada por el DANE, excepto el año 1993, pues la información fue obtenida del texto de Carlos Agudelo que consta en las referencias.

Con la información anterior se puede decir que ha habido avances significativos en el número de personas cubiertas por el SGSSS, ya que ha pasado de un 23.7% en 1993, hasta llegar a un 94.6% en 2017, y logrado la mayor cobertura en 2016, con un 95.4%. Resta un 5.2% de la población que no está asegurada, pero sí tiene acceso al derecho, lo que nos lleva a concluir que en Colombia hemos alcanzado la universalidad real del derecho a la salud. “Asimismo, la universalización de la atención es un aspecto decisivo para seguir avanzando en la materialización del derecho a la salud. Pero, sigue siendo un reto el logro pleno de la universalidad”.³¹

Sin embargo, es importante no equiparar la cobertura universal con la accesibilidad. La gran mayoría de los colombianos pertenecen a un régimen de salud, ya sea contributivo o subsidiado, pero esto no significa que todos tengan acceso efectivo a IPS acreditadas por sus estándares de alta calidad y profesionales especialistas en las muchas áreas de la medicina. Es diferente cobertura que accesibilidad.

³¹ Agudelo, Carlos *et al.*, “El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”, *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2011, p. 2825.

Lo anterior refleja que existe una inequitativa distribución de la oferta de prestadores de servicios de salud en Colombia que impide un acceso equitativo a la atención médica.³²

Es tan abstracta la accesibilidad a los servicios de salud, que se han generado diversas barreras que impiden que la atención en salud se materialice de una manera efectiva.³³

Uno de los retos del SGSSS es que el número de personas que son parte del RC sea superior que los que pertenecen al RS. Aunque entre 1993 y 2003 el número de afiliados al RC era superior que los del RS, pero muchos no estaban cubiertos por el SGSSS, entre 76.3% (1993) y 38.2% (2003); pero en la medida en que más de estos colombianos ingresan al SGSSS, la brecha entre el RC y el RS desaparece, e incluso la tendencia es que haya más colombianos en el RS que en RC (2008, 2010, 2012, 2013 y 2014), y pocas veces se logró que las personas del RC fueran más que las del RS y por un estrecho margen (2011, 2015 y 2016). “En la medida en que el sector público opera como un «asegurador de última instancia» facilita la selección (discriminación) de riesgos por parte de las aseguradoras privadas, lo que redundará en una menor eficiencia y equidad”.³⁴

Aunque en los primeros cinco años del SGSSS hubo avances importantes en el proceso de formalización de trabajadores, en los últimos veinte años sólo se ha logrado el incremento de diez puntos del número de personas que se encuentran dentro del RC, al pasar del 37.6% en 1997, al 47.2% en 2017, lo que significa que sólo un 10% de la población nacional, en margen de tiempo tan amplio (veinte años) pudo adquirir las condiciones para ingresar al RC; es decir, vincularse laboralmente, mediante un contrato de trabajo, ser servidor público, pensionarse o ser trabajador independiente con capacidad de pago. Lo anterior es corroborado al sumar el número de afiliados al RS con los que no hacen parte del sistema en 1997 (19.6%+42.8% = 62.4%) y repetir la operación en 2017 (47.3%+5.2%= 52.5%). De nuevo la diferencia es un 10%, que son los que han ingresado al RC.

³² Ayala, Jhorland, “La salud en Colombia: más cobertura, pero menos acceso”, *Documentos de Trabajo sobre la Economía Regional*, Bogotá, Banco de la República, núm. 204, julio de 2014, p. 27.

³³ Álvarez, Gabriel, “Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores”, *Revista CES Derecho*, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre de 2016, pp. 106-125.

³⁴ Titelman, D., *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud. Los casos de Estados Unidos-Canadá-Argentina-Chile-Colombia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 47.

Con las cotizaciones se financia el régimen contributivo. En tanto se trata de un impuesto al trabajo, su magnitud está gobernada en gran parte por el empleo en el sector formal de la economía y los niveles salariales; es debilitada por el desempleo, la informalidad, la evasión y elusión de las cotizaciones.³⁵

Que un país, en un plazo de veinte años, haya formalizado sólo el 10% de su población, pasando de 37.6% a un 47.02% que contribuyen a su propia seguridad social en salud, y que la tendencia durante ese tiempo sea que la mitad de la población debe ser asistida con recursos del RC y del Estado, son datos que deberían preocuparnos y buscar opciones para que más colombianos puedan ingresar al SGSSS como contribuyentes.

Tal vez el principal desafío de los procesos de reforma sea el conciliar los requerimientos de eficiencia con los de solidaridad. En el ámbito del financiamiento, la introducción de seguros de riesgos debe ir acompañada con medidas que eviten la selección (discriminación) de riesgos, y sistemas de subsidios que permitan combinar la solidaridad en el financiamiento con contribuciones en función del riesgo.³⁶

Muchos acusan del mal estado de la salud en Colombia al SGSSS surgido de la ley 100 de 1993. En cincuenta años de su existencia ha habido intentos por sacarlo de una situación endémica. Mientras se lograba la universalidad, se sacrificaba la eficiencia. Los recursos económicos limitados han tenido que ser destinados para cubrir una gran población, y, en este proceso, mucho dinero se ha perdido en actos de corrupción y mercantilismo, perjudicando a los aportantes y a los no aportantes. Las aseguradoras y sus prestadores han visto la salud, más como un negocio que como un derecho. Hay esfuerzos encaminados a fortalecer la atención en el tercer nivel, descuidando el primero y el segundo, lo que en la práctica lleva a un trato discriminatorio hacia muchos colombianos. "...es claro considerar la crisis de la salud en Colombia como un problema moral que nace de la Reforma de 1993, la cual fue solicitada por organismos financieros internacionales con base en un proyecto de reforma realizado por un agente extraño a nuestra idiosincrasia..."³⁷

³⁵ Agudelo, Carlos *et al.*, "El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas", *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2011, pp. 2819.

³⁶ Titelman, D., *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud. Los casos de Estados Unidos-Canadá-Argentina-Chile-Colombia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 48.

³⁷ Gómez Pineda F. H., "La crisis de la salud en Colombia: un problema moral", *Rev. Colomb. Salud. Libre*, 11(1), 2016, pp. 48-56.

VI. CONCLUSIONES

La universalidad es uno de los principios que regulan la seguridad social en Colombia, y pasados cincuenta años de vigencia del SGSSS podemos afirmar que se alcanzó este logro, pues pasamos de tener un 23.7% en 1991 a un 94.6% de población asegurada y un 5.2% restante con acceso al derecho a la salud a cargo de las entidades territoriales, conforme a datos de 2017.

Hemos logrado la cobertura universal, pero la calidad es deficiente, son muchas las quejas de los usuarios frente al sistema que parece colapsado, y cada vez requiere más recursos públicos y privados para subsistir. Tenemos cobertura universal, pero deficiente.

El SGSSS en Colombia fue concebido de tal manera que la mayoría de sus miembros aportaran, y una minoría fuera subsidiada. Hoy, pasados cincuenta años, son más los subsidiados que los que aportan. Lo anterior crea dos efectos: 1) más recursos del Estado que podrían utilizarse para otras necesidades son usados para cubrir los déficits del sector salud, y 2) se crea un sistema desigual a la hora de prestar el servicio, donde los sujetos del sistema EPS e IPS establecen tratos diferenciales entre ellos y los usuarios, dependiendo de la EPS a la que pertenece el paciente y si ésta cuenta o no con el respaldo económico que briden confianza a las IPS a la hora de prestar el servicio; de lo contrario, éste será negado. La crisis del sector se evidencia en el número de tutelas que instauran sus usuarios. Para 2018, una de cada tres tutelas presentadas en el país fueron contra sujetos que hacen parte del SGSSS.

Tenemos más personas afiliadas, pero no todas tienen acceso efectivo a la salud. El país sigue siendo increíblemente desigual a la hora de acceder a centros hospitalarios y profesionales de la salud. Para 2018 tenemos veintitrés de los mejores 58 hospitales de Latinoamérica, pero están concentrados en Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga, mientras que un número importante de colombianos que se encuentran en regiones como la Orinoquia, Pacífica o Amazonia no tienen acceso ni siquiera a un centro de salud básico. En materia de salud, el país está dividido en castas, los que contribuyen y los subsidiados, los ricos y los pobres, los que viven en zonas donde hay buenos hospitales y el resto.

El SGSSS colombiano lleva mucho tiempo en cuidados intensivos; se han hecho esfuerzos, pero no lo suficientes para salvar al enfermo. El Estado colombiano (especialmente el Congreso de la República y el gobierno nacional) ha buscado salvar a la salud de su grave enfermedad con pañitos de agua tibia,

y mientras tanto los grandes perjudicados son aquellos que tienen menos recursos, ya sean del régimen subsidiado, pero también del contributivo. Tenemos un sistema universal, pero ineficiente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, Carlos *et al.*, “El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas”, *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2011.
- ÁLVAREZ, Gabriel, “Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores”, *Revista CES Derecho*, vol. 7, núm. 2, julio-diciembre de 2016.
- AYALA, Jhorland, “La salud en Colombia: más cobertura, pero menos acceso”, *Documentos de Trabajo sobre la Economía Regional*, núm. 204, Bogotá, Banco de la República, julio de 2014.
- DUQUE QUINTERO, S. *et al.*, “La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia. Opinión jurídica”, 16(32), enero de 2018, disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a8>.
- GÓMEZ PINEDA, F. H., “La crisis de la salud en Colombia: un problema moral”, *Rev. Colomb. Salud. Libre*, 2016, 11(1).
- GÓMEZ-ARIAS, R., “Colombia: ¿qué ha pasado con su reforma de salud?”, *Rev. perú. med. exp. salud pública*, Lima, vol. 31, núm. 4, octubre-diciembre de 2014.
- INFORME DE LA COMISIÓN DEL GASTO Y LA INVERSIÓN PÚBLICA, febrero de 2017, disponible en: http://www.minbacienda.gov.co/HomeMinbacienda/ShowProperty?nodeId=/OCS/P_MHCP_WCC-096783//idcPrimaryFile&revision=latestreleased.
- INFORME DE LA COMISIÓN DEL GASTO Y LA INVERSIÓN PÚBLICA, febrero de 2017, disponible en: http://www.minbacienda.gov.co/HomeMinbacienda/ShowProperty?nodeId=/OCS/P_MHCP_WCC-096783//idcPrimaryFile&revision=latestreleased.
- MENDIETA, David y TOBÓN, M. L. (2018a), “La dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho: el caso colombiano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(3), septiembre-diciembre de 2018.

- MENDIETA, David, “El (des)control de constitucionalidad en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 2, 2018.
- MENDIZÁBAL, G., “Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con américa latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 25, julio-diciembre de 2017.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. DIRECCIÓN DE EPIDEMIOLOGÍA Y DEMOGRAFÍA, *Guía conceptual y metodológica para la caracterización de la población afiliada a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB)*, Bogotá, 2017.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, *Política de atención integral en salud*, Bogotá, 2016.
- OCAMPO Jose Antonio, “Distribución del ingreso, pobreza y gasto social en América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 65, agosto de 1998.
- OCAMPO, J. y OSLEY GARZÓN, M., “El sistema de riesgos laborales frente al trabajador del sector informal”, *Opinión Jurídica*, 15(30), diciembre 2016, disponible en: <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a9>.
- RIVERA, A. F., “Coyuntura del sistema de salud en Colombia: caracterización de una crisis, desde las particularidades financieras de las EPS”, *Gestión & Desarrollo*, 10 (1), 2013.
- SUÁREZ-ROZO L. F., “La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación”, *Rev. Gerenc. Polít. Salud*, 2017; 16 (32).
- TITELMAN, D., *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud. Los casos de Estados Unidos-Canadá-Argentina-Chile-Colombia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

LA VULNERACIÓN AL MÍNIMO VITAL EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CHILENO*

THE VIOLATION TO THE VITAL MINIMUM IN CHILEAN SOCIAL SECURITY SYSTEM

LA VIOLATION DU MINIMUM VITAL DANS LE SYSTÈME DE SÉCURITÉ SOCIALE CHILIEN

Rodrigo MONTEIRO PESSOA**

RESUMEN: El debate sobre la eficiencia de los sistemas de seguridad social es presente, y se apunta factores como el envejecimiento de la población, el aumento de la esperanza de vida, las crisis económicas internacionales, como siendo preocupantes. En este proceso, se perciben las bajas pensiones de algunos sistemas, que no son capaces de asegurar la vida digna de sus asegurados. Este artículo estudia el caso del sistema de capitalización individual chileno, en cotejo con la interpretación constitucional moderna, que asegura a todas las personas un mínimo vital para la existencia digna, fundamentado en la protección de la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Palabras clave: mínimo vital, seguridad social, derechos fundamentales, pensiones.

ABSTRACT: The debate on the efficiency of social security systems is present, and points out factors such as the aging of the population, the increase in life expectancy, the international economic crises, as being worrisome. In this process, the low pensions of some systems are perceived, which are not able to ensure the dignified life of their insured.

* Recibido el 9 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesor de derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad de la Frontera; profesor de derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad de la Frontera; especialista en derecho de la seguridad social por Uniderp, Brasil.



This article studies the case of the Chilean individual capitalization system, in comparison with the modern constitutional interpretation that assures all people a vital minimum for a dignified existence, based on the protection of life, dignity, freedom, equality and solidarity.

Keywords: vital minimum, social security, fundamental rights, pensions.

RESUME: Le débat sur l'efficacité des systèmes de sécurité sociale est présent et met en évidence des facteurs tels que le vieillissement de la population, l'augmentation de l'espérance de vie, les crises économiques internationales, inquiétants. Dans ce processus, les pensions faibles de certains systèmes sont perçues, qui ne sont pas en mesure d'assurer la vie digne de leur assuré. Cet article étudie le cas du système de capitalisation individuelle chilien, en comparaison avec l'interprétation constitutionnelle moderne qui assure à tous un minimum vital pour une existence digne, fondée sur la protection de la vie, de la dignité, de la liberté, de l'égalité et solidarité.

Mots-clés: minimum vital, sécurité sociale, droits fondamentaux, pensions.

SUMARIO: I. *Breves antecedentes de la seguridad social en Chile y la preocupación actual con el sistema.* II. *El mínimo vital y su relación con la seguridad social.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. BREVES ANTECEDENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE Y LA PREOCUPACIÓN ACTUAL CON EL SISTEMA

Aunque en la antigüedad se pueden encontrar indicios de la preocupación con los riesgos que podrían retirar la capacidad de sobrevivencia de las personas,¹ solamente en el siglo XIX es que el Estado comienza a adjudicarse la tarea de regular cómo se dará la cobertura de tales riesgos, y a participar en este proceso.

La preocupación con la mantención de la vida de las personas y de su familia, a través de un sistema de seguridad, es derivada de la comprensión social

Cifuentes Lillo, Hugo *et al.*, *Seguridad social. Parte general y pensiones*, Santiago, *Librotecnia*, 2013, pp. 19 y ss., sobre la preocupación de grandes civilizaciones como China, India, los incas, aztecas y mayas, y también en la Edad Media con respecto a las contingencias sociales.

del Estado, cuya expresión típica de sus políticas públicas sociales se materializan por (pero no únicamente) la previsión social.² La postura del Estado social³ busca participar activamente en la persecución de los objetivos de la sociedad e intervenir cuando el mercado genera irregularidades que vulneran los derechos fundamentales de las personas.⁴

La inercia estatal resultaría en un *laissez faire*, que es contrario al bien común público, pues “el Estado no puede colocarse en una posición de prescindencia, suponiendo que a lo mejor la sociedad por sí misma hará lo que él omite”.⁵

La primera gran intervención estatal en seguridad social se ha dado en Alemania a fines del siglo XIX con las ideas del canciller Otto von Bismarck y las leyes de seguro enfermedad de 1883, seguro de accidente del trabajo de 1884 y seguro de invalidez y vejez de 1889.⁶

El “sistema bismarckiano” se conecta a una idea de seguro privado, inspirado en la protección del riesgo y limitada a trabajadores industriales. Los sujetos protegidos eran los trabajadores de bajos ingresos, que eran los únicos a financiarlo.⁷

En el siglo XX tuvimos otras manifestaciones legales en seguridad social, a través del Social Security Act de 1935, editado en los Estados Unidos como una de las medidas del *New Deal*, del gobierno Roosevelt, donde se empleó por primera vez el término “seguridad social”.

Esta ley surgió, justamente, posterior al periodo de la crisis de 1929, con la quiebra de la bolsa de Nueva York, en un periodo en que la pobreza se expandió en Estados Unidos, consecuencia del desempleo y la emergencia social. Su eje principal fue retirar “el problema de la ancianidad de la responsabilidad del voluntariado”.⁸

² Cinelli, Maurizio, *Diritto della previdenza sociale*, dodicesima edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2015, p. 7.

³ Para un estudio más detallado sobre la evolución del concepto de Estado véase García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 224.

⁴ Cinelli, Maurizio, pp. 26 y ss.

⁵ Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 116.

⁶ Ceballos Tapia, Hernan y Gumucio Rivas, Juan, *Los trabajadores independientes frente a la seguridad social*, Santiago, Editorial Andres Bello, 1972, p. 17.

⁷ Cifuentes Lillo, Hugo *et al.*, *cit.*, núm 1, p. 35.

⁸ Quinhoes, Trajano Augustus Tavares, y Fleury, Sonia, “La reforma del sistema de salud de los Estados Unidos de América en los años ‘90”, *Salud Colectiva*, 1(2), pp. 129-153,

La propuesta era simple: planteaba que “los beneficios serían proporcionales a las ganancias y se pagarían solamente a quienes los costeaban, la cobertura sería limitada y el sistema debía acumular reservas y autofinanciarse”.⁹

Comentan Quinhoes y Fleury, que este nuevo sistema vino a abrir un paradigma en la sociedad estadounidense, que acreditaba demasiado en los valores del individualismo la libertad y la independencia, y luego se vio golpeada por la crisis de 1929, debilitando sus creencias en la infalibilidad del mercado y la no interferencia estatal.¹⁰

Poco después, en Inglaterra (1941), el lord William Henry Beveridge idealizó el llamado “Plan Beveridge”, que es considerado un hito en materia de seguridad social, por el hecho de que no era excluyente como los primeros sistemas. El modelo de Beveridge buscó incluir la protección a todos los ciudadanos, sustituyó la noción aislada de riesgos por la de contingencias sociales y estableció un paradigma de financiamiento basado en contribuciones de los trabajadores, empleadores y del Estado (por aportes fiscales).¹¹

De acuerdo con las disposiciones del plan, la seguridad sería prestada desde la cuna a la tumba (*Social security from de cradle to the grave*). Para esto, unificó los seguros sociales existentes, y fundó la asistencia social como apoyo, “sujeta a prueba de la necesidad de quienes, por circunstancia especiales no les sean suficientes las prestaciones ordinarias”.¹²

El reconocimiento de la seguridad social como un derecho humano universal se dio solamente a fines de la Segunda Guerra Mundial, con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, artículos 22 y 25.¹³

2005, disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-8265200500200002&lng=es&tlng=es, p. 131.

⁹ Quinhoes Tavares, Trajano Augustus y Fleury, Sonia, *cit.*, núm. 8, p. 130.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Cifuentes Lillo, Hugo *et al.*, *cit.*, núm. 1, p. 34.

¹² *Ibidem*, p. 35.

¹³ Artículo 22. “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Artículo 25. “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad

En 1952, la Organización Internacional del Trabajo complementó las disposiciones de la DUDH, y reguló el contenido mínimo de la seguridad social que debiera ser perseguido por los países signatarios a través del Convenio 102, planteando el derecho a la seguridad social en nivel internacional.

En Chile, la evolución de la seguridad social siguió las mismas disposiciones planteadas precedentemente. Se inició con el desarrollo de mutuales por iniciativas privadas de grupos de trabajadores, desde el 18 de septiembre de 1853, cuando fue fundada la sociedad mutualista “Unión de los Tipógrafos”, por el peruano Victorino Laínez, en la capital chilena.

En 1855 se promulgó la primera ley sobre montepío,¹⁴ y el 19 de agosto de 1858 se fundó la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, “que ha sido considerada como la primera institución chilena de carácter previsional. Era una institución de carácter privado que tenía por objeto fomentar el ahorro y propender al bienestar de los imponentes. El Estado intervenía bonificando las cuentas de los ahorrantes, como una forma de incentivo a aquellos”.¹⁵

En esta evolución surgieron otras cajas de previsión, a través de la Ley 1.146, sobre seguro social para los empleados públicos; Ley 2.498 de 1911, que creó la caja de ahorro de los empleados de ferrocarriles del Estado, y la Ley 3.029 de 1915, creadora de la caja de retiro y montepío de las fuerzas armadas.

En 1924 se comenzaron a crear los sistemas estatales más organizados, con una importante actividad legislativa. En este contexto se promulgó la Ley 4.054, del Seguro Social, la Ley 4.055, de accidentes del trabajo y la Ley 4.059, de indemnización a empleados particulares.

La afiliación se daba por tener la condición de trabajador dependiente con contrato, lo que excluía a los independientes del sistema de seguro. De esta forma, se iban desarrollando en Chile los estándares modernos de seguridad social, financiados con aportes obligatorios de los que ejercen actividad laboral, además de los impuestos generales.

Pasada la etapa de universalización, Chile experimentó un cambio considerable en su sistema de seguridad social. En efecto, la promulgación del Decreto Ley 3.500 de 1980 sustituyó al antiguo sistema público por uno ad-

y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

¹⁴ Derecho previsional que tiene los asignatarios legales del personal militar, fallecido en retiro o en servicio activo, según los requisitos de la ley.

¹⁵ Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Manual de legislación previsional*, 2a. ed., Santiago, Thomson-Reuters, 2014, p. 45.

ministrado por las llamadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) que poseen su delimitación en el título IV, artículo 23 y siguientes.

Este nuevo contexto, “aunque se le presentó como Reforma Previsional, no fue sino la sustitución del Antiguo Sistema previsional, basado en el principio solidario, el financiamiento tripartito y el régimen de reparto, por un Nuevo Sistema, basado en la capitalización individual y la administración privada de los Fondos de Pensiones”.¹⁶

El sistema chileno buscó uniformar las leyes del trípode de la seguridad social (salud, asistencia y previsión social), de forma a garantizar el mismo acceso a las prestaciones del sistema (universalidad) y prestaciones uniformes que conforman la base principiología de la seguridad social de este país.¹⁷

El mayor problema se dio con las pensiones. La planificación de este nuevo sistema acusaba el antiguo (de reparto), como un modelo en quiebra. No obstante, respetados economistas rebatieron estos argumentos en el momento en que se inició la discusión para implementar los cambios, presentando estadísticas que no corroboraban con la declaración de quiebra del sistema de reparto.¹⁸

El sistema de capitalización trabaja bajo la lógica de acumulación de fondos individuales. Por ende, las contingencias cubiertas serán pagadas según la rentabilidad obtenida con las cotizaciones de los afiliados. En este sistema,

se reservan las cotizaciones de los afiliados y los demás aportes que procedan durante un período bastante prolongado, que se determina estadísticamente con el objeto de acumular un determinado capital que en conjunto con sus intereses, permita financiar íntegramente los costos de la Seguridad Social, es decir, las prestaciones y gastos de administración.¹⁹

Como regla, el sistema de capitalización no se fundamenta en el principio de solidaridad, ya que todos los aportes van para una cuenta individual, y de ahí se retira lo necesario para costear la prestación exigida. Por lo menos, para el sistema de pensiones.²⁰

¹⁶ Elter, Doris, *Sistema de A.F.P chileno: injusticia de un modelo*, Santiago, LOM Ediciones, 1999, p. 5.

¹⁷ Lanata Fuenzalida, Gabriela, *cit.*, núm. 15, pp. 23 y ss.

¹⁸ Matus, Alejandra, *Mitos y verdades de las AFP*, Santiago, Aguilar, 2017, pp. 67 y ss.

¹⁹ Lanata Fuenzalida, Gabriela, *cit.*, núm. 15, p. 42.

²⁰ Existen otras funciones de la seguridad social que no son financiadas con la capitalización individual, como el caso de las pensiones solidarias en Chile que son financiadas por tributos con el presupuesto general del Estado. Véase Cifuentes Lillo, Hugo *et al.*, *cit.*, núm. 1, p. 111.

La elección sobre la forma como los países deben financiar la seguridad social es el gran problema que se discute hoy día. No es una tarea fácil, ya que es trascendente observar una serie de factores que deben ser tomados en consideración cuando se diseña el modelo ideal.²¹

En los sistemas solidarios de reparto o capitalización parcial colectiva con financiamiento tripartito, como ha sido la tendencia en el mundo antes de comenzar a verificarse las crisis relacionadas con el costo de las prestaciones del Estado en políticas públicas, la preocupación con la sustentabilidad es evidente.

Más allá, las condiciones en que se encuentra el Estado cambian en el tiempo, principalmente por los llamados ciclos económicos.²² De esta forma, la posibilidad de otorgar mayor protección financiera a través de políticas de seguridad social puede variar en el tiempo, por exigencias de preservación y consolidación del presupuesto público, por políticas inflacionarias, por altas tasas de desocupación o de trabajos precarios, por la variación del costo de la intervención de la protección social, cambio demográfico, o nuevas necesidades sociales.²³

Otros factores también influyen en el equilibrio y sustentabilidad de la seguridad social, tales como la globalización de la economía, envejecimiento demográfico, cambio de la composición del cuerpo social, fenómenos migratorios, etcétera.²⁴

Por estos motivos, encontramos a los que abogan por la transición del sistema de reparto para el sistema de capitalización, porque este sistema permite (supuestamente) una mayor sustentabilidad, considerando que las prestaciones serán pagadas según la cantidad de recursos que existen en la cuenta

²¹ Conde-Ruiz, Ignacio y Profeta, Paola, "The Redistributive Design of Social Security Systems", *The Economic Journal*, vol. 117, núm. 520, abril de 2007, pp. 686-712.

²² Arthur Burns y Wesley Claire Mitchell son pioneros en esta materia. Explican que "los ciclos económicos son una forma de fluctuación que se encuentran en la actividad económica agregada de las naciones que organizan su trabajo principalmente en empresas: un ciclo consiste de expansiones que ocurren al mismo tiempo en múltiples actividades económicas, seguidas de recesiones, contracciones y recuperaciones igualmente generalizadas, que se entrelazan con la fase expansiva del siguiente ciclo; esta secuencia de cambios es recurrente pero no periódica; en duración, los ciclos económicos varían desde más de un año a diez o doce años; no son divisibles en ciclos más cortos de carácter similar, cuyas amplitudes se aproximen a la propia". Burns, Arthur y Mitchell, Wesley, *Mediación de los ciclos económicos*, Nueva York, NBER, 1946, p. 3.

²³ Cinelli, Maurizio, *cit.*, núm. 2, p. 22.

²⁴ *Idem.*

de capitalización individual de cada persona, sin muchas garantías sobre el monto final de las pensiones.²⁵

Sin embargo, existen sistemas de reparto y de capitalización parcial colectiva que muestran rentabilidad, como es el caso brasileño, demostrado a través del análisis presupuestario del informe de la Frente Parlamentar Mixta en Defensa de la Seguridad Social, en mayo de 2016, con datos del Ministerio de Previsión Social, de la Secretaría del Tesoro Nacional, de la *Receita Federal do Brasil* y de Sistema Integrado de Administración Financiera del Gobierno Federal, demostrando los sucesivos superávits de la seguridad social brasileña desde 2005 hasta 2015.²⁶

O el caso de España, que aunque el superávit ha caído en los últimos años, sigue demostrando que el nivel de ingresos es mayor que el nivel de gastos. Por lo que la preocupación del sistema es una reforma que no permita que la caída del superávit pueda transformarse en un déficit estructural.²⁷

El modelo de seguridad social, independientemente de la forma como será financiado, no puede observar solamente la sustentabilidad económica en desmedro de los derechos de los afiliados. La dignidad humana, la libertad y la vida no pueden ser relativizadas por una mala administración o un mal diseño del modelo de la seguridad social. Principalmente cuando se verifica la existencia de derechos mínimos que deben ser garantizados a todo momento. El concepto de mínimo vital es importante para reconocer el deber del Estado en garantizar el acceso y la protección de derechos mínimos, necesarios para que todos puedan tener un nivel de vida digno, independiente de la fase de la vida en que se encuentre.

II. EL MÍNIMO VITAL Y SU RELACIÓN CON LA SEGURIDAD SOCIAL

La preocupación con el “mínimo vital” para la existencia digna es algo estrechamente relacionado con la postura del Estado en adjudicarse la parti-

²⁵ Para un análisis sobre el tema véase Barr, Nicholas, *La verdad sobre la reforma de los sistemas de pensiones*, Santiago, Finanzas & Desarrollo, 2001.

²⁶ Faria De Sá, Arnaldo y Paim, Paulo, *Desmistificando o deficit da previdência: propostas para uma previdência social pública, justa e solidária*, p. 4. disponible en: <http://fundacaoanfp.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/FOLDER-FRENTE-PARLAMENTAR-10.pdf>.

²⁷ Domenech, Rafael, “La sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Revista Seguridad Social Activa*, disponible en: http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Opinion/REV_027672?ssNotPrincipal=REV_027859&ssSeccionPrincipal=Panorama].

cipación en la persecución de los planes de vida que las personas valoran, y tienen razones subjetivas para valorar.

En el medievo, la caridad particular era responsable por ayudar a los más pobres a tener condiciones mínimas de existencia. Ellos eran totalmente dependientes de cualquier actitud benefactora de los particulares.²⁸

Juan Luis Vives, en la Edad Media, a través de su obra *Del socorro de pobres* (*De subvencione pauperum*) expresó la importancia de la caridad para remediar el problema de la pobreza, pero innovó, argumentando que el Estado debiera ser el responsable por la asistencia a los más necesitados.²⁹

Aun así, la ayuda establecida siguió siendo condicionada, ya que las conocidas *Old Poor Laws*, que fueron promulgadas en 1579 en Escocia y en 1601 en Inglaterra, obligaban a los que recibían ayuda a trabajar en las *workhouses*.³⁰ Esta postura solamente cambió con el Gilbert's Act de 1782, que eliminó este requisito y habilitó la asistencia financiera para los capaces de trabajar que no entrasen en las *workhouses*.³¹

La importancia de las antiguas leyes de los pobres de Inglaterra está en el camino que abrió para la experiencia de *Speenhamland*, que cimentó un sistema de renta mínima que todos los habitantes del condado británico de Berkshire deberían recibir, sea como fruto de su trabajo, sea como subsidio para los que no tenían trabajo.³² Un sistema que tuvo sus problemas, pero que inició la comprensión de la asistencia a los más necesitados como un derecho.³³

²⁸ En la Edad Media, la ayuda a los más necesitados se dio con las casas de caridad, asilos, conventos, etcétera. Luego, la Iglesia católica asume la ayuda a los pobres a través de las hermandades de socorro, comunidades religiosas, cajas de ahorro y montepíos. Véase Cortés González, Juan Carlos, *Derecho de la protección social*, Bogotá, Legis Editores, 2009, pp. 26 y 27.

²⁹ Vives, Juan Luis, *Del socorro de los pobres*, Barcelona, Editorial Hacer, 1992.

³⁰ La primera fecha de uso de la palabra *workhouse* para el *Diccionario Oxford* remite a 1652 en Exeter: "Que dicha casa se convierta en una casa de trabajo para los pobres de esta ciudad y también una casa de corrección para el vagabundo y personas desordenadas dentro de esta ciudad". Higginbotham, Peter, *The Workhouse, the Story of an Institution*, disponible en: <http://www.workhouses.org.uk/intro/>.

³¹ Blaug, Mark, The Myth of the Old Poor Law and the Making of the New, *The Journal of Economic History*, vol. 23, Cambridge, Cambridge University Press, 1963, p. 151; Clément, Alain, "Revenu minimum: les leçons de Speenhamland", *Lien social et Politiques*, núm. 42, automne 1999, p. 50.

³² Miralles, Rafael, "A la sombra de Speenhamland: Una perspectiva histórica para el ingreso mínimo de inserción", *Documentación Social*, Madrid, Caritas, núm. 78, 1990, p. 71.

³³ Para comprender mejor los problemas que han generado la experiencia de Speenhamland, véase Miralles, Rafael, *cit.*, núm. 36, p. 22; Aguirre, Julio y Lo Vuolo, Rubén, "El sistema de

Sin embargo, este sistema fue sustituido por las New Poor Laws en 1834, influenciadas por las ideas de Thomas Malthus, que desaprobaba cualquier tipo de ayuda a los pobres. Malthus consideraba que el sistema *Speenhamland* “tenía una influencia negativa sobre la disciplina, la oferta laboral, la reproducción de la población y el crecimiento vegetativo de la pobreza”,³⁴ ya que “las políticas de este tipo buscan eliminar el «estado de escasez» y los mecanismos de auto-regulación necesarios para el equilibrio entre oferta y demanda del mercado laboral”.³⁵

El cambio de actitud con relación al pensamiento de Malthus tuvo en Robert Owen una pronta respuesta. Aunque Owen criticó los malos hábitos de los pobres, el británico también advirtió que abandonar las personas a su suerte implicaría la desgracia de todos.³⁶ Por ende, el bienestar colectivo debería ser promocionado tanto por individuos (a través de parroquias, condados, etcétera) como por toda la nación a través del Estado.³⁷

Solamente con las ideas iusnaturalistas y de la Ilustración es que se modificaron las bases que fundamentan y justifican la asistencia pública a los más necesitados. Estas doctrinas cambiaron, en definitiva, la visión sobre la caridad particular en el deber de asistencia, para establecer la asistencia pública como un derecho natural de los ciudadanos.³⁸

Bertrand Russell, nutrido por esta nueva visión, también legitimó el papel del Estado en la protección de los más desfavorecidos, como forma de que todas las personas pudieran participar en las actividades de su comunidad.³⁹

En esta misma línea, la doctrina social de la Iglesia católica, igualmente fomentó la idea de que el Estado debiera hacerse cargo de la ayuda asistencial que garantizara un mínimo de condiciones de vida digna.⁴⁰

Speenhamland, el ingreso ciudadano y la retórica de la reacción”, documento de trabajo del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), vol. 79, 2011, p. 27.

³⁴ Lo Vuolo, Rubén, *cit.*, núm. 37, p. 5.

³⁵ *Idem.*

³⁶ Owen, Robert, “Report to the Committee of the Association for the Relief of the Manufacturing and Labouring Poor, referred to the Committee of the House of Commons on the Poor Laws, 1817”, disponible en: <http://la.utexas.edu/users/bcleaver/368/368owenrptcom.html>.

³⁷ Owen, Robert, *cit.*, núm. 40.

³⁸ Bitencourt Neto, Eurico, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 27.

³⁹ Sheahen, Allan, *Basic Income Guarantee: Your Right To Economic Security*, Nueva York, Palgrave-MacMillan, 2012, p. 1.

⁴⁰ Bitencourt Neto, Eurico, *cit.*, núm. 42, p. 34.

En 1950, Otto Bachof argumentó que la dignidad humana no reclama únicamente la garantía de libertad, sino también un mínimo de seguridad social que le permita llevar una existencia digna.⁴¹

Todo esto demuestra que a diferencia de lo que se entendía en el medievo, la fraternidad no es compasión, y la solidaridad no es caridad, sino un derecho.⁴² La solidaridad establece el ente estatal como principal actor de gestión del bien común, y confirma la ruptura con la caridad particular, heredada de las guerras religiosas y de los conflictos de clase, como una visión que resuelve el problema a través del Estado democrático constitucional.⁴³

Estas bases formarán el concepto del mínimo vital como un principio jurídico que establece el paradigma mínimo de lo que es considerado como esencial para la existencia digna de las personas, y que debe ser institucionalizado por el Estado.

Esta idea se materializa en Europa por medio de la construcción jurisprudencial y doctrinaria, ya en la década de los cincuenta, como se observa por el fallo del Tribunal Administrativo Federal Alemán (*Bundesverwaltungsgericht*), BVerfGE 1, 97 de 1951, señalando “que la «realización del Estado social» implica la obligación del legislador de tomar medidas a objeto de cumplir con este fin en el ámbito de la seguridad social y, al no hacerlo arbitrariamente «podría surgir aquí un derecho del individuo que puede ser reclamado a través de un recurso de inconstitucionalidad»”.⁴⁴ Este mismo tribunal aseveró que la dignidad humana es inviolable, y que la garantía de ingresos mínimos es fundamental.⁴⁵

Este argumento fue repetido en otros fallos del Tribunal Constitucional alemán,⁴⁶ principalmente en la sentencia BVerfGE 40, 121 [Pensión de orfandad II] del 18 de junio de 1975, en que tenemos una expresa referencia al mínimo vital.

⁴¹ Bachof, Otto, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm 12, 1954, pp. 42 y 43.

⁴² Brunkhorst, Hauke, *Solidarity: from civic Friendship to a Global Legal Community*, Cambridge, MIT Press, 2005, p. 3.

⁴³ Brunkhorst, Hauke, *cit.*..., núm. 46, p. 99.

⁴⁴ BVerfGE 1, 97, decisión de 19 de diciembre de 1951, disponible en: <http://sorminiseru.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=br001097>].

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Véase fallo del Tribunal Constitucional alemán BverfGE 78, 104 26.04.1988, BverfGE 82, 60 del 29.05.1990 “En la contribución sobre ingresos una cantidad igual a la subsistencia de la familia permanecerán libres de impuestos; Sólo más allá de este ingreso debe estar sujetos a impuestos”, y BverfGE 87, 153 del 25.09.1992 “el contribuyente sobre la renta no debe ser privado de su sustento necesario y de las necesidades de su familia (de subsistencia)”.

En la doctrina, en 1986, Robert Alexy escribió su *Teoría de los derechos fundamentales* (*Theorie der Grundrechte*), y argumentó sobre los derechos de prestación fáctica que incluyen el mínimo vital.⁴⁷

José Joaquim Gomes Canotilho (1989), en un artículo destinado a tratar los derechos sociales, estableció la base de protección del mínimo vital a través del derecho a la vida, que entre otras cosas debe asegurar el “derecho a la obtención de prestaciones públicas que faciliten condiciones de subsistencia mínimas”.⁴⁸ Afirmó Canotilho que “en lo que respecta al derecho a la vida, creemos que ningún autor, incluso liberal a «ultranza», tiene hoy el valor de decir que el ciudadano no tiene ningún derecho frente al Estado a prestaciones mínimas y, correlativamente, que éste no está obligado (o tiene el «privilegio» de no hacerlo) a suministrarle prestaciones”.⁴⁹

En España, el profesor Luis Jimena Quesada escribió, en 1997, el libro *La Europa social y democrática de derecho*, que argumenta sobre los principios de la Constitución española que fundamentan la protección de los grupos vulnerables. Para él, la seguridad social contiene los preceptos que determinan las bases de tutela de las prestaciones existenciales mínimas.⁵⁰

Jimena Quesada extrae de la Constitución española la fundamentación del mínimo vital de los derechos a la vida (artículo 15); la libertad (artículo 17); el derecho a la igualdad (artículo 14), y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24).⁵¹

Prieto Sanchís también publicó una obra destinada a extraer la garantía del mínimo vital de preceptos constitucionales presentes en la carta política española. Su trabajo de investigación denominado *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial* construye la idea del mínimo vital a partir del derecho a la vida (artículo 15); de la fórmula del Estado social (artículo 1.1); de la dignidad humana (artículo 10.1), y de la protección a la salud (artículo 43).⁵²

⁴⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2014, p. 171.

⁴⁸ Gomes Canotilho, Joaquim José, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988, p. 250.

⁴⁹ Gomes Canotilho, Joaquim José, *cit.*, núm. 53, p. 252.

⁵⁰ Jimena Quesada, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 298.

⁵¹ Jimena Quesada, Luis, *cit.*, núm. 55, p. 301.

⁵² Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel et al., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, 48 pp.

Así, desde nuestra argumentación, el mínimo vital se consolida no como un nuevo derecho, sino como un principio jurídico que fundamenta las demandas que están relacionadas con su contenido, por la forma como fue construido doctrinariamente, y la forma como se utiliza este argumento para fundamentar pedidos positivos (prestaciones del Estado) o negativos (abstención del Estado en vulnerar el mínimo vital) en los tribunales europeos y latinoamericanos.⁵³

El mínimo vital, que tiene la pretensión de asegurar las condiciones mínimas para una vida digna a todas las personas, pasa por el discurso de la seguridad social, que es una forma de materializarlo y tutelarlos. Dentro de la perspectiva del Estado como aliado de la sociedad en la persecución del bien común, de ninguna forma la seguridad social puede permitir que el contenido de sus prestaciones sea insuficiente para garantizar un mínimo de vida digna, pues sería contraria a la lógica de este principio jurídico.

En este punto, dada la amplitud del tema, nos centraremos exclusivamente en el derecho de pensiones en el sistema de seguridad social chileno, de forma a verificar si Chile cumple con la garantía del mínimo vital para las personas que viven bajo su tutela.

De inicio, si observamos la tasa de reemplazo,⁵⁴ según los datos de la (OCDE), Chile tiene un 32,8% de reemplazo.⁵⁵ El promedio de la OCDE es de 54,13%, lo que significa que en general las personas ganarán —promedio— la mitad de lo que ganaban cuando estaban en actividad, y, obviamente, estos datos comprenden los que ganaban el sueldo mínimo, lo que es preocupante, considerando que existirán personas con una pensión promedio de la mitad del sueldo mínimo de su país.

En Chile, 87,5% de los hombres y 94% de las mujeres reciben una pensión inferior a 154.304 pesos chilenos, que es inferior a los 276.000 que representan el sueldo mínimo fijado para el 1o. de enero de 2017 por la Ley 20.935 de 2016.

Según el informe del Ministerio de Desarrollo Social de Chile (febrero de 2017), la línea de la pobreza está determinada por un ingreso de 155.623

⁵³ Para mayores detalles véase Monteiro Pessoa, Rodrigo, *El mínimo vital como principio jurídico derivado de los derechos a la vida, igualdad, libertad y dignidad humana y los problemas para su implementación en Chile*, Santiago, tesis para optar por el grado de doctor en derecho, Universidad de Chile, 2018.

⁵⁴ Que significa la proporción de prestación de la pensión con relación al último sueldo o del sueldo promedio de un espacio de tiempo.

⁵⁵ OECD, *Gross pension replacement rates*, 2018, disponible en: <https://data.oecd.org/pension/gross-pension-replacement-rates.htm>].

pesos chilenos,⁵⁶ luego, el 87,5% de los hombres pensionados, y 94% de las mujeres pensionadas, si no cuentan con apoyo familiar, estarían en la línea de la pobreza.

Los bajos valores de las pensiones en el modelo de capitalización individual chileno no se deben a la baja recaudación por las cotizaciones. Muchas personas intentan justificar el bajo valor de las pensiones por los bajos sueldos del país o por la presencia de lagunas de cotización durante la vida laboral.⁵⁷

La inversión de los fondos es parte importante de la promesa de rentabilidad, y componen el mercado de capitales operado por las Administradoras de los Fondos de Pensión (AFP). Los mecanismos utilizados por las AFP, que cobran comisiones por administrar los fondos, comprenden la posibilidad de “venta” de los fondos acumulados por el cotizante para una aseguradora, que trabajará con una tabla de riesgo (lógica de los seguros) y fórmulas actuariales desconocidas por los afiliados al modelo, y esto resulta en los valores bajos de las pensiones finales.⁵⁸

Si la recaudación fuera insuficiente, el modelo administrado por las AFP no tendría un funcionamiento cercano a un sistema de reparto. Es posible constatar los datos de la propia Superintendencia de Pensiones y de otros órganos investigadores para verificar que lo acumulado es bastante superior a lo que se está pagando en beneficios. Si también se dijera que es necesario acumular para pagar más beneficios a corto y largo plazo, se concluye que “ni aun en los cálculos demográficos más fatalistas ese pozo disminuirá si se mantienen las lógicas actuales de administración”.⁵⁹

Éste es un escenario preocupante, considerando que Chile establece un sueldo mínimo, pero no se preocupa en establecer el mismo paradigma en materia de pensiones, que se reciben por cuenta de una actividad laboral.⁶⁰ Es decir, las pensiones conforman un derecho relacionado con el derecho

⁵⁶ Informe Mensual del Ministerio de Desarrollo Social-Valor de la Canasta Básica de Alimentos y Líneas de Pobreza, disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/ipc/17_03_CBA_LPs_febrero2017.pdf.

⁵⁷ Paredes, Ricardo y Díaz Fuchs, Daniel, *Pensiones y tasas de reemplazo generadas por el Sistema de AFP en Chile*, 2013, disponible en: <https://www.aafp.cl/wp-content/uploads/2016/05/Tasas-de-Reemplazo-Pensiones-de-Vejez-2012-Informe-Final.pdf>.

⁵⁸ Matus, Alejandra, *cit.*, núm. 22, p. 139. Este sistema es ofrecido en el caso de las pensiones vitalicias.

⁵⁹ Matus, Alejandra, *cit.*, núm. 22, p. 146.

⁶⁰ En Brasil, por ejemplo, el artículo 201, § 2o. de la Constitución de 1988 establece que ningún beneficio que sustituya el sueldo imponible o el ingreso laboral del asegurado tendrá valor mensual inferior al sueldo mínimo.

al trabajo y derivado de él. Empero, con distinta protección, para no decir desprotección.

Existe una garantía estatal en materia de pensiones en Chile,⁶¹ aunque ésta no es de acceso universal, ya que es necesario cumplir con algunos requisitos: tener sesenta años o más si eres mujer, 65 años o más si eres hombre, tener veinte años de cotizaciones efectivas, tener saldo cero en la cuenta de capitalización individual, no ser pensionado del antiguo sistema previsional y no percibir ingresos iguales o mayores a la pensión mínima de vejez vigente.

Los valores actuales pagados como pensión mínima para los que cumplen estos requisitos están entre 134.784 pesos chilenos y 157.246 pesos chilenos, de acuerdo con la edad del solicitante. Valores que son inferiores al sueldo mínimo vigente, y que, según demostramos anteriormente, pueden posicionar a la persona que los recibe abajo del umbral de la pobreza.

De esta forma, Chile, en respeto a los principios constitucionales y a la normativa internacional ratificada por el país, y que es parte de su ordenamiento jurídico, no puede cerrar los ojos para la promoción de un estándar mínimo de vida que garantice a las personas poder sobrevivir dignamente cuando no tengan más posibilidades de trabajar.

El mínimo vital es una realidad en la discusión doctrinaria y jurisprudencial de Europa y de América Latina,⁶² y representa un avance en materia de protección social.⁶³

Si partimos del presupuesto de que existe un prisma positivo de tutela para los derechos a la vida (que no significa solamente la prohibición de la destrucción de la existencia, sino que también debe contener un enfoque activo que pueda asegurarla),⁶⁴ la dignidad humana (que no reclama únicamente

⁶¹ Superintendencia de Pensiones: ¿Qué es la garantía estatal?, disponible en: <http://www.spensiones.cl/portal/orientacion/580/w3-article-2941.html>].

⁶² Véase, por ejemplo, en Brasil el Agravio en Recurso Extraordinario 271.286-8 Rio Grande do Sul. Disponible en: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE-AGR_271286_RS_-12.09.2000.pdf?Signature=kEuteOFi%2BwZ%2FbtGiEDoZrYhBwH8%3D&Expires=1463159342&AWSAccessKeyId=AKLAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-bash=592621875d4a1d30a694f23cbd491448 [fecha de visita 13 de mayo de 2016]; y también ADPF 45-9 STF, disponible en: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acceso: 13 de mayo de 2016. En el caso de Colombia, véase la emblemática sentencia T-426 de 1992 del Tribunal Constitucional de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>, acceso 27 de marzo de 2017.

⁶³ Cortés González, Juan Carlos, *cit.*, núm. 32, p. 45.

⁶⁴ Bachof, Otto, *cit.*, núm. 45, pp. 42 y 43.

la garantía de libertad, sino también un mínimo de seguridad social),⁶⁵ y a la libertad (que es —en su visión moderna— la ampliación de acceso a las oportunidades que las personas valoran y tienen razones subjetivas para valorar),⁶⁶ entonces, el Estado, como promotor del bien común, y considerando la asistencia como un deber suyo, debe garantizar un sistema de seguridad social que pueda ofrecer el mínimo necesario para la existencia digna, preservando los derechos a la vida, la libertad, la dignidad y la igualdad en un contexto de solidaridad.

En este camino, es fundamental buscar el pleno equilibrio entre la eficiencia económica y la garantía de los derechos fundamentales para evitar que la sostenibilidad económica resulte en una inestabilidad social.

Para finalizar, hay que tener presente que el estudio del Consejo Ciudadano de Observadores para una nueva Constitución, creado por el Decreto 36 de 2015, dio cuenta del resultado de los Encuentros Locales Autoconvocados (ELA), donde las personas que participaron del proceso afirmaron, en cuanto al derecho a la vida, que éste debe comprender, entre otras cosas, que el Estado debe garantizar una vida digna, estudiándose las posibilidades ante la no existencia de las condiciones aseguradoras de un bien vivir.⁶⁷ Por ende, cualquier sistema de seguridad social debiera considerar las condiciones mínimas de vida, o el equilibrio actuarial se implementará con la vulneración de los derechos de los beneficiarios, y esto es un alto precio a pagar.

III. CONCLUSIONES

En la evolución de los sistemas de seguridad social, las críticas a los sistemas solidarios (de reparto y de capitalización parcial colectiva) promovieron una tendencia a migrar para sistemas de capitalización. Sin embargo, esta migración no siempre viene aliada al respeto y garantía de los derechos fundamentales, en materia de seguridad social.

La dignidad humana, la libertad y la vida no pueden ser relativizadas una vez que se perciba una mala administración o un mal diseño de un sistema de seguridad social. Hasta porque, según datos presentados en este estudio,

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Planeta, 2000, pp. 57 y ss.

⁶⁷ Encuentros locales autoconvocados-fundamentos. Comité de Sistematización, disponible en: www.sistematizacionconstitucional.cl – enero de 2017, pp. 25 y 26. disponible en: https://www.unaconstitucionparachile.cl/informe_final_comite_sistematizacion.zip.

existen sistemas solidarios de reparto y capitalización parcial colectiva que muestran superávit, y también, respeto por pensiones mínimas basadas en el sueldo mínimo (caso brasileño y español).

En este escenario, el mínimo vital para la existencia digna está relacionado con la postura del Estado en adjudicarse la participación en la persecución del bien común. Y la ayuda para los más necesitados va a pasar de la caridad particular a ser reconocida como un derecho natural del ser humano, que atribuye la responsabilidad de su concretización al Estado.

A partir de este momento, vamos a verificar nuevas interpretaciones del derecho a la vida, a la dignidad humana, el derecho a la libertad e igualdad, y que, sumados a la solidaridad, van a construir en Europa los cimientos del mínimo vital como una realidad presente en la doctrina y en la jurisprudencia.

Cuando verificamos el funcionamiento del modelo chileno, vimos que el promedio de pensiones y la tasa de reemplazo están lejos de garantizar el mínimo vital para las personas beneficiarias de este sistema, ya que la gran mayoría que recibe pensiones podría encontrarse en la línea de la pobreza.

Para que se pueda respetar el mínimo vital en materia de seguridad social, basado también en la letra de muchos tratados internacionales, Chile deberá buscar nuevas garantías que puedan respetar los derechos que asegura en su ordenamiento jurídico.

El justo equilibrio entre un sistema de seguridad social económicamente sustentable, y que tutele los derechos fundamentales, es la fórmula ideal. Empero, más que buscar una fórmula ideal, es menester asegurar el mínimo vital en materia de pensiones, o tendremos tan sólo un derecho a la seguridad social, que nace vulnerando la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad humana, que configuran las bases del mínimo vital como principio jurídico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Julio y LO VUOLO, Rubén, “El sistema de *Speenhamland*, el ingreso ciudadano y la retórica de la reacción”, documento de trabajo del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), vol. 79, 2011.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

- BACHOF, Otto, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 12, 1954.
- BARR, Nicholas, *La verdad sobre la reforma de los sistemas de pensiones*, Santiago, Finanzas & Desarrollo, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El orden socioeconómico en la constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999.
- BITENCOURT NETO, Eurico, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- BLAUG, Mark, “The Myth of the Old Poor Law and the Making of the New”, *The Journal of Economic History*, 23, Cambridge, Cambridge University Press, 1963.
- BRUNKHORST, Hauke, *Solidarity: from civic Friendship to a Global Legal Community*, Cambridge, MIT Press, 2005.
- BURNS, Arthur y MITCHELL, Wesley, *Mediación de los ciclos económicos*, Nueva York, NBER, 1946.
- CEBALLOS TAPIA, Hernan y GUMUCIO RIVAS, Juan, *Los trabajadores independientes frente a la seguridad social*, Santiago, Editorial Andres Bello, 1972.
- CIFUENTES LILLO, Hugo *et al.*, *Seguridad social, parte general y pensiones*, Santiago, Librotecnia, 2013.
- CINELLI, Maurizio, *Diritto della previdenza sociale*, dodicesima edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2015.
- CLÉMENT, Alain, “Revenu minimum: les leçons de Spéenshamland”, *Lien social et Politiques*, núm. 42, automne 1999.
- CONDE-RUIZ, Ignacio y PROFETA, Paola, “The Redistributive Design of Social Security Systems”, *The Economic Journal*, vol. 117, núm. 520, abril de 2007.
- CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Derecho de la protección social*, Bogotá, Legis Editores, 2009.
- DOMENECH, Rafael, “La sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Revista Seguridad Social Activa*, disponible en: http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Opinion/REV_027672?ssNotPrincipal=REV_027859&ssSeccionPrincipal=Panorama.
- ELTER, Doris, *Sistema de A.F.P chileno: injusticia de un modelo*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.
- FARIA DE SÁ, Arnaldo y PAIM, Paulo, *Desmistificando o deficit da previdência: propostas para uma previdência social pública, justa e solidária*, disponible en:

<http://fundacaoanfip.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/FOLDER-FRENTE-PARLAMENTAR-10.pdf>.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988.

HIGGINBOTHAM, Peter, *The Workhouse, the Story of an Institution*, disponible en: <http://www.workhouses.org.uk/intro/>.

INFORME Mensual del Ministerio de Desarrollo Social-Valor de la Canasta Básica de Alimentos y Líneas de Pobreza, disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/ipc/17_03_CBA_LPs_febreiro2017.pdf.

JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Manual de legislación previsional*, 2a. ed., Santiago, Thomson-Reuters, 2014.

MATUS, Alejandra, *Mitos y verdades de las AFP*, Santiago, Aguilar, 2017.

MIRALLES, Rafael, “A la sombra de *Speenhamland*. Una perspectiva histórica para el ingreso mínimo de inserción”, *Documentación Social*, núm. 78, Madrid, Caritas, 1990.

MONTEIRO PESSOA, Rodrigo, *El mínimo vital como principio jurídico derivado de los derechos a la vida, igualdad, libertad y dignidad humana y los problemas para su implementación en Chile*, Santiago, tesis para optar por el grado de doctor en derecho, Universidad de Chile, 2018.

OECD, *Gross pension replacement rates*, 2018, disponible en: <https://data.oecd.org/pension/gross-pension-replacement-rates.htm>.

OWEN, Robert, *Report to the Committee of the Association for the Relief of the Manufacturing and Labouring Poor, Referred to the Committee of the House of Commons on the Poor Laws*, 1817, disponible en: <http://la.utexas.edu/users/hcleaver/368/368owenrptcom.html>.

PAREDES, Ricardo y DÍAZ FUCHS, Daniel, *Pensiones y tasas de reemplazo generadas por el sistema de AFP en Chile*, 2013, disponible en: https://www.aafp.cl/wp-content/uploads/2016/05/Tasas-de-Reemplazo-Pensiones-de-Vejez_2012-Informe-Final.pdf.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000.
- QUINHOES Trajano *et al.*, “La reforma del sistema de salud de los Estados Unidos de América en los años ‘90””, *Salud Colectiva*, 1(2), 2005, disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652005000200002&lng=es&tlng=es.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Planeta, 2000.
- SHEAHEN, Allan, *Basic income Guarantee: Your Right to Economic Security*, Nueva York, Palgrave-MacMillan, 2012.
- VIVES, Juan Luis, *Del socorro de los pobres*, Barcelona, Editorial Hacer, 1992.

NUEVOS MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO Y CAMBIO TECNOLÓGICO*

NEW SOCIAL SECURITY MODELS IN THE FACE
OF NEW FORMS OF EMPLOYMENT AND TECHNOLOGICAL
CHANGES

NOUVEAUX MODÈLES DE SÉCURITÉ SOCIALE
AVANT LES NOUVEAUX MODES D'EMPLOI
ET DE CHANGEMENT TECHNOLOGIQUE

María Ascensión MORALES RAMÍREZ**

RESUMEN: Las nuevas formas de trabajo, el cambio tecnológico, las condiciones demográficas y epidemiológicas, la pobreza y la desigualdad, plantean desafíos y exigen a la seguridad social, seguir el ritmo del cambio, diversificarse y adaptarse en beneficio de toda la población.

En este contexto, han aparecido soluciones internacionales que se centran en nuevas formas para complementar o fortalecer los sistemas de seguridad social para reaccionar a las actuales y futuras transformaciones del empleo, y consideran a la tecnología como un producto social a ser controlado mediante la agenda social, para lograr una transición justa, sustentada en la solidaridad, en los principios de justicia social, en la inclusión social y en el bienestar humano.

Así, el piso de protección social, al considerar un paquete de prestaciones mínimas a todas las personas, deja en claro el papel que le compete al gobierno y al sector privado en la provisión, financiamiento y regulación del sistema. Por su parte, el ingreso básico universal aparece como respuesta a la incertidumbre sobre la cantidad de empleos disponibles

* Recibido el 4 de marzo de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo del 2019.

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



en una economía cada vez más digital, y con la idea de democratizar la riqueza, fomentar la inclusión social y la autonomía de las personas con menos recursos.

Ambas soluciones, bajo un enfoque con dimensión social, pretenden armonizar el proceso de adaptación en un mundo cambiante, enfrentar la mercantilización del trabajo, la protección de quienes no forman parte de una relación de trabajo, y cubrir las diferentes etapas del ciclo de vida de las personas.

Palabras claves: empleo atípico, cambio tecnológico, piso de protección social, ingreso básico universal.

ABSTRACT: New forms of work, technological changes, demographic and epidemiological conditions, poverty and inequality pose challenges and require that social security keep pace with the changes, diversifying and adapting to benefit the entire population.

In this context, international solutions that focus on new forms of supplementing or strengthening social security systems have emerged as a reaction to current and future employment transformations. These consider technology as a social product to be controlled through the social agenda to achieve a fair transition based on solidarity and principles of social justice, social inclusion and human well-being.

Thus, in considering a package of minimum benefits for all persons, the social protection floor clearly sets out the role of government and the private sector in the provision, funding and regulation of the system. Meanwhile, the Universal Basic Income responds to the uncertainty over the number of available jobs in an increasingly digital economy with the goal of democratizing wealth, promoting social inclusion and empowering people with fewer resources.

Under a social dimension approach, both solutions aim to reconcile the process of adaptation in a changing world, address the commodification of work and the protection of those who are not part of a work relationship, and encompass the different stages of people's life cycle.

Keywords: atypical employment, technological change, social protection floor, universal basic income.

RÉSUMÉ: Les nouvelles formes de travail, les mutations technologiques, les conditions démographiques et épidémiologiques, la pauvreté et les inégalités posent des défis et nécessitent une sécurité sociale pour suivre

le changement, se diversifier et s'adapter au bénéfice de l'ensemble de la population.

Dans ce contexte, des solutions internationales sont apparues, axées sur de nouvelles manières de compléter ou de renforcer les systèmes de sécurité sociale afin de réagir à la transformation actuelle et future de l'emploi, et de considérer la technologie comme un produit social, à contrôler via l'agenda social, pour parvenir à une transition juste, fondée sur la solidarité, les principes de justice sociale, d'inclusion sociale et de bien-être humain.

Ainsi, le socle de protection sociale, qui prévoit un ensemble d'avantages minimaux pour toutes les personnes, indique clairement le rôle qui incombe aux gouvernements et au secteur privé dans la fourniture, le financement et la réglementation du système. De son côté, le revenu de base universel apparaît comme une réponse à l'incertitude quant au nombre d'emplois disponibles dans une économie de plus en plus numérique et à l'idée de démocratiser la richesse, de promouvoir l'inclusion sociale et de donner aux personnes disposant de moins de ressources les moyens de se prendre en charge.

Les deux solutions, dans une approche de dimension sociale, visent à harmoniser le processus d'adaptation dans un monde en mutation, font face à la marchandisation du travail, à la protection de ceux qui ne font pas partie d'une relation de travail et couvrent les différentes étapes du cycle de vie des personnes.

Mots-clés: emploi atypique, changement technologique, socle de protection sociale, revenu de base universel.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Nuevas formas de empleo.* III. *Piso de protección social.* IV. *Renta básica universal.* V. *Las nuevas formas de seguridad social en México.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La seguridad social, reconocida en los instrumentos internacionales fundamentales como un derecho humano que permite la cohesión social, el aumento de la inclusión política, la prevención y alivio en la pobreza, al inicio del siglo XXI entró en un proceso de revisión.

A casi dos décadas del presente siglo, el acceso a cualquier forma de protección continúa siendo una tarea pendiente, pues sólo el 29% de la población mundial está protegida por un sistema de seguridad social integral,¹ y el 20% vive en una pobreza extrema.²

Esta realidad, así como los nuevos conceptos emergentes en la materia, las nuevas tendencias en el empleo (atípico: informalidad, subempleo, el generado por la economía colaborativa o de las plataformas digitales y la industria 4.0 o cuarta revolución industrial) y los efectos de la crisis económica mundial, pusieron en tela de juicio la eficacia de la seguridad social para garantizar la cobertura universal y obligaron al análisis de los convenios existentes, a efecto de constatar su efectividad como herramientas para la extensión de dicha cobertura.

La revisión de los convenios actuales, entre ellos el Convenio 102, Norma Mínima de Seguridad Social, mostró la carencia de una norma que garantizara a toda la población el acceso universal a un ingreso mínimo, no obstante que uno de los principales objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sido la extensión de la seguridad social.

Asimismo, la revisión exhibió el bajo porcentaje de ratificación de los convenios, especialmente en los países en desarrollo, lo que constituye un indicador de su falta de adecuación y pertinencia en tales países al no establecerse efectivamente una obligación vinculante para la extensión de un conjunto básico, pero integral, de prestaciones prioritarias a todos en la economía y en la sociedad globales.³

A efecto de eliminar las brechas y limitaciones descubiertas y hacer frente a las crisis económicas, la OIT consideró la conveniencia de recomendar que las normas de seguridad social brinden la mejor orientación para el establecimiento de un paquete de prestaciones mínimas a todas las personas y accesible a todos los países, a razón del impulso a partir de 2001 del piso de protección social, y en 2012 la Recomendación 202. También, en el escenario internacional, se está impulsando la “renta básica universal”, ante la inseguridad laboral y de ingresos derivada de las transformaciones en las modalidades de empleo, así como los crecientes niveles de desigualdad y el estancamiento

¹ OIT, *Informe mundial sobre la protección social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible*, Ginebra, 2017, p. 2, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms_605075.pdf.

² OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global*, Ginebra, 2008, pp. VII y 25.

³ *Ibidem*, p. 28.

económico y como medida para fomentar la inclusión social y la autonomía de las personas con menos recursos.

El presente trabajo examina, en primer lugar, las nuevas formas de empleo y los problemas que representan para la protección de las personas; en segundo lugar, analiza las soluciones que se plantean para ampliar la cobertura de la seguridad social (empleo atípico, por cuenta propia y población vulnerable), en tercer lugar, se revisa la incorporación de estas soluciones en el contexto mexicano y, por último, se formulan algunas reflexiones finales.

II. NUEVAS FORMAS DE EMPLEO

1. *Empleo atípico*

Desde hace varias décadas el empleo tradicional o clásico que constituía la forma más avanzada de trabajo y se caracterizaba por ser asalariado, de tiempo completo, permanente, con subordinación en la relación de trabajo, con un empleador claramente identificado y con derechos laborales y seguridad social, es cada vez menos frecuente. En la actualidad, sólo el 29% de los trabajadores se ubican en este tipo de relación.⁴

En su lugar han aparecido nuevas formas que la literatura ha denominado “atípicas” o “empleo atípico”, como la informalidad, el subempleo, el empleo en las plataformas digitales, entre otros, en donde el empleador se vuelve indirecto o invisible o desaparece, con lo cual se desvanece cualquier posibilidad de atribuir responsabilidades. En algunos casos se trata de un regreso al tipo de empleo previo a la relación típica.⁵

Este empleo es resultado de varios factores: cambios en el mundo del trabajo derivados de la globalización, la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación, la economía colaborativa⁶ (trabajo a pedi-

⁴ OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, Ginebra, 2017, p. 20, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf.

⁵ *Ibidem*, pp. 7-9.

⁶ La OIT ha señalado que el concepto se utiliza para describir “el trabajo que se consigue por intermedio de plataformas web. Esta economía se caracteriza por la producción y prestación de servicios en línea. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos considera que comprende diversas formas de autoempleo y contratación independiente facilitadas por plataformas *online*”. Cfr. OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente*, Ginebra, 2018, p. 296. OECD, “Its a gig, but is it a job?”, *OECD, Observer*, núm. 35, citado por Domínguez Martínez, José Manuel, “La economía colaborativa: la sociedad ante un nuevo paradigma económico”,

do, empleo masivo o a demanda, entre otros) y la cuarta revolución industrial (digitalización, robotización e inteligencia artificial),⁷ el aumento de la presencia de la mujer en el empleo, cambios o vacíos en los marcos normativos (en algunos casos las reformas han incorporado este tipo de empleo; en otros, no existen disposiciones para su regulación o se incrustan en zonas grises de la legislación).

La tendencia de estos empleos a nivel mundial, en su gran mayoría está asociado a la inseguridad y desprotección de los derechos sociolaborales, en algunos casos por la flexibilidad e individualización de las nuevas formas de empleo y, en otros, ante la nula o débil acción sindical.⁸ Igualmente, la cuarta revolución industrial generará desempleo en algunos sectores (principalmente manufactura y oficinas), con lo que se afectará no sólo en lo personal al trabajador, sino también a las instituciones de seguridad social, y, por ende, se incrementarán las desigualdades.

2. Modalidades de empleo atípico

Los países en desarrollo y emergentes tienen como característica el incremento del empleo atípico, principalmente en la informalidad. Conforme al consenso alcanzado entre la OIT y expertos internacionales, éstas reconocen que este concepto tiene dos dimensiones que se complementan.⁹

A. Naturaleza de la unidad económica

Se dedica a la producción de bienes y/o servicios para el mercado y opera a partir de los recursos de un hogar, sin llevar los registros contables básicos. Se trata de un sector informal o de negocios en pequeña escala no registrada y de empleo vinculado a dicho sector. Este enfoque aplica a las modalidades de trabajo independiente (empleadores y trabajadores por cuenta propia).

Revista EXtoikos, núm. 19, 2017, p. 3, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/61> (fecha de consulta: 30 de noviembre de 2018).

⁷ Algunos estudios proyectan un panorama desalentador en torno a la idea de que desaparecerán empleos y se creará una competencia entre humanos y máquinas tanto en trabajo físico como cognitivo. Igualmente, se señala que dichos cambios tecnológicos inducirán a modificaciones estructurales en determinados sectores y mercados de trabajo, con lo cual redefinirán los tipos de empleos.

⁸ OIT, *El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas*, Ginebra, 2016, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms_534522.pdf.

⁹ OIT, *El empleo informal en México: situación actual, políticas y desafíos*, 2014, p. 4.

B. *Perspectiva laboral*

Informalidad es el trabajo que se realiza sin contar con el amparo del marco legal o institucional, sin importar si la unidad económica que utiliza los servicios son empresas o negocios no registrados de los hogares o empresas formales. Este enfoque aplica a la modalidad de trabajo dependiente. Así, el empleo informal es aquel que incluye a asalariados, ya sea que estén empleados por empresas del sector formal, por empresas del sector informal o por hogares en el carácter de trabajadores domésticos asalariados.¹⁰

Además de la informalidad, han aparecido en casi todos los países otras modalidades de empleo atípico que la OIT ha clasificado en cuatro modalidades:

- a) *Temporal*. Es aquel cuyo contrato o relación de trabajo es por un tiempo determinado: proyectos o tareas, estacional, ocasional o por días.
- b) *Parcial*. Comprende el trabajo con horarios reducidos, a pedido,¹¹ o contratos de “cero horas”.¹²
- c) *Multipartiva*. Puede ser por cesión temporal de trabajadores, o intermediación, alquiler de mano de obra o subcontratación (*outsourcing*). En este empleo no hay una relación directa ni subordinada con el usuario final, y las condiciones de trabajo varían considerablemente.
- d) *Por cuenta propia económicamente dependiente*. Es el que trata de horarios reducidos.

En el marco de las formas atípicas de empleo han cobrado singular importancia aquellas en donde no se garantiza un determinado número de horas; esto es, los horarios son inestables e imprevisibles para adaptar la dotación de personal a las necesidades y organización de la empresa. Pueden citarse, entre otras, las siguientes:

- a) *Trabajo por llamada o a pedido*. Se caracterizan por la escasa antelación con que se dan a conocer los horarios, existen grandes variaciones en las horas de trabajo y la escasa o nula participación de los trabajadores en la

¹⁰ OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 103a. reunión, 2014, p. 6.

¹¹ El trabajo a pedido no es nuevo, pues los trabajadores portuarios lo realizaban en el siglo XIX. No obstante, en la actualidad ha cobrado mayor relevancia y amplitud.

¹² En este empleo se ubican con mayor frecuencia las mujeres, porque les permite conciliar sus responsabilidades domésticas y las familiares.

determinación de los horarios.¹³ Los descansos también son imprevisibles, porque la persona tiene que esperar el llamado a trabajar.

- b) *Contratos cero horas*. Son aquellos en donde no se garantizan horas de trabajo por día, semana o mes, pero en cambio se exige al trabajador estar disponible para laborar por breves periodos de tiempo, y sólo se le pagan las horas efectivamente trabajadas. Adicionalmente, algunos contratos establecen la cláusula de exclusividad, que impide a los trabajadores, laborar para otro empleador, incluso en periodos en los que el empleador principal no tenga trabajo para ofrecer.¹⁴ Estos contratos se caracterizan por una ultraflexibilidad, son utilizados para cubrir puestos temporalmente, en picos de producción, entre otros (en educación, salud, hostelería y cadenas de *fast food*).¹⁵ El trabajador no tiene obligación de aceptar los trabajos ofertados, pero siempre se encuentra ante la inestabilidad; en tanto, las empresas reducen costos y facilitan flexibilidad laboral en tiempos de incertidumbre económica.¹⁶
- c) *El trabajo en plataformas digitales*. Dentro de la economía colaborativa suele recibir el nombre de “economía del trabajo esporádico” (*gig economy*), ha propiciado la creación de formas emergentes de empleo individualizadas (*crowdworking*), como las siguientes:¹⁷

— *Trabajo colaborativo*. Se realiza mediante plataformas digitales, las cuales ponen en contacto a empresas y personas con la finalidad de conectar clientes con trabajadores (colaboradores) en una concurrencia entre éstos, sin importar la ubicación, para realizar una actividad o servicio. Se lleva a cabo a través de convocatorias abiertas a un gran número de personas. Se trata de “microtarefas”, porque las actividades están fragmentadas. Las tareas requieren un nivel de entendimiento (etiquetar fotos,

¹³ OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente*, Ginebra, 2018, p. 286 disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 286 y 287.

¹⁵ La OIT considera que en tanto surjan las nuevas respuestas legislativas para este tipo de trabajos, por el momento podrían referenciarse el Convenio 175 y la Recomendación 182 sobre el trabajo a tiempo parcial de 1994, párrafo 12.

¹⁶ Este tipo de contratos es común en el Reino Unido, Canadá, Irlanda y Nueva Zelanda.

¹⁷ OIT, *La calidad del trabajo en la economía de plataformas, nota informativa núm. 5*, Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Ginebra, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/cabinet/documents/publication/wcms_618370.pdf, Krull, Sebastián, *El cambio tecnológico y el nuevo contexto del empleo. Tendencias generales en América Latina*, Santiago, CEPAL, 2016.

valorar emociones o adecuar contenidos, textos o contestar encuestas, entre otros).¹⁸

- *Trabajo a demanda a través de aplicaciones*.¹⁹ Se ofrecen y adjudican trabajos relacionados con actividades de entrega de productos, servicios a domicilio y el transporte a nivel local, y la transacción se efectúa mediante las aplicaciones móviles.²⁰ Las empresas administradoras de las plataformas intervienen fijando normas mínimas para la calidad del servicio, selección y supervisión del personal.²¹

Las dos modalidades de la economía de trabajos esporádicos tienen en común que las personas que realizan el trabajo son consideradas como contratistas independientes y no como trabajadores. Este tipo de empleo cada vez se está expandiendo.

La literatura en la materia señala, entre otros aspectos, que para muchos de los trabajadores participantes este empleo constituye su principal fuente de ingresos; para otros, se trata de una actividad complementaria a su trabajo, y otros más trabajan para varias plataformas digitales.²²

3. *Ventajas y desventajas*

La literatura en la materia aduce que en algunos casos la tipología del empleo atípico responde a la elección explícita del trabajador por la flexibilidad en la realización del trabajo, en tanto para otros, es por necesidad. En ambos casos, las consecuencias son diferentes para las partes involucradas.

¹⁸ OIT, *La calidad del trabajo en la economía de plataformas*, op. cit., p. 1. Cfr. De Stefano, V., *The Rise of the “Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdword and Labor Protección in the “Gig Economy”*, op. cit., p. 2, citado por OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo*, p. 296; OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra, 2018, p. 1.

¹⁹ El concepto de trabajo a demanda ya existía antes de la aparición de las plataformas digitales. Sin embargo, en la actualidad se aduce que puede generar mayor desigualdad al desplazar a los trabajadores con menos niveles de escolaridad en sectores como la conducción, la limpieza y tareas domésticas.

²⁰ Este tipo de trabajos se parecen a los denominados “horas cero”. Cfr. *Síntesis de los diálogos sobre el futuro del trabajo*, Ginebra, 2018.

²¹ OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo*, cit., p. 296.

²² OIT, *Plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital (Resumen ejecutivo)*, Ginebra, 2018; European Unión, *Platform Workers in Europe. Evidence from COLLEEM Survey*, Luxemburgo, 2018.

- a) *Trabajador*. Ve incrementada la inseguridad en el empleo, en los ingresos, en el disfrute de sus derechos fundamentales en el trabajo y en la seguridad social, pues algunas legislaciones no regulan el trabajo atípico, o bien, aunque esté regulado, la no continuidad del empleo impide el otorgamiento de los derechos sociolaborales o los reduce.
- b) *Empresas*. Obtienen la reducción en los costos y flexibilidad laboral. Este panorama implica, en general, un desafío para los países con el propósito de mantenerse competitivos en la economía mundial, pero también respecto de cómo brindar una protección adecuada. Por ello, han aparecido soluciones para lograr una transición justa en el futuro de la sociedad, entre otras: el piso de protección y la renta básica universal, que a continuación se abordan.

III. PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL

1. *Antecedentes*

A principios del siglo XXI se evidenció que las reformas de los noventa a la seguridad social no habían logrado los resultados esperados en relación con los defectos de los sistemas, y tampoco mejoraron la cobertura ni la sostenibilidad de éstos.²³ El problema de la cobertura se debía, por un lado, a que la protección ha descansado exclusivamente en la seguridad social tradicional (la contributiva o laboralizada) ligada al empleo formal, y es en la que se centró en 1952 el “Convenio núm. 102 Norma mínima de seguridad social” y, por otro lado, a factores macroeconómicos, fiscales, productivos y laborales, cuya consecuencia es la desprotección y pobreza de grandes sectores de la población. Ante este panorama, en el escenario internacional aparecieron dos conceptos: “protección social” y “pisos de protección social”.

En 2001, el término de “protección social” fue utilizado en forma expresa y formal por el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU),²⁴ y fue definido como el “conjunto de políticas y programas guber-

²³ Cetrángolo, Óscar *et al.*, *Protección social universal en mercados laborales con informalidad*, Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe, CEPAL, OIT, 2015, pp. 5 y 6.

²⁴ ONU, 2001, Informe del Secretario General de la ONU, “El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización”, Comisión de Desarrollo Social, 39 periodo de sesiones, Nueva York, del 13 al 23 de febrero de 2001.

namentales y privados con los que las sociedades dan respuesta a diversas contingencias a fin de compensar la falta o reducción sustancial de ingresos provenientes del trabajo, brindar asistencia a las familias con hijos y ofrecer atención médica y vivienda a la población”.²⁵

En 2003 empezó a esbozarse la idea de un “piso de protección social” con la puesta en marcha de la “Campaña Mundial en materia de Seguridad Social y Cobertura para Todos”, implementada por la OIT.

En 2004, la OIT instituyó la denominada Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, en la que, entre otras cosas, concluyó que:

a) debía aceptarse un determinado nivel mínimo indiscutible de protección social como parte de la fase socioeconómica de la economía global; b) el modelo predominante de globalización era inaceptable y c) un compromiso mundial para afrontar de forma eficaz la creciente desigualdad e inseguridad humanas era esencial para que la globalización obtuviera una amplia legitimación.²⁶

En 2008, este mismo organismo, en su 97a. Reunión, realizó la “Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa”, en el marco del Programa de Trabajo Decente,²⁷ con la que reafirmó el compromiso de ampliar la seguridad social a quienes necesitaran protección.

En abril de 2009, el Comité de Alto Nivel sobre Programas de la Junta de los Jefes Ejecutivos del sistema de las Naciones Unidas adoptó el “piso de protección social” como una de las nueve iniciativas contra la crisis económica de 2008. En junio de ese mismo año, la 98a. Reunión de la Conferencia Interna-

²⁵ Aunque posteriormente la OIT ha empleado el concepto de “protección social” y el de “seguridad social” como sinónimos, en el sentido de que la protección que se brinda cubre determinadas necesidades de sustitución de ingresos y el suministro de servicios requeridos por los miembros de la sociedad.

²⁶ OIT, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, núm. 101, 2012, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_160399.pdf.

²⁷ El Programa de Trabajo Decente comprende cuatro objetivos estratégicos de la OIT, que tienen como propósito transversal la igualdad de género (para promover tanto la inclusión social como la productividad al garantizar que mujeres y hombres disfruten de condiciones de trabajo seguras, que les proporcionen tiempo libre y descanso adecuados, que tengan en cuenta los valores familiares y sociales, que contemplen una retribución adecuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos, y que permitan el acceso a una asistencia sanitaria apropiada); 1. Crear trabajo, 2. Garantizar los derechos laborales, 3. Extender la protección social, y 4. Diálogo social.

cional del Trabajo reconoció la función esencial de las políticas de protección social en la respuesta a las crisis, y el Pacto Mundial para el Empleo instó a que se considerara la posibilidad de instaurar una protección social adecuada para todos, sustentada en un régimen básico de protección social.²⁸

En febrero de 2010, la Comisión de Desarrollo Social de la ONU “adoptó una resolución en la que invitaba a la OIT a reforzar sus estrategias de protección social, incluida la asistencia a los países para que establecieran un régimen básico de protección social y las políticas relativas a la ampliación de la cobertura de seguridad social”.²⁹

En octubre de 2010, el Segundo Simposio Africano sobre Trabajo Decente de la OIT adoptó la llamada “Declaración Tripartita de Yaundé sobre la Aplicación del Piso de Protección Social”, con el objetivo de comprometer a los Estados africanos miembros y a los interlocutores sociales a adoptar los principios, elementos y aspectos prácticos del “Piso de Protección Social”.

En 2011, se presentó el informe “Piso de Protección Social para una Globalización Equitativa e Inclusiva”, producto de un grupo consultivo liderado por Michelle Bachelet.³⁰

El 14 de junio de 2012, el concepto de piso de protección social se consolidó al adoptarse la Recomendación 202 sobre los Pisos Nacionales de Protección Social, en la 101 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

A la par de estos acontecimientos, surgieron en el escenario el enfoque de derechos, la noción de ciudadanía y el regreso del rol del Estado para intervenir en el desarrollo económico y social.³¹

2. *Piso de protección social*

La literatura en la materia conceptualiza al “piso de protección social” como un conjunto básico y modesto de garantías de seguridad social, implementados a través de transferencias sociales en efectivo y en especie para

²⁸ OIT, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, cit.

²⁹ Cichon, Michael et al., *La Iniciativa del Piso de Protección Social de las Naciones Unidas, Cambiando la tendencia en la Conferencia de la OIT de 2011*, Berlín, Friedrich-Ebert-Stiftung, enero 2011, p. 5, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/07997.pdf>.

³⁰ OIT, *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, El papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe*, Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, p. 21.

³¹ Cetrángolo, Óscar et al., *op. cit.*

todos los ciudadanos, con los cuales se pretende asegurar a los habitantes cuatro garantías:

- *Acceso universal a los beneficios básicos de atención médica.* Prestaciones de salud apropiadas de promoción, prevención, cura y rehabilitación cuando las necesite, y a un costo asequible.
- *Seguridad básica del ingreso para los niños.* Prestaciones familiares destinadas a facilitar el acceso a la nutrición, la educación y la atención.
- *Seguridad básica del ingreso para personas en edad activa.* En caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez.
- *Seguridad básica del ingreso para las personas de edad.* Pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

El concepto de “piso de protección social” se incluyó como parte de la estrategia bidimensional de extensión de la seguridad social para asegurar, progresivamente niveles más elevados de seguridad social a un mayor número posible de personas.³²

- A. *La dimensión horizontal.* Tiene como objetivo extender un nivel básico de prestaciones esenciales (atención médica e ingresos) a todos los miembros de la sociedad (trabajadores de la economía informal, independientes, agrícolas, domésticos, no asalariados y a aquellos que necesiten protección) a través de los pisos de protección social.³³
- B. *La dimensión vertical.* Se refiere a la cantidad y calidad de las prestaciones, en las cuales la referencia a ser alcanzada es, al menos, el nivel establecido por el Convenio 102 sobre la norma mínima de seguridad social, o, en caso de ser posible, de las normas superiores de seguridad social de la OIT, por ejemplo, el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128).³⁴

Así, la estrategia bidimensional de la OIT se representa de manera estilizada como una “escalera de la seguridad social”, consistente en tres niveles distintos de prestaciones, que corresponden a diferentes niveles de garantías.

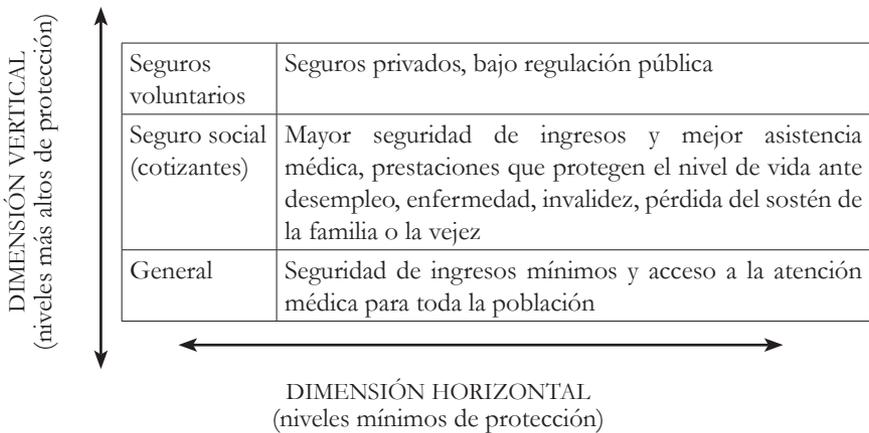
³² Cichón, *op. cit.*

³³ El Convenio 102, Norma mínima de seguridad social, si bien contiene objetivos mínimos de cobertura horizontal (50% de los trabajadores o al 20% de la población).

³⁴ OIT, *La estrategia de desarrollo de los sistemas de seguridad social de la OIT, El papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe, cit.*, p. 23.

- El primer escalón o “peldaño” es la construcción del piso de protección social, que abarca las garantías básicas destinadas a la población que nunca pudo ser incluida en los sistemas de seguridad social tradicionales, así como aquellas que fueron excluidas en los distintos ciclos del desarrollo económico y social.
- El segundo escalón corresponde a los seguros sociales obligatorios, los cuales brindan prestaciones para las personas que usualmente cotizan al sistema. Dicho nivel debe cumplir con las disposiciones del Convenio 102 en cuanto a cobertura, nivel mínimo de prestaciones y tasas de sustitución.³⁵
- En el tercer escalón se colocan los seguros voluntarios para los afiliados del régimen contributivo obligatorio, cuyos ingresos les permitan financiarse una cobertura de nivel cualitativamente más alto, pero dichos regímenes complementarios deben ser regulados por el Estado. Con los dos escalones contributivos (obligatorio y complementario) se pretende lograr la extensión vertical de la seguridad social, tanto en cantidad como en calidad, así como preservar la sostenibilidad financiera y actuarial de los sistemas.

Este esquema de seguridad social exige financiarse de manera sostenible y equitativa, mediante la combinación de impuestos y cotizaciones.



FUENTE: elaboración propia.

³⁵ *Ibidem*, p. 24.

Así, la extensión de la cobertura de la seguridad social horizontal es posible mediante el “piso de protección social” como etapa introductoria en aquellos países y en aquellas situaciones en las que todavía no se dispone de una seguridad social formal. Por su parte, la cobertura vertical o cualitativa se da a través de los seguros obligatorios y voluntarios, porque implican una protección mayor.

3. Recomendación 202 y Convenio 102

La literatura aduce que la Recomendación 202 sobre el piso de protección y el Convenio 102 sobre la norma mínima son complementarios; el primero permite la extensión horizontal de la cobertura, y el segundo, la cobertura vertical a través de garantizar la adecuación de las prestaciones.³⁶ Con dichos instrumentos internacionales se pretende lograr sistemas integrales y adecuados, así como dar forma concreta al derecho humano a la seguridad social.³⁷

La Recomendación 202 tiene como anhelo la universalización de la seguridad social; por ello, propone el establecimiento de estrategias nacionales, introducir con carácter prioritario el piso de protección social con el papel de organizador de políticas de protección, combinando medidas preventivas, promocionales y activas, así como prestaciones en forma de servicios donde no los hubiere (párrafo 10), y extender la protección en la dimensión vertical hacia niveles más elevados.

Igualmente, dicha Recomendación sugiere que en la elaboración de las “estrategias nacionales” se consideren los aspectos siguientes: a) establecimiento de las prioridades nacionales; b) identificación de las principales brechas en la cobertura; c) diseño e implementación de regímenes de acuerdo con las prioridades y brechas identificadas; d) coordinación de estos regímenes con políticas de mercado de trabajo; e) cuantificación de los recursos financieros y cronograma necesario para, progresivamente, alcanzar los objetivos deseados; y f) puesta en marcha de programas de educación y diseminación de conocimientos sobre las políticas sociales y los derechos de los ciudadanos (párrafo 14).

Respecto del establecimiento del “piso de protección social”, hace hincapié en asegurar la sostenibilidad financiera, fiscal y económica de éstos,

³⁶ OIT, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, 2011.

³⁷ OIT, *La estrategia de desarrollo de los sistemas de seguridad social de la OIT, El papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe, cit.*, p. 20.

así como tomar en consideración la capacidad contributiva de los distintos grupos de la población.

Por su parte, el Convenio 102, Norma Mínima, ha ampliado su campo de acción³⁸ tal como se evidencia con la definición adoptada a partir del reporte mundial de la seguridad social 2010-2011.³⁹

La noción de seguridad social... cubre todas las medidas de suministro de prestaciones, en efectivo o en especie, a efectos de garantizar una protección frente a la:

- Falta de ingresos relacionados con el trabajo (o su insuficiencia) causada por enfermedad, invalidez, maternidad, accidente del trabajo, vejez o muerte del sostén de la familia;
- Falta de acceso o acceso no asequible a la atención médica;
- Apoyo insuficiente a las familias, particularmente en el caso de niños y adultos dependientes;
- Pobreza general y exclusión social

IV. RENTA BÁSICA UNIVERSAL

1. *Antecedentes*

El aumento en la inseguridad laboral y de ingresos derivado de las transformaciones en las modalidades de empleo, así como los crecientes niveles de desigualdad y el estancamiento económico han propiciado, tanto en los países desarrollados como en desarrollo, un renovado debate y una polémica sobre la “renta básica universal” o “ingreso ciudadano universal”.⁴⁰

³⁸ La definición tradicional de seguridad social de la OIT era: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional; desempeño, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.

³⁹ OIT, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, cit.

⁴⁰ OIT, *Enfoques innovadores para garantizar una protección social universal para el futuro del trabajo*, nota informativa núm. 12, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra, 2017, pp. 4 y 5. CEPAL, *Brechas, ejes y desafíos en el vínculo entre lo social y lo productivo*, Santiago, ONU, 2017, pp. 123 y 124.

La idea es antigua. Locke consideraba que todo el mundo tiene un derecho patrimonial a su propio trabajo, a las ganancias de ese trabajo y a decidir cuánto quiere trabajar. El tema fue debatido en Inglaterra a principios del siglo XX, y en Estados Unidos en los años sesenta y setenta. Una versión reciente implica brindar a todos los ciudadanos una parte del crecimiento de la economía, porque conforme a esta idea, los individuos son accionistas de la economía, y su trabajo es una acción cuyo valor es superior a sus salarios.⁴¹

A partir de esta idea, se ha definido a la “renta básica universal” como un pago individual universal regular en efectivo e incondicional del Estado a sus ciudadanos, suficiente para cubrir las necesidades fundamentales de la vida.

2. *Posturas ideológicas*

La posible adopción de la “renta básica universal” ha dado lugar a diversas corrientes ideológicas a favor y en contra.

A. *Partidarios*

Las corrientes partidarias⁴² de la renta básica universal aducen, entre otras, las bondades siguientes:

- Proporcionaría ingresos regulares y predecibles como derecho universal e incondicional, con lo que reduciría la pobreza y la desigualdad, y amortiguaría la posible pérdida de empleos que podrán causar los cambios tecnológicos.
- Promovería la dignidad y los derechos humanos de las personas al darles la posibilidad de participar en diferentes formas de trabajo que no son recompensadas, como el empleo (trabajo de cuidados no remunerados y los voluntariados).
- Promovería la igualdad de oportunidades y equidad de mujeres, ancianos, menores y personas con discapacidades respecto de otros segmentos de la población.

⁴¹ OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, cit., p. 6.

⁴² Entre los partidarios se encuentran Ford, Paul Graham, inversor de compañías tecnológicas en Silicon Valley; Federico Pistono, un emprendedor, conferencista y egresado de la Universidad de Verona, consultor de gobiernos y de la revista *Fortune*; Paul Mason, escritor y periodista de la BBC de Londres.

- Incrementaría los incentivos del trabajo al reducir el riesgo de perder el derecho a las prestaciones al inicio de un empleo remunerado, reduciendo al mismo tiempo el costo administrativo y la complejidad de los actuales sistemas de protección (seguros sociales).
- Disminuiría la violencia familiar al permitir que la parte afectada pueda independizarse económicamente del vínculo familiar.
- Evitaría daños psicológicos y morales vinculados con la estigmatización social de quien percibe dicha renta.
- Ahorraría los costos de administración necesarios para aplicar el enfoque de focalización de beneficiarios, ya que, por ser universal, representa una simplificación administrativa, como un complemento adicional por un trabajo remunerado.
- Mejoraría la calidad de vida de quienes no pueden desarrollar su vocación por tratarse de prestaciones no comercializables o por no existir el mercado o con demanda real, pero oferta faltante por no ser sustentables (cuidados personales a ancianos, a personas con discapacidad, músicos callejeros, artistas en general, artesanos, tejedores, entre otros).
- Fortalecería el poder de negociación de los trabajadores individuales al ofrecerles una opción de salida y aumentar el salario de reserva.
- Mejoraría la relación entre empleadores y trabajadores.
- Diferiría del asistencialismo por su carácter general e independiente de la posición económica de las personas.

Como puede apreciarse, bajo el término de “ingreso básico universal” se presenta una amplia gama de bondades para las personas. Sus partidarios le atribuyen los mismos principios de la seguridad social: proporcionar un nivel básico de seguridad de ingresos para todos, desvinculados del empleo, la edad y el género, en favor de la dignidad humana y de un trabajo decente.⁴³ Asimismo, los partidarios consideran que al proporcionar ingresos regulares y predecibles como un derecho universal e incondicional resulta más eficaz para reducir la pobreza y la desigualdad. Por todo lo anterior, esta prestación se vislumbra como un nuevo derecho.

⁴³ OIT, *Enfoques innovadores para garantizar una protección social universal para el futuro del trabajo*, cit.

B. *Opositores*

Las posturas ideológicas que se oponen a la implantación de la renta básica universal señalan, entre otros, los argumentos siguientes.⁴⁴

- La medida es demasiado onerosa, porque se tendría que otorgar al conjunto de ciudadanos, algunos de los cuales quizá dispongan de ingresos altos.
- Su financiamiento sería a costa de otras protecciones.
- Es menos eficiente que el seguro de desempleo en cuanto al flujo de ingresos.
- Propiciaría el desinterés hacia el trabajo.
- Fomentaría la reducción de salarios por parte de los empleadores o la desvinculación de dichos salarios en los contratos colectivos de trabajo.
- No responde a las necesidades básicas de las personas con discapacidad o las mayores.
- Promovería una ciudadanía pasiva.
- Tiene un impacto negativo en la productividad al verse desincentivado el trabajo.

Si bien esta propuesta cuenta con una larga historia conceptual, son escasas las aplicaciones prácticas, porque hasta ahora no existe un país que haya implementado y sostenido dicha renta básica en el sentido estricto. Entre los países que cuentan con modalidades de RBU como experiencia piloto pueden señalarse Finlandia,⁴⁵ Países Bajos, Canadá, Estados Unidos. Sólo Alaska, a nivel subnacional, concede dicha renta como un tipo de derecho de ciudadanía, sin condicionalidades.

⁴⁴ OCDE, *Basic Income as a Policy Option: Can it Add Up?*, Policy Brief on the Future of Work, Paris, 2017.

⁴⁵ El gobierno filandés inició en enero de 2017 la prueba piloto del ingreso básico universal con duración a diciembre de 2018. Los resultados se darían a conocer posteriormente. Se cuestiona que dicho piloto era propiamente un IBU, porque se eligió a un determinado sector de la población: los desempleados. Se señaló que se trató de un plan con la idea encaminar un sistema de bienestar con menos trabas burocráticas respecto del sistema de desempleo, a partir de los pronósticos de que la automatización podría amenazar hasta un tercio de los empleos actuales. Se buscaba encontrar respuestas a ¿con el monto cobrado las personas buscarían trabajo o lo utilizarían para capacitarse en otro oficio o profesión?

3. *Recepción de la renta básica universal en América Latina*

En el contexto latinoamericano la renta básica universal se conoce como “Ingreso básico ciudadano (IBC)”, con el cual se pretende dar alivio a toda la población respecto de la satisfacción de un umbral de ingresos que cubra sus necesidades básicas, fomentar la inclusión social y la autonomía de las personas con menos recursos. Se enmarca en un nuevo estilo de desarrollo debido a las limitaciones de los programas de transferencias condicionadas y a la expansión del enfoque de derechos en política social, que vincula el acceso efectivo a los derechos a la condición de ciudadanía social mucho más que a una situación de necesidad o la condición laboral.⁴⁶

La propuesta del ingreso ciudadano universal surge a partir de la extensión de la protección social contributiva y no contributiva, así como a la provisión de servicios básicos universales de educación, salud e infraestructura.

En América Latina, la implantación del ingreso básico universal ha considerado al menos tres planteamientos: a) complemento a los programas de transferencias condicionadas; b) sustituto de tales programas, y c) mecanismos para resolver la desigualdad y la división sexual del trabajo.⁴⁷

Respecto de la implementación de dicho ingreso, también existen diversas propuestas:

- *Gradual*. Iniciar con un ingreso gradual y en paralelo con servicios sociales esenciales y universales de calidad (salud, educación y pensiones).
- *Radical*. Mecanismos para lograr un impacto en la distribución en la sociedad.
- *Individualista*. Herramienta para reducir la intervención del Estado y aumentar la libertad individual a través de la eliminación de los programas costos y paternalistas.

Sin embargo, el ingreso básico universal no sólo ha sido cuestionado por sus opositores, sino también por sectores tanto de izquierda como de derecha, lo mismo que en países desarrollados como en desarrollo.

- Como medida para atender la automatización en el trabajo, enfrenta dos grandes cuestionamientos: por un lado, se asume como un complemen-

⁴⁶ CEPAL, *Brechas, ejes y desafíos en el vínculo entre lo social y lo productivo*, Santiago, ONU, 2017, p. 338.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 123 y 124.

to para el capitalismo y el liberalismo económico más agresivos, que hará que se incremente la desigualdad económica, puesto que condenarán a las personas a una precariedad permanente, y por otro lado, porque se considera que las grandes compañías tecnológicas tendrían más poder respecto de la progresiva separación entre productividad y salario.

- Como solución socaba las conquistas sociales del estado de bienestar y promueve una ciudadanía pasiva, individualista y consumista.

En general, la propuesta del ingreso básico universal forma parte de un replanteamiento de la seguridad social (para complementar o fortalecer sistemas considerados insuficientes), el desarrollo humano y el empleo sostenible. No obstante, esta prestación enfrenta dudas tanto respecto de su asequibilidad como de su viabilidad política, financiera y social (porque hasta qué punto es socialmente justa). Pese a ello, es importante reconocer que esta opción supone una manera de resolver la mercantilización del trabajo y la desprotección de las personas.

V. LAS NUEVAS FORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

1. *El piso de protección social en México*

En 2016, la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los hogares reportó que 37.7% de las personas contaban con seguridad social, 45.3% recibían protección a través del seguro popular,⁴⁸ y 15.5% no tenía con ninguna afiliación; esto es, más del 60% de la población carecía de la seguridad social en sentido estricto. Por su parte, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval)⁴⁹ señala que más de 53 millones de personas viven en pobreza, y más de nueve millones en pobreza extrema.⁵⁰

⁴⁸ Sistema que fue creado en 2004.

⁴⁹ Coneval, *Informe de Evaluación de las Políticas de Desarrollo Social 2018, Resumen Ejecutivo*, México, 2018, p. 6.

⁵⁰ *Población en pobreza*. Aquella que tiene al menos una carencia social y un ingreso menor al costo de las necesidades básicas; es decir, que sus ingresos están bajo la línea de bienestar. *Población en situación de pobreza extrema*. Cuando presenta tres o más carencias sociales y su ingreso es menor al valor de la canasta alimentaria. Las carencias sociales son: educación, vivienda, salud, seguridad social, servicios.

Dicha población es atendida a través de programas sociales (no contributivos), cuya aparición se aceleró en la última década como parte de la política social para proveer servicios de salud, educación, asistencia social y de combate a la pobreza, aunque el país tiene una larga tradición en programas de combate a la pobreza y la desigualdad.

En 2013, por conducto de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, se firmó con la OIT un Convenio Marco de Cooperación para la Promoción y Establecimiento de las Medidas Conducentes a Construir un Piso de Protección Social. La firma de dicho Convenio se calificó de “histórica” por ser el primero en su categoría que se firmaba con un Estado miembro de la OIT, y tenía que ver con las prioridades de dicha organización.⁵¹

Sin embargo, no se fue más allá de la firma, aunque la literatura⁵² en su momento señaló que con los programas federales de asistencia social para la reducción de la pobreza e integrados en la estrategia global *Vivir Mejor*, la Cruzada Nacional contra el Hambre (estrategia integral de inclusión y bienestar social focalizada en la lucha contra la inseguridad alimentaria), así como los programas sociales orientados a atenuar la inseguridad de ingresos de los niños, de las personas mayores, de las personas desempleadas o de las mujeres trabajadoras se atendían las cuatro garantías del piso de protección social:

- *Acceso universal a los beneficios básicos de atención médica.* Se garantizaba mediante el seguro médico para una nueva generación, al cubrir la salud de los niños de familias de ingresos bajos no aseguradas nacidos después del 1o. de diciembre de 2006. Los menores afiliados se benefician de una cobertura hasta la edad de cinco años, y su familia podía afiliarse al seguro popular, esquema de protección para quienes no tienen acceso a una de las instituciones de seguridad social.⁵³
- *Seguridad básica de ingresos para los niños.* Se señaló que se atendía con el Programa Progresá. Programa de inclusión social⁵⁴ destinado a las fa-

⁵¹ La firma del Convenio se dio en el marco de la estrategia gubernamental de desarrollo basada en cinco metas nacionales: Un México en paz; Un México incluyente; Un México con educación de calidad; Un México próspero, y Que México sea un actor con responsabilidad global.

⁵² OIT, *Ficha técnica sobre el piso de protección social en México*, 2013, disponible en: <https://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDF.action;jsessionid=jsfVb3cEZjSiqnsnYr6-IM8JLLp3RuF4Nqj5GLq2d2JY2OKpYsVV1533421577?id=43838>.

⁵³ El gobierno actual anunció la desaparición de este sistema y hasta febrero de 2019 no se ha señalado por qué mecanismo será sustituido.

⁵⁴ Prospera. Programa de Inclusión Social nombre asignado a partir de 2014, aunque el programa inició formalmente en 1997 como Programa de Educación, Salud y Alimentación

milias cuyo ingreso per cápita estimado era menor a la línea de bienestar mínimo y tuvieran integrantes menores de veintidos años o mujeres en edad reproductiva.

- *Seguridad básica de ingresos a las personas activas.* Se daba respuesta con el programa de empleo temporal (PET), destinado a proporcionar apoyos temporales en efectivo a las personas de dieciseis años o más desempleados (con el compromiso de participar en proyectos de beneficio familiar o comunitario).
- *Seguridad de los ingresos básicos para las personas de edad.* Se cumplía mediante los programas de 65 y más, y 70 y más, al brindar ingresos con el carácter de pensión no contributiva.

Sin embargo, los resultados no han sido los esperados, porque tales problemas no se han reducido: cincuenta millones de personas permanecen en la pobreza.⁵⁵ Los resultados negativos, quizá son atribuibles a fallas en el diseño de los programas, en su instrumentación, en la ineficiencia administrativa y en el clientelismo político, así como por no constituir una estrategia integral.

SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL INTEGRAL

<i>Propuesta de un sistema de protección social integral</i>				
	<i>Infantes</i>	<i>Adolescentes y jóvenes</i>	<i>Personas adultas</i>	<i>Personas mayores</i>
Sistema de Salud Universal	Paquete de beneficios iguales entre instituciones y utilización de los servicios de salud/centrado en atención de primer nivel/enfoque preventivo.			
Trabajo	Políticas activas de empleo			
	Seguro de desempleo			
	Licencia para maternidad			
Guarderías de beneficios iguales para cuidado y desarrollo				

(Progres), y en 2002 se denominó Programa de Desarrollo Humano Oportunidades (Oportunidades).

⁵⁵ *Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación de Prospera Programa de Inclusión Social, para el Ejercicio Fiscal 2016, 30 de diciembre de 2015.

	<i>Infantes</i>	<i>Adolescentes y jóvenes</i>	<i>Personas adultas</i>	<i>Personas mayores</i>
Pensiones		Aportaciones para la pensión de vejez		Pensión de vejez
		Aportaciones para la pensión de vejez		Pensión de vejez
	Pensiones e incapacidades de invalidez y vida			
	Pensión por discapacidad permanente que genera dependencia total		Pensión e incapacidades Riesgos de trabajo	
Transferencias monetarias	Pensión orfandad			
	Piso mínimo			

No contributivo

Contributivo

FUENTE: Informe de Evaluación de las Políticas de Desarrollo Social 2018, *Resumen Ejecutivo*, México.

2. *El debate del ingreso ciudadano universal en México*

En el país ha estado presente el debate de lo que se denomina “ingreso ciudadano universal (ICU)”. El 4 de julio de 2007, diputados del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD) presentaron una iniciativa con proyecto de decreto para crear la “Ley que establece el derecho al ingreso ciudadano universal”. La iniciativa constaba de diez artículos, y, en forma específica, el tercer artículo proponía, como ingreso ciudadano universal, una transferencia monetaria individual, no condicionada, vitalicia y no gravable, que en ningún caso podría ser inferior a la mitad del salario mínimo vigente más alto en el país. Su pago sería efectivo mensualmente y durante los doce meses del año. El monto se determinaría cada cinco años y sería revisado anualmente y ajustado al índice inflacionario. Los recursos se obtendrían de la desaparición de todos los programas sociales que de manera focalizada otorgaran derechos, que también eran exigibles para los actuales beneficiarios de dichos programas; sin embargo, después de dos años de estar en la congeladora fue rechazada.⁵⁶

⁵⁶ El 6 de octubre de 2009, la iniciativa fue discutida, y en 2011 se desechó, por carecer de fundamento constitucional y apartarse de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

En 2015, el proyecto de Constitución de la Ciudad de México señaló en su noveno artículo que “todas las personas tienen derecho a un mínimo vital para asegurar una vida digna en los términos de esta Constitución”, sin éxito. En 2016 se presentó una iniciativa, por parte de dos diputadas del grupo parlamentario de Morena,⁵⁷ para crear el derecho al ingreso ciudadano universal;⁵⁸ sin embargo, fue desechada el 1o. de agosto de 2018, a causa de no haberse dictaminado en el plazo reglamentario. Un sector de la doctrina se ha pronunciado a favor de este ingreso,⁵⁹ principalmente, para combatir la pobreza y la desigualdad, en sustitución gradual de los subsidios y apoyos gubernamentales.⁶⁰

En las pasadas elecciones presidenciales de 2018, el ingreso ciudadano universal formó parte del programa de campaña de la Coalición Por México al Frente (Partido de Acción Nacional, Partido de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano). Se pretendía racionalizar los programas sociales existentes, sobre todo los de total opacidad, a fin de quitar a todos los intermediarios entre el Estado y los ciudadanos. Igualmente, el ICU ha estado presente en diversos foros académicos y políticos.⁶¹

Las propuestas nacionales se han centrado en una implantación gradual del ingreso ciudadano universal. Coinciden en el reemplazo de los más de cinco mil programas sociales y su implantación general en un plazo largo, empezando por los colectivos más vulnerables (menores de edad y mayores de 65 años), prevén el costo presupuestario e identifican las posibles fuentes de financiamiento.

⁵⁷ Iniciativa que reforma los artículos 4o. y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por las diputadas Araceli Damián González y Norma Xóchitl Hernández Colín. La iniciativa consideraba su implementación en cuatro etapas: la primera para personas de 65 años y más, así como menores de ocho años; la segunda, para las niñas, niños y adolescentes entre ocho y diecisiete años; la tercera, para mujeres entre dieciocho y 64 años; y la última, para los hombres entre dieciocho y 64 años.

⁵⁸ Cámara de Diputados LXIII Legislatura, *Gaceta Parlamentaria*, 14 de abril de 2016.

⁵⁹ Del Val Blanco, Enrique, “Ingreso ciudadano universal”, *Revista de la Universidad*, México, núm. 78, pp. 24-27.

⁶⁰ Igualmente, esta propuesta sugería cuatro etapas: en la primera se atendería a las personas en situación de pobreza alimentaria; en la segunda, a quienes estuvieran en situación de pobreza de capacidades; en la tercera, a aquellos en situación de pobreza de patrimonio; y en la cuarta, a toda la población. Para lo anterior, se requeriría del incremento de la recaudación tributaria, así como la racionalización y reasignación del gasto público.

⁶¹ Cámara de Diputados LXIII Legislatura, *Renta básica y distribución de la riqueza*, Memorias del Seminario Internacional, México, 2016.

Scott señala que las propuestas se han motivado y desarrollado, principalmente, en el contexto de los principales retos de desigualdad y pobreza que enfrenta el país (pobreza extrema por ingresos, carencias por acceso a alimentación y a la seguridad social), así como la capacidad redistributiva y de protección social limitada que ofrece el sistema fiscal de México.⁶² Concluye este autor, que el ingreso ciudadano universal no sólo se vislumbra como un instrumento específico, sino también como un modelo de protección social para transitar del actual sistema fraccionado, desigual y truncado, hacia un estado de bienestar universal.

VI. REFLEXIONES FINALES

Es un hecho que con las nuevas modalidades de empleo los sistemas de seguridad social están enfrentando nuevos problemas acuciantes, porque tienen que abordar el reto que tales modalidades implican, así como la sostenibilidad del sistema, la protección de la población y las medidas de inclusión.

Así, el piso de protección social y la renta básica universal (ingreso básico ciudadano o ingreso ciudadano universal) como posibles respuestas a estos retos y a la naturaleza cambiante del mundo del trabajo, tienden hacia el rescate del principio de solidaridad que las reformas de los noventa a la seguridad social eliminaron. También se enmarcan en el contexto del enfoque de derechos, de los principios de justicia social y bienestar humano, así como un nuevo estilo de desarrollo basado en la igualdad y en la sostenibilidad, como mecanismos para compensar la inestabilidad que propician las nuevas categorías de empleo, lo cual implica un papel más destacado del Estado.

De las dos soluciones, la renta básica universal ha resultado ser la más polémica, controvertida y con un alto grado de escepticismo; por un lado, por su escasa factibilidad práctica, así como una experiencia exitosa, y, por otro, por considerarse que no atiende otros aspectos, como la salud esencial para todos los grupos de edad, así como el acceso a los servicios sociales, en comparación con el piso de protección social⁶³ que es financiado con impuestos y cotizaciones. Si bien pesa sobre ambas soluciones el problema del financiamiento, son mayores los obstáculos económicos de implementación y aplicación para la renta básica universal, aunque para un sector de

⁶² Scot, John, *Las posibilidades de una renta básica en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2016, p. 104.

⁶³ AISS, *Diez desafíos mundiales para la seguridad social*, Ginebra, 2016, p. 32.

la doctrina ésta podría ser un primer paso para la implantación del piso de protección.

En el caso mexicano, la protección social universal se ha topado con problemas financieros, administrativos y de decisión política, así como las reformas al actual sistema de seguridad social. Una mayor inviabilidad ha enfrentado el ingreso ciudadano universal. Sin embargo, ambas opciones forman parte de las propuestas del Coneval con miras a eliminar las acciones fragmentadas y dispersas de paquetes de beneficios diferentes, los cuales diluyen los esfuerzos gubernamentales para proteger a toda la población.

Por último, ante los cambios en el mundo del trabajo y el incremento de la desprotección sociolaboral, ambas propuestas, en cierta forma, permitirían cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible: agenda 2030, en específico el 1o. y sus metas: 1.3 implementar a nivel nacional sistemas y medidas apropiados de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, de aquí a 2030, lograr una amplia cobertura de las personas pobres y vulnerables, así como el 1.4, con el que se pretende garantizar el acceso a los recursos económicos y a los servicios básicos, correlacionados con el objetivo 8, meta 8.5, relativa a lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AISS, *Diez desafíos mundiales para la seguridad social*, Ginebra, 2016.
- ARCARONS, Jordi *et al.*, “Renta básica”, III monográfico, *Sin Permiso*, 2015.
- CÁMARA DE DIPUTADOS LXIII LEGISLATURA, *Renta básica y distribución de la riqueza*, Memorias del Seminario Internacional, México, 2016.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIII LEGISLATURA, *Gaceta Parlamentaria*, 14 de abril de 2016.
- CEPAL, *Brechas, ejes y desafíos en el vínculo entre lo social y lo productivo*, Santiago, ONU, 2017.
- CETRÁNGOLO, Óscar *et al.*, *Protección social universal en mercados laborales con informalidad*, Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe, CEPAL, OIT, 2015.
- CICHON, Michael *et al.*, *La Iniciativa del Piso de Protección Social de las Naciones Unidas, Cambiando la tendencia en la Conferencia de la OIT de 2011*, Berlín,

- Friedrich-Ebert-Stiftung, enero de 2011, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/07997.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA, *Platform workers in Europe. Evidence from COLLEEM Survey*, Luxemburgo, 2018.
- CONEVAL, *Informe de Evaluación de las Políticas de Desarrollo Social 2018, Resumen Ejecutivo*, México, 2018.
- DEL VAL BLANCO, Enrique, "Ingreso ciudadano universal", *Revista de la Universidad*, México, núm. 78, 2010.
- Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación de Prospera Programa de Inclusión Social para el Ejercicio Fiscal 2016, 30 de diciembre, 2015.
- KRULL, Sebastián, *El cambio tecnológico y el nuevo contexto del empleo. Tendencias generales en América Latina*, Santiago, CEPAL, 2016.
- OCDE, *Basic Income as a Policy Option: Can it Add Up?*, *Policy Brief on the Future of Work*, Paris, 2017.
- OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global*, Ginebra, 2008.
- OIT, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, 2011.
- OIT, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, núm. 101, 2012, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_160399.pdf.
- OIT, *Recomendación 202 Relativa a los Pisos Nacionales de Protección Social*, Ginebra, OIT, mayo-junio de 2012, disponible en: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/101stSession/reports/provisional-records/WCMS_183322/lang-es/index.htm.
- OIT, *Ficha técnica sobre el piso de protección social en México*, 2013, disponible en: <https://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDF.action;jsessionid=jsfVh3cEZjSignsnYr6-IM8JLLp3RuF4Nqj5GLq2d2JY2OKpYsVV!533421577?id=43838>.
- OIT, *El empleo informal en México: situación actual, políticas y desafíos*, 2014b, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 103a. reunión, 2014.
- OIT, *La estrategia de desarrollo de los sistemas de seguridad social de la OIT, El papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe*, Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014.

- OIT, *El contrato social y el futuro del trabajo: Desigualdad, seguridad de los ingresos, relaciones laborales y diálogo social*, nota informativa núm. 4, Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo, Ginebra, 2016, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_543160.pdf.
- OIT, *El empleo atípico en el mundo; retos y perspectivas*, Ginebra, 2016, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms_534522.pdf.
- OIT, *Informe mundial sobre la protección social 2017-2019: la protección social universal para alcanzar los objetivos de Desarrollo Sostenible*, Ginebra, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms_605075.pdf.
- OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, Ginebra, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf.
- OIT, *La calidad del trabajo en la economía de plataformas*, nota informativa núm. 5, Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Ginebra, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/cabinet/documents/publication/wcms_618370.pdf.
- OIT, *Enfoques innovadores para garantizar una protección social universal para el futuro del trabajo*, nota informativa, núm. 12, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra, 2017.
- OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*, Ginebra, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/cabinet/documents/publication/wcms_591507.pdf.
- OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente*, Ginebra, 2018, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meeting-document/wcms_618490.pdf.
- OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra, 2018, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/publ/documents/publication/wcms_645887.pdf.
- ONU, Informe del Secretario General de la ONU, “El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización”, Comisión de Desarrollo Social, 39o. periodo de sesiones, Nueva York, 13 al 23 de febrero de 2001.

- RALLO, Juan Ramón, *Contra la renta básica porque la redistribución de la renta restringe nuestras libertades y nos empobrece a todos*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2015.
- RODRÍGUEZ, Juan Manuel, *Transformaciones tecnológicas, su impacto en el mercado de trabajo y retos para las políticas del mercado de trabajo*, Santiago, CEPAL, 2017.
- SCOT, John, *Las posibilidades de una renta básica en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD RETRIBUTIVA*

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EQUAL PAY

LE DROIT CONSTITUTIONNEL A L'EGALITE
EN MATIERE DE RETRIBUTION

José María SOBERANES DÍEZ**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar el contenido y alcances del derecho a la igualdad retributiva reconocido por la Constitución, así como el procedimiento racional que ha de seguirse para poder determinar cuándo se vulnera este derecho.

Palabras claves: salario, remuneración, igualdad, control constitucional.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the content and scope of the constitutional right to equal pay, and the rational procedure to be followed in order to determine when this right is violated.

Keywords: salary, remuneration, equality, constitutional control.

RÉSUMÉ: Le présent travail est une analyse du contenu et des avancées du droit relatif à l'égalité en matière de rétribution reconnu par la Constitution. Il met également en lumière le processus rationnel qu'il convient de suivre afin de déterminer si ledit droit a été bafoué.

Mots-clés: salaire, rémunération, égalité, contrôle constitutionnel.

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Igualdad y retribución en la Constitución*. III. *El juicio de igualdad retributiva*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

* Recibido el 22 de julio del 2018 y aprobado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesor-investigador en la Universidad Panamericana y en la Facultad de Derecho de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I.



I. INTRODUCCIÓN

El Constituyente reunido en Querétaro entre diciembre de 1916 y enero de 1917 aprobó una fórmula innovadora para su tiempo, al disponer que para un trabajo igual debe corresponder un salario igual sin distinciones de sexo o nacionalidad. El reconocimiento de la igualdad retributiva fue un gran avance. Lo mismo, al proscribir las distinciones por motivo de sexo o nacionalidad, pues se trata de la primera norma constitucional en reconocer la igualdad entre mujeres y varones. Constituyó también una novedad, por prefigurar el principio de no discriminación, al prohibir motivos de comparación, mucho antes de que las Constituciones establecidas tras la Segunda Guerra Mundial consagraran ese principio.

No obstante, se trata de un derecho olvidado por la realidad, por la jurisprudencia y por la doctrina mexicanas. Por ello, este trabajo tiene por objeto analizar el contenido y alcances de este principio, así como hacer una propuesta para su aplicación jurisdiccional.

En la primera parte se abordará la regulación constitucional de este principio. Tras un repaso de su evolución, se analizarán los extremos de su protección, como son, los parámetros de comparación o *tertium comparationis*, tanto mandados como permitidos, así como su contenido obligatorio. En la segunda parte se analizará el juicio o procedimiento racional que ha de seguirse para poder determinar cuándo se vulnera este derecho constitucional.

II. IGUALDAD Y RETRIBUCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Como ya se mencionaba, desde la primera redacción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se reconoce el principio que obliga a otorgar el mismo salario a los que realicen un trabajo igual. La fracción VII del artículo 123 original disponía:

Art. 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:...

VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

Esta disposición fue introducida en una iniciativa presentada el 13 de enero de 1917¹ y aprobada el 22 de enero siguiente,² una vez dispensado el trámite ordinario.³ Esta norma fue una regulación de avanzada en su momento, ya que fue recogida por tratados internacionales y por otras Constituciones, hasta la segunda mitad del siglo XX. Además, en dicha fórmula se estableció una de las primeras cláusulas antidiscriminatorias constitucionales en la historia.

En 1960 se adicionó un apartado B al artículo 123, para regular las relaciones de los trabajadores al servicio del Estado. Con motivo de ello, la ubicación constitucional del principio de igualdad retributiva cambió. En lugar de estar en el artículo 123, fracción VII, se encuentra en el artículo 123, apartado A, fracción VII.⁴

Sin embargo, lo verdaderamente relevante de la reforma del 5 de diciembre de 1960 fue el reconocimiento expreso del principio de igualdad retributiva también para los burócratas. La fracción V del apartado B del artículo 123 constitucional dispone:

Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:...

B.- Entre los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito y de los Territorios Federales y sus trabajadores:...

V.- A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo;

¹ AAVV, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados, Senado de la República, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Miguel Ángel Porrúa, 2006, t, III, p. 64.

² *Ibidem*, p. 601.

³ *Ibidem*, p. 595.

⁴ La norma vigente en su integridad supone: “Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

La disposición burocrática presenta una diferencia respecto a la del apartado A, y es la ausencia de una prohibición de distinción basada en la nacionalidad. No obstante esta omisión, consideramos que la norma constitucional sí prohíbe la distinción retributiva de los burócratas en atención a la nacionalidad, como enseguida veremos.

Existen funciones públicas que únicamente pueden ser desempeñadas por mexicanos.⁵ Sin embargo, el resto de los cargos públicos pueden ser ocupados por extranjeros o por mexicanos, aunque estos últimos deben ser preferidos en igualdad de circunstancias.⁶

Los extranjeros, al no tener prohibición de ser servidores públicos, no pueden ser discriminados en su salario por razón de su nacionalidad. El acuerdo de administración de una dependencia que estableciera un tabulador salarial para los jefes de departamento extranjeros distinto del tabulador para los mexicanos sería contrario al artículo 1o. constitucional, por discriminar con motivo del origen nacional. Se pueden establecer limitaciones a los extranjeros para ocupar cargos públicos conforme al artículo 32 constitucional, pero no se pueden fijar salarios distintos una vez que los ocupan.

De este modo, no puede entenderse que la ausencia de una prohibición de trato desigual salarial en atención a la nacionalidad pueda interpretarse como una permisón de discriminación en este sentido, pues debe interpretarse en armonía con el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, que prohíbe distinguir con base en el origen nacional.

Por ello, debe considerarse que tampoco puede tomarse en cuenta la nacionalidad para dar un distinto trato retributivo a los burócratas. De esta forma, en las relaciones del Estado con sus trabajadores debe partirse de la premisa de que a un trabajo igual corresponderá un salario igual, sin tener en cuenta el sexo ni la nacionalidad.

Además del reconocimiento constitucional, algunos tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, y que son parámetro de validez, han

⁵ El segundo párrafo del artículo 32 constitucional dispone: “Art. 32.- ...El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión”.

⁶ El último párrafo del artículo 32 constitucional dispone: “Art. 32.- ...Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”.

consagrado este principio. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados partes a reconocer condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, como una remuneración que proporcione un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, haciendo énfasis especial en no distinguir entre mujeres y hombres.⁷ Y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, dispone que los estados de derecho de toda persona a un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.⁸

1. *A trabajo igual, salario igual*

La expresión constitucional “a trabajo igual, salario igual” no es más que una concreción de la fórmula arquetípica de la igualdad (tratar igual a los iguales) aplicando un criterio de comparación o *tertium comparationis* específico: la actividad laboral. En efecto, la igualdad que mide el artículo 123 es la igualdad en trabajo, y el trato igual que exige es el salarial. Los iguales son los que desempeñan la misma actividad, y el trato igual es en el pago del mismo salario.

Uno de los grandes problemas que suscita el principio de igualdad es determinar desde qué punto de vista dos personas o situaciones son iguales. En efecto, aunque ontológicamente todas las personas son iguales por la dignidad humana, desde otras perspectivas puede predicarse su desigualdad. Así, aunque todos son iguales, desde el punto de vista de la profesión y de la responsabilidad puede un médico ser desigual a un comerciante.

⁷ Textualmente dispone: “Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

⁸ Establece literalmente: “Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

Sin embargo, en el caso de la igualdad retributiva no existe este problema, pues la Constitución mandata utilizar un *tertium comparationis*: la actividad laboral. Al igual que la equidad tributaria, se trata de un mandato de uso de *tertium* más que una prohibición de recurrir a éste.

La cuestión sobre cuándo se está en presencia de un trabajo igual ha tenido diversas respuestas. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habla de “trabajo de igual valor”. La Ley Federal del Trabajo, en su artículo 86, define que existía trabajo igual cuando éste se desempeñaba en puesto, jornada y condiciones de eficacia iguales,⁹ es decir, estipulaba una serie de *sub-tertia comparationis* para poder predicar la igualdad de trabajo.

La jurisprudencia en este aspecto ha señalado que el trabajo igual no se da en atención a la denominación del puesto que ocupan los trabajadores, sino a las labores que realmente ejecutan.¹⁰ Al referirse concretamente a la igualdad de labores, ha señalado que ésta debe predicarse en cuanto a las condiciones de eficacia, conforme a un criterio,¹¹ y una en cuanto a condiciones de cantidad, calidad, eficiencia y jornada, conforme a otro criterio.¹²

El maestro Mario de la Cueva criticó estas dos últimas posiciones jurisprudenciales al considerar que inventan términos que harían difícil la aplicación del principio, pues se tornaría en una igualdad matemática imposible de darse en la vida real.¹³

Coincidimos con esta última afirmación del maestro De la Cueva. La determinación de la igualdad entre dos trabajos no implica la aprobación de los distintos rubros de una *check-list*. La igualdad en el trabajo depende de un criterio de relevancia desde el que se puede predicar ésta; es decir, la igualdad entre dos trabajos se determina mediante un juicio de razonabilidad y no por una coincidencia exacta entre todas las condiciones laborales.

En tanto realizan trabajos iguales, debe retribuirseles de forma igual. Ahora, debemos plantearnos un problema en el cumplimiento de esta obligación, como producto de las formas de fijar el salario.

En efecto, existen distintas formas de fijar el salario, como la comisión, el tiempo, el precio alzado o la obra. Estas modalidades responden a dos modelos básicos: la medida por el tiempo o la medida por la obra. La existencia

⁹ Textualmente dispone “Artículo 86. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”.

¹⁰ Tesis 568 del *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 2000*, t. V, p. 462.

¹¹ Tesis 497 del *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1995*, t. V, p. 329.

¹² Tesis 333 del *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 2000*, t. V, p. 271.

¹³ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 300.

de esta pluralidad de modelos sugiere que existan peculiaridades para cumplir con el deber de igualdad retributiva en cada uno.

Esta cuestión fue abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1976. Gabrielle Defenne, azafata de la compañía belga Sabena, terminó una relación laboral después de cuarenta años de servicio. Pidió una indemnización a la compañía por la diferencia de remuneración del personal femenino en relación con el masculino,¹⁴ con fundamento en el artículo 119 del Tratado de Roma.¹⁵

Como consulta prejudicial, la jurisdicción ordinaria belga solicitó al Tribunal de Luxemburgo que interpretara la norma comunitaria. En lo que interesa a este punto, la instancia europea consideró que la igualdad de retribución significa

- Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida.
- Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.¹⁶

Ahora bien, respecto al principio de igualdad genérico, se ha reconocido que existe la posibilidad de dar tratamientos desiguales siempre y cuando exista una razón suficiente que lo justifique. En efecto, todas las jurisdicciones constitucionales afirman que no todo tratamiento desigual es inconstitucional, sino únicamente, aquellos que sean arbitrarios.¹⁷

Aplicando este criterio a la igualdad retributiva, podemos afirmar que puede pagarse un salario desigual a los que realicen el mismo trabajo siempre y cuando exista una razón suficiente que justifique su uso. Esto es, pueden existir trabajadores que realicen las mismas funciones y tengan un salario diferente, siempre y cuando exista una justificación razonable para ello.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español a partir de los planteamientos de inconstitucionalidad sobre la utilización de la fecha de ingreso como razones para otorgar salarios distintos. A partir de

¹⁴ Sentencia del 8 de abril de 1976, *caso Defenne II*, C-43/75.

¹⁵ Dicho precepto establece que los hombres y las mujeres deben recibir una remuneración *igual* por un *trabajo* de *igual* valor.

¹⁶ Sentencia del 8 de abril de 1976, *caso Defenne II*, C-43/75.

¹⁷ Soberanes Díez, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011, pp. 72-74.

negociaciones colectivas se establecieron dobles escalas salariales,¹⁸ conforme a las cuales los trabajadores de nuevo ingreso tienen un salario menor a los que ya estaban trabajando.¹⁹ Esto fue objeto de dos sentencias del Tribunal Constitucional español.

En la primera se analizaron las condiciones salariales establecidas en el III Convenio Colectivo de Volkswagen Navarra, S. A., que fijaba una retribución menor a los trabajadores que ingresaban después de una fecha a laborar, a pesar de que desarrollaran la misma actividad que el resto de los trabajadores, quedando encuadrados en esta medida por veinticuatro meses.²⁰

El Tribunal señaló que todo trabajador tiene derecho a que ante un trabajo igual se otorgue un salario igual, no pudiendo operar como criterio diferenciador cualquier circunstancia.²¹ No obstante, reconoce la posibilidad de que existan elementos surgidos en la negociación colectiva que permitan justificar las diferencias salariales.²² En el caso, consideró que no puede hablarse de una vulneración al principio de igualdad porque el convenio no tiene una finalidad selectiva por existir un sistema de progresión temporal.²³

La segunda ocasión en que dicho Tribunal se enfrentó a la doble escala laboral fue al conocer la constitucionalidad de la norma colectiva de la empresa Mohn, S. L., que establecía un procedimiento para otorgar una compensación salarial a los trabajadores que ingresaron antes de 1995, distinto al que se utiliza para los que ingresaron posteriormente.²⁴

El Tribunal Constitucional reiteró que pueden establecerse escalas salariales distintas siempre y cuando exista una razón que lo justifique, lo que

¹⁸ Su origen más concreto es en los noventa en Estados Unidos, bajo la denominación *two-tier remuneration system*. Purcalla Bonilla, Miguel Ángel: “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, núm. 244, 2003, p. 5.

¹⁹ Romero Burillo, Ana María, *Igualdad y retribución*, Valencia, Triant lo Blanch-Universitat de Lleida, 2006, p. 101.

²⁰ *Ibidem*, p. 117.

²¹ Sentencia 119/2002, del 20 de mayo, fj 6.

²² *Ibidem*, fj 8.

²³ *Ibidem*, fj 9. Esta decisión suscitó opiniones dispares en la doctrina. En el sentido de que es un buen punto de partida, Santiago Redondo, Koldo Mikel, “Doble escala laboral ¿leemos?”, *Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, núm. 17, 2002, p. 55; en el sentido de que se dejó pasar una oportunidad única, Falaguera Baró, Miguel Ángel, “Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de ingresos surgidos de la autonomía colectiva”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 59.

²⁴ Romero Burillo, Ana María, *op. cit.*, p. 123.

consideró que no ocurría en el caso, pues la fecha de ingreso de un trabajador no es justificativa de la desigualdad retributiva por sí misma.²⁵

En el ámbito europeo también se ha analizado la posibilidad de otorgar retribuciones distintas, atendiendo a la duración de la jornada laboral. Al respecto, puede citarse un caso que conoció el Tribunal de Luxemburgo. La señora Jenkins trabajaba tiempo parcial en la empresa británica Kingsgate. En dicha empresa se pagaba 10% menos el trabajo, a tiempo parcial, respecto al tiempo completo. La señora Jenkins consideró que esa diferencia salarial era contraria al artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.²⁶

Al conocer la consulta prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que el hecho de que un trabajador a tiempo parcial esté remunerado sobre una base salarial por hora menor a la remuneración de trabajo a tiempo completo no constituye una discriminación prohibida por el artículo 119, ya que existen factores objetivamente justificados, como el estimular el trabajo de tiempo completo.²⁷

2. La cláusula antidiscriminatoria

La segunda parte de la fórmula constitucional de igualdad retributiva prohíbe expresamente la utilización de dos *tertia comparationis*: la nacionalidad y el sexo.²⁸ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, hace especial referencia al *tertium* del sexo, al igual que el Convenio 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Estos *tertia* no deben ser considerados como *numerus clausus*, sino que tienen que entenderse adicionados con la lista del quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, así como su cláusula de apertura. No se trata de una fórmula antidiscriminatoria especial, sino de una cláusula que existía antes del reconocimiento de la discriminación *stricto sensu* como tal. No puede tomarse como una norma especial frente a la genérica del artículo 1o. Al contrario, debe

²⁵ Sentencia 27/2004, del 4 de marzo, f. 6.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

²⁸ En el caso del apartado B, únicamente se menciona el sexo. Sin embargo, hablamos de dos *tertia* por ser los utilizados en el contexto de la igualdad retributiva por el artículo 123 constitucional visto en conjunto.

entenderse que los *tertia* adicionados en la reforma de 2001 también están vedados en el caso de la retribución. Una distinción de salarios, basada en las discapacidades, en las condiciones de salud o en la raza es, en principio, discriminatoria y contraria a los artículos 1o. y 123, apartado A, fracción XVII, de la Constitución federal.

Se trata de una norma fuerte, pues un trato desigual por alguna de estas causas atenta contra la dignidad humana. Sin embargo, no es una disposición absoluta. Podrían existir algunos casos en que se permita el uso de estos *tertia* para conseguir un fin constitucionalmente relevante, como puede ser la igualdad real de oportunidades.

En efecto, para conseguir la igualdad de oportunidades deben existir normas y conductas encaminadas a combatirlo, lo que se conoce como “derecho antidiscriminatorio”.²⁹ Éste tiende a identificarse con las acciones afirmativas,³⁰ entendidas como todas aquellas medidas de impulso y de promoción que tienen por objeto establecer la igualdad mediante la eliminación de las desigualdades de hecho.³¹

El principio de igualdad prohíbe tratar lo esencialmente igual, arbitrariamente desigual. En este sentido, la razón que autoriza las acciones afirmativas es la creación de una igualdad de hecho.³² Esta es la paradoja de la igualdad: para conseguir la igualdad *de facto* hay que crear una desigualdad de *iure*, y la igualdad de *iure* produce desigualdades *de facto*.³³ Bajo este esquema, las acciones afirmativas son congruentes con el principio de igualdad en la ley.

Así pues, estas acciones son excepciones a la prohibición constitucional de utilizar determinados *tertia comparationis*, pues su uso es necesario para eliminar prácticas discriminatorias arraigadas.

De esta manera, por ejemplo, en caso de que se estableciera una remuneración por unidad de tiempo superior a las madres respecto a los varones, de forma que ellas con menos horas de trabajo puedan tener un salario igual,

²⁹ Esta denominación es una traducción de la expresión inglesa “Anti-discrimination Law”; Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujer*, Madrid, Civitas, 1997, p. 28.

³⁰ *Ibidem*, p. 44; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, p. 84.

³¹ Rey Martínez, *op. cit.*, p. 85.

³² Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 383

³³ Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 105.

para favorecer la conciliación entre la vida laboral y familiar, podría considerarse constitucional.³⁴

La edad es uno de los *tertia comparationis* que proscribió el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional. Sin embargo, se ha utilizado como motivo para retribuir de forma desigual. Un precedente judicial interesante al respecto lo encontramos en España, en donde de 1963 a 1990 los decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional (SMI) establecían tres cuantías mínimas según la edad: una para los mayores de dieciocho años, otra para los menores de dieciocho y otra para los menores de diecisiete años.³⁵

Al conocer la constitucionalidad de las tres cuantías de SMI, el Tribunal Constitucional español consideró que la utilización de la edad como criterio de diferenciación retributiva sería tolerable cuando se expresaran razones suficientes que justificaran el trato desigual.³⁶ En el caso consideró que existía una presunción de que los menores de dieciséis años no realizan un trabajo de igual valor que los mayores de esta edad, por lo que consideró constitucional la medida.³⁷

III. EL JUICIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA

A continuación analizaremos la forma lógica en que debe operar la resolución de los planteamientos de igualdad retributiva, con el propósito de ayudar a motivar las sentencias y la forma de argumentar con base en este principio.

La igualdad retributiva implica comparar dos tratamientos para oponer la relación entre ambas con la Constitución. De esta forma, es necesario realizar dos juicios de razón práctica para determinar si una ley se adecua a este principio. Primero debe determinarse si entre dos actividades laborales existe identidad (comparación), y después debe valorarse si el trato desigual es razonable (justificación).

³⁴ Sobre el particular, habría que valorar también la valoración de estereotipos sociales. Al respecto, Soberanes Díez, José María y Niembro, Roberto, “Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011 del Tribunal Constitucional español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.

³⁵ Romero Burillo, Ana María, *op. cit.*, p. 70.

³⁶ Sentencia 31/1984, del 7 de marzo, f.º 9.

³⁷ *Ibidem*, f.º 11.

En efecto, las jurisdicciones constitucionales de Alemania,³⁸ Italia,³⁹ España⁴⁰ o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴¹ consideran que el juicio de igualdad se compone de dos fases. En la primera, en la que se comprueba la igualdad, se denomina “juicio de racionalidad”, y la segunda, en la que se analiza la justificación del trato desigual se denomina “juicio de proporcionalidad”.

1. *Juicio de racionalidad*

El juicio de racionalidad implica la comparación entre una actividad laboral (T1) y su retribución (R1) con otra actividad laboral (T2) y su retribución (R2). Claro está que las actividades laborales han de prestarse para el mismo patrón. No puede exigir una persona que su patrón le pague lo mismo que retribuye otro patrón.

La obligación constitucional de los patrones es aplicar lo que en matemáticas se denomina “regla de tres”. Debe comparar la actividad que realizan dos trabajadores ($T1=T2?$), de manera que si son iguales deben ser retribuidas del mismo modo (Si $T1=T1$, $R1=R2$).

El hecho de que exista un *tertium comparationis*, dado por la Constitución, hace que este juicio de racionalidad sea distinto al que se realiza al analizar la igualdad en normas jurídicas. En efecto, si se valora si una ley respeta el principio de igualdad, se desconoce el *tertium*, por lo que el juzgador debe iniciar por determinarlo mediante la comparación entre dos relaciones: la existente entre un sujeto con una norma (S1-N1) con la que existe entre otro sujeto y

³⁸ BVerfGE 55, 88. Esta fórmula ha sido denominada “*neue Formel*” por la doctrina. Villacorta Mancebo, Luis, *Principio de igualdad y estado social*, Santander, Universidad de Cantabria-Parlamento de Cantabria, 2006, p. 69.

³⁹ Textualmente ha expresado la Corte Costituzionale: “a parità di situazioni, deve corrispondere parità di trattamento”, Sentencia 45/1967, del 12 de abril. CERRI, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994, t. XXXII, p. 9.

⁴⁰ Sostiene ese órgano que el principio de igualdad “consiste en que, ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser, asimismo, iguales, y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro se encuentre carente de fundamento racional y sea, por tanto, arbitraria porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador”. Sentencia 114/1992, del 14 de septiembre, f.º 6.

⁴¹ Gimenez Glük, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 67.

otra norma (S2-N2), que se traduce en una “relación de relaciones” expresada como $\zeta((S1-N1)=(S2-N2))$?.⁴² Esa comparación le permite al juzgador descubrir el *tertium* y aplicar el juicio de racionalidad.

En el caso de la igualdad retributiva, como existe la obligación constitucional de utilizar un *tertium comparationis*, simplemente hay que aplicarlo en el juicio de racionalidad para poder determinar si hay igualdad o desigualdad. Así, lo primero es comparar las dos actividades laborales. Ello debe hacerse con independencia de las horas que se trabaja o el parámetro usado para fijar el salario. Simplemente, comparar las actividades, valorando si el núcleo esencial de las tareas que se realizan es similar.

Las conclusiones de esta comparación pueden ser dos: a) que se trata de actividades distintas, o con diferencias significativas ($T1 \neq T2$), o b) que se trata de actividades similares, o que presentan algunas diferencias, pero que no son relevantes ($T1 = T2$).

En caso de llegar a la primera conclusión, que se trata de actividades distintas, habría que finalizar el juicio y declarar constitucional el tratamiento, pues la Constitución no determina cómo hay que proceder en estos casos. Podría pensarse, conforme a la fórmula arquetípica de la igualdad que manda tratar de forma desigual a los desiguales, que debe dársele un salario distinto. Pero no lo establece la Constitución. Y sería complicado determinarlo judicialmente, pues implicaría juzgar si una actividad merece una mejor o peor retribución que otra. Por ello, un patrón podría darle el mismo salario a trabajadores que desempeñan labores distintas.⁴³

En caso de llegar a la segunda conclusión, es decir, que las actividades son similares, debe analizarse si son diferentes las retribuciones (R1 y R2). Podría pensarse que esta pregunta es ociosa, pues si alguien se queja es porque recibe un salario distinto. Sin embargo, podría darse el caso de que, atendiendo al parámetro usado para fijar el salario, o a las horas laboradas, aunque la percepción efectiva sea distinta, la base del cálculo sea igual y, por lo tanto, no exista un tratamiento retributivo distinto.

El pago de un salario diferente, como se ha dicho, no conlleva una inconstitucionalidad automática. Habría que valorar si existe una justificación para

⁴² Soberanes Díez, José María, *La igualdad...*, cit., pp. 136 y ss.

⁴³ En el caso de los servidores públicos, sí sería factible realizar esta valoración, pues existen reglas constitucionales sobre su remuneración atendiendo a las jerarquías más que a las actividades. El artículo 127 constitucional determina que ningún servidor público podrá tener una remuneración igual o mayor que su superior jerárquico. De esta forma, un tratamiento remuneratorio igual a servidores de jerarquía distinta puede ser inconstitucional.

el trato desigual. Eso se hace en la segunda parte del juicio. Sin embargo, en esta etapa, y de concluir que se hacen pagos distintos, hay que analizar cuál es la razón de comparación, cuál es el *tertium comparationis*. Ello, porque de ser alguno de los motivos constitucionalmente proscritos, la intensidad del juicio variará.

2. Juicio de proporcionalidad

En la segunda etapa del juicio se analiza si existe una razón que justifique el pago diferente a quienes realizan la misma actividad. Como el mandato constitucional es el trato igual, y la excepción es el trato desigual razonable, debe ser quien realiza la distinción quien justifique que su actuación no es arbitraria.

Esta fase se ha identificado con la aplicación del test de proporcionalidad en la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas, que constituye uno de los paradigmas del nuevo *ius commune*.⁴⁴

Este análisis puede realizarse con distinta intensidad, como se decía. Algunas jurisdicciones constitucionales como las de Estados Unidos,⁴⁵ Alemania,⁴⁶ España,⁴⁷ Italia,⁴⁸ o Colombia⁴⁹ aplican un examen más laxo de las distinciones en la mayoría de los asuntos, y en algunos pocos juzgan con mayor dureza los tratamientos diferenciados.

Aunque no existe una clasificación jurisprudencial de esta forma distinta de actuar, la doctrina suele distinguir distintas intensidades para aplicar el juicio de razonabilidad. Se habla de un juicio de mínimo de razonabilidad o “*rational basis-Test*”, y de un juicio estricto de razonabilidad o “*strict scrutiny*”.

⁴⁴ Barnés, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 135, 1994, p. 495. Este principio incluso fue positivado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2000. Su artículo 25.1 dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

⁴⁵ *Railway Express Agency vs. New York*, 336 US 106 (1949).

⁴⁶ BVefGE 66, 234.

⁴⁷ Sentencia 81/1982, del 21 de diciembre, f.º 2; y sentencia 70/1991, del 8 de abril, f.º 7.

⁴⁸ Cerri, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ Sentencias C-93 de 2001 y C-371 de 2000 de la Corte Constitucional colombiana.

Los casos en que se utiliza el escrutinio estricto son tasados: se aplica en los casos en que se utiliza un *tertium* prohibido constitucionalmente, y en los que se utiliza el escrutinio mínimo son los residuales, es decir, los demás.⁵⁰

Volviendo al test de proporcionalidad, éste implica que toda restricción a los derechos fundamentales debe ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. Estas exigencias, traducidas en tres subprincipios, deben ser comprobadas por las jurisdicciones constitucionales de forma sucesiva y escalonada.⁵¹

El primer subprincipio es el de adecuación o idoneidad, llamado también de aptitud.⁵² De acuerdo con éste, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin, constitucionalmente, legítimo.⁵³

Conforme a lo anterior, este subprincipio exige dos cosas: que el trato desigual tenga un fin legítimo, y que sea idóneo para conseguir ese fin. En efecto, si su distinción carece de finalidad, no hay razón alguna para diferenciar entre situaciones de hecho, y la diferencia será caprichosa y gratuita.⁵⁴ En el escrutinio estricto se ha dicho que no basta que exista una finalidad legítima, pues la finalidad debe consistir en un valor fundamental,⁵⁵ como conseguir la igualdad real.

Además de la existencia de una finalidad se requiere que la distinción salarial sea un medio adecuado para conseguir ese fin.⁵⁶ Suele decirse que una medida adoptada no es idónea cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato.⁵⁷ Dicho lo anterior de forma afirmativa, la diferencia salarial es idónea cuando contribuye de algún modo a la obtención de su fin, con independencia de su grado de eficacia.

El segundo subprincipio es el de necesidad. De acuerdo con éste, toda medida restrictiva en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con

⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 267.

⁵¹ *Ibidem*, p. 687.

⁵² Barnés, Javier, *op. cit.*, p. 521.

⁵³ Bernal, Carlos, *op. cit.*, p. 687.

⁵⁴ Tapia Martínez, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000, p. 121.

⁵⁵ Siguiendo la expresión de la Suprema Corte de Estados Unidos, que exige una “*Compelling Government Interest*”. Véase *Shapira v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 (1969).

⁵⁶ Al respecto, Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, p. 319.

⁵⁷ Bernal, *op. cit.*, p. 718.

el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.⁵⁸ Conforme a lo anterior, debe valorarse si la diferencia retributiva es la alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos entre las igualmente eficaces para alcanzar un fin.⁵⁹

Este subprincipio no figura ni siquiera en la formulación del juicio de igualdad de la jurisprudencia constitucional⁶⁰ ni en la de los doctrinarios.⁶¹ Se ha excluido sosteniendo que no corresponde a los jueces valorar si el medio elegido es el mejor entre varios posibles; únicamente les atañe valorar que sea uno de los posibles.⁶²

Consideramos que en un juicio de mínimos se puede prescindir de este análisis, pero no se puede prescindir de este análisis en los casos de escrutinio estricto.⁶³

El tercer subprincipio es el de proporcionalidad en estricto sentido. Tiene como objeto determinar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar.⁶⁴ El problema que genera el objeto de la proporcionalidad, así expuesto, consiste en determinar qué debe entenderse por “relación razonable”. La mayoría sostiene que debe considerarse como un balanceo entre ventajas y desventajas de la medida,⁶⁵ lo que se conoce como *balancing test* en el derecho norteamericano,⁶⁶ y que no es otra cosa que un análisis de costos y beneficios.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 734.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 178/1989, del 2 de noviembre, f. 5.

⁶⁰ No se encuentra en la formulación del test del Tribunal Constitucional español expuesto en la sentencia 155/1998, del 13 de julio, f. 3. Tampoco en la formulación mexicana del juicio de proporcionalidad se encuentra: “...Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida ... En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador ... En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad”, Jurisprudencia 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁶¹ Tapia Martínez, Ramón, *op. cit.*, nota 718, p. 121.

⁶² Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 138.

⁶³ Gimenez Glük, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁴ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Ricardo Depalma, 2004, p. 93.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Así se le denomina por la propia Suprema Corte de aquella nación en *Refugee Comm v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951). Sobre el tema, Fried, Charles, “Two Concepts of Interest: Some Reflections of Supreme Court’s Balancing Test”, *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, p. 755.

De acuerdo con esta idea, este subprincipio impone que la importancia de la desigualdad salarial debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.⁶⁷ Conforme a lo anterior, las ventajas obtenidas por la desigualdad retributiva deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares.

3. *El test de igualdad retributiva*

En las líneas precedentes hemos presentado los distintos análisis que debe realizar el juzgador, así como sus consecuencias. Si se integraran esos en forma de pregunta, se tendría que el test de razonabilidad que deben superar las distinciones salariales sería el siguiente:

- 1) ¿La actividad laboral de una persona (A) es similar a la de otra persona (B)? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 2). De lo contrario, se termina el juicio reconociendo la constitucionalidad del tratamiento.
- 2) ¿La retribución que recibe (A) es distinta a la que recibe (B)? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 3). De lo contrario, se termina el juicio reconociendo la constitucionalidad del tratamiento.
- 3) ¿La distinta retribución que perciben (A) y (B) se debe a un *tertium comparationis* constitucionalmente vedado? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 6); de lo contrario, se pasa a la pregunta 4).
- 4) ¿La distinta retribución tiene una finalidad? En caso de que la tenga, se pasa a la pregunta 5). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 5) ¿Con la distinta retribución se consigue de algún modo el fin que persigue? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 10). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 6) ¿La distinta retribución tiene una finalidad constitucional fundamental? En caso de que la tenga, se pasa a la pregunta 7). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 7) ¿Con la distinta retribución se consigue el fin que persigue? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 8). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 8) ¿Existen medidas alternativas igual o más efectivas que la distinción salarial? En caso de que existan, se pasa a la pregunta 9). De lo contrario, se considera que la distinción es necesaria y se pasa a la pregunta 10).

⁶⁷ Bernal, *op. cit.*, p. 757.

- 9) Entre las alternativas a la distinción salarial igual o más efectivas, ¿existe una menos restrictiva? En caso de que existan, debe declararse inconstitucional la distinción retributiva. De lo contrario, debe considerarse que la medida es necesaria y se pasa a la pregunta 10).
- 10) ¿El fin constitucional procurado compensa las desventajas que produce la distinción salarial? En caso de que las compense, el trato desigual será constitucional. De lo contrario, se debe declarar su inconstitucionalidad.

IV. CONCLUSIÓN

La igualdad retributiva es un derecho humano reconocido por la Constitución mexicana y por los tratados internacionales signados por el Estado mexicano. Su contenido impone la obligación de fijar los salarios con base en la actividad laboral. De este modo, han de compararse las actividades laborales que realizan dos personas ($T1$ y $T2$), para valorar si son similares.

En caso de que lo sean, han de recibir la misma retribución (Si $T1=T2$, $R1=R2$). Si la remuneración se establece por unidad de obra realizada, la unidad de medida retributiva debe ser igual por obra. Y si la retribución se fija por tiempo, debe ser igual para un mismo puesto de trabajo.

No obstante, pueden establecerse salarios distintos siempre y cuando exista una razón suficiente que justifique el trato desigual, como puede ser la antigüedad en la empresa o el estimular el trabajo de tiempo completo. En estos casos, la justificación de la desigualdad debe superar un test de proporcionalidad, en el que, además de la existencia de una causa, se analice si la doble escala salarial es un medio apto para conseguirlo, y si las desventajas que se producen se compensan con las bondades del fin perseguido.

La fórmula de la igualdad retributiva prohíbe expresamente que la variación de salarios se deba a la nacionalidad o sexo. Esta lista ha de completarse con todos los motivos de discriminación proscritos en el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, pues no sería aceptable establecer salarios distintos por razón de la raza, religión, condiciones de salud o discapacidades de los trabajadores.

No obstante, en algunos casos podría tolerarse el uso de estos *tertia comparationis*, si se persigue una finalidad constitucional fundamental, como es la igualdad de oportunidades, lo que ocurriría en el caso de las acciones afirmativas. En estos casos, además de valorar que no solo exista un fin, sino que éste sea constitucionalmente relevante, habría que valorar si existen medidas

alternativas, igual o más efectivas que la distinción salarial que sean menos restrictivas del derecho a la igualdad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BARNÉS, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 135, 1994.
- BARRÈRE UNZUETA, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujer*, Madrid, Civitas, 1997.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CERRI, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, t. XXXII, 1994.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 2004.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre 2006.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972.
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- FALAGUERA BARÓ, Miguel Ángel, “Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de ingresos surgidos de la autonomía colectiva”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, núm. 3, 2003.
- GIMENEZ GLÜK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, núm. 244, 2003.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- ROMERO BURILLO, Ana María, *Igualdad y retribución*, Valencia, Triant lo Blanch-Universitat de Lleida, 2006.
- SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel, “Doble escala laboral ¿leemos?”, *Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, núm. 17, 2002.
- SOBERANES DÍEZ, José María y NIEMBRO, Roberto, “Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011 del Tribunal Constitucional Español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.
- SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011.
- TAPIA MARTÍNEZ, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado social*, Santander, Universidad de Cantabria-Parlamento de Cantabria, 2006.

PROSTITUCIÓN EN COLOMBIA: HACIA UNA APROXIMACIÓN SOCIOJURÍDICA A LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES SEXUALES*

PROSTITUTION IN COLOMBIA: TOWARDS
A SOCIO-JURIDICAL APPROACH TO THE RIGHTS
OF SEXUAL WORKERS

PROSTITUTION EN COLOMBIE : UNE APPROCHE
SOCIO-JURIDIQUE DES DROITS DES TRAVAILLEURS
SEXUELS

Misael TIRADO ACERO**
Carlos Alfonso LAVERDE RODRÍGUEZ***
Juan Camilo BEDOYA CHAVARRIAGA****

RESUMEN: La Corte Constitucional, a partir de la Sentencia T-629 de 2010, ha reconocido la necesidad de corregir el escenario actual de discriminación y vulneración a derechos fundamentales de los trabajadores sexuales, mediante la creación de un marco normativo que delimite las

* Recibido el 5 de febrero del 2019 y aprobado para su publicación el 25 de marzo del 2019.

** Docente investigador en la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia; miembro del grupo “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas-RES-CYPP”, Línea de investigación política criminal, derecho penal y criminología, de la misma universidad. Doctor en sociología jurídica e instituciones políticas por la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: misaeltirado@gmail.com.

*** Doctor en ciencia social con especialidad en sociología en El Colegio de México. Maestro en estudios y políticos y sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Sociólogo y economista por la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Correo: claverde@colmex.mx.

**** Abogado y estudiante de maestría en derecho de la Universidad Nacional de Colombia; miembro del grupo de investigación “sustancias psicoactivas” y “nullum crimen sine lege”, de la Universidad Nacional, así como del semillero de investigación en “maternidad subrogada” de la misma institución. Correo: jucbedoyach@unal.edu.co.



condiciones en las cuales deben ser prestados los servicios sexuales, así como la determinación de los derechos que en cabeza de los trabajadores sexuales reposan, sin que a la fecha el Congreso haya subsanado la falta de legislación en la materia. Se analizan, por tanto, en este texto, las implicaciones y necesidades de un marco jurídico que permita el reconocimiento de los derechos laborales de esta población.

Palabras clave: prostitución, trabajo sexual, derechos laborales.

ABSTRACT: The Constitutional Court at the sentence T-629 of 2010, has recognized the need to correct the current scenario of discrimination and violation of the fundamental rights of sex workers, through the creation of a normative framework that establishes the conditions in which should be provided sexual services, as well as the determination of the rights of sex workers without the date of the Congress, it has not remedied the lack of legislation in the matter. Therefore, the implications and needs of a legal framework that allow the recognition of the labor rights of this population are analyzed in this paper.

Key words: prostitution, sex work, labor rights.

RÉSUMÉ: Avec la Sentence T-629 rendue en 2010, la Cour Constitutionnelle a, pour la première fois, entamé un processus visant à intervenir dans le contexte actuel pour lutter contre les discriminations et les atteintes relatives aux droits fondamentaux des travailleurs sexuels. Pour y parvenir, elle a déterminé un cadre normatif régissant les conditions entourant les prestations sexuelles et elle a défini les droits dont les travailleurs sexuels peuvent se réclamer. Pourtant, jusqu'à maintenant, le Congrès n'a pas remédié à cette absence de législation en la matière en avalisant cette initiative. Le texte que nous proposons a justement pour objectif le fait d'analyser les implications et les besoins d'un cadre législatif qui permettrait la reconnaissance des droits du travail de ce type de travailleurs.

Mots-clés: prostitution, travail sexuel, droits du travail.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Consideraciones preliminares en torno a la prostitución y al trabajo sexual.* III. *Regulación y control del trabajo sexual.* IV. *Interpretación constitucional y laboralización.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo sexual, como actividad social, profesional y económica, se encuentra, pese a su amplia distribución en el tejido social, inmerso en una zona gris en términos jurídicos, pues si bien su práctica y ejercicio no se encuentran prohibidos, no existe una delimitación clara de la naturaleza que se le asigna, o mención alguna, a los derechos de quienes la practican en términos de regulación laboral. Dicho fenómeno obedece a un proceso de invisibilización a través del derecho, que históricamente ha servido como mecanismo para la imposición de estigmas sociales a los trabajadores sexuales, y de esta manera agrava la ya de por sí precaria situación laboral y social de este grupo susceptible de especial protección en atención a la discriminación, de la cual han sido víctimas.

De allí que sea necesario analizar la pertinencia de generar una política pública que regule la prestación de servicios sexuales en Colombia, así como las implicaciones laborales del fallo T-629 de 2010, de la Corte Constitucional. Por tanto, es pertinente preguntar cuáles son los aspectos mínimos fundamentales a tener en cuenta en la generación de un marco regulatorio del trabajo sexual en Colombia a la luz de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que persigue amparar los derechos de las trabajadoras sexuales sustentados en la T-629 de 2010, y su más reciente reiteración en la T- 594 de 2016.

Por lo anterior, es necesario mencionar que es a partir de 2010, con la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-629, cuando se erigen los fundamentos jurídicos para considerar el trabajo sexual como un “trabajo”, y se insta a las instituciones estatales encargadas, a legislarlo y ordenarlo bajo una óptica de derechos laborales, con un enfoque de dignidad humana y prevención de los problemas sociales conexos, como lo son la trata de personas, la prostitución infantil y el crimen organizado. La sentencia en cuestión extiende sus implicaciones al reconocimiento de una actividad económica que se realiza bajo el consentimiento de quien decide prestar servicios sexuales remunerados, lo que en primer lugar implica reconocer la capacidad de agencia y decisión de quien decide realizar este trabajo, y en segundo lugar, asegurar, por medio de la legislación, la protección de sus derechos laborales.

Ahora bien, la relación entre lo jurídico y las prácticas de las trabajadoras sexuales no implica solamente un marco de referencia en el que se definen

exclusivamente reglas, sino que, por el contrario, como lo ha demostrado Scoular,¹ se encuentra ligada a la construcción cultural que se cristaliza en el campo jurídico. De esta manera, la legislación, si bien es una construcción cultural, tiene implicaciones en la generación de nuevas relaciones, mediante la implementación normativa, por lo cual la reglamentación del trabajo sexual está encaminada a generar efectos no sólo en términos prácticos, sino que además tiene la posibilidad de impactar la subjetividad de quienes se ven interpelados por la normatividad; en tanto, el reconocer o prohibir el trabajo sexual desde un marco jurídico complejiza las relaciones sociales en la medida en que se construye de fondo una idea de lo aceptable y reprochable. Si bien es cierto que el cambio no es inmediato, existen evidencias para afirmar que el marco jurídico tiene consecuencias prácticas en la construcción de subjetividades en el largo plazo.²

Bajo este panorama, es un punto crucial de la discusión comprender las implicaciones del reconocimiento de derechos laborales de las trabajadoras sexuales, por cuanto su implementación reviste un importante avance en materia de protección y garantía del derecho fundamental al trabajo, en un contexto en el que el estigma social, por cuenta de una visión diferencial del género, ha establecido características propias de esta actividad, que históricamente han respondido a las formas de concebir el cuerpo, la sexualidad y el trabajo femenino, subordinado a la masculinidad.

En atención a lo anterior, el presente trabajo parte de una breve alusión a las consideraciones preliminares en torno a la prostitución y al trabajo sexual, haciendo un especial énfasis en la importancia del abordaje del trabajo sexual como una forma de trabajo, así como de la evolución histórica de la prostitución como práctica sociocultural y las implicaciones negativas que la misma tiene al interior del constructo social que rodea el comercio sexual en Occidente. En segundo lugar, se analizan los enfoques regulatorios del trabajo sexual, así como el marco normativo aplicable en la actualidad en Colombia al ejercicio del trabajo sexual, abordando finalmente las consideraciones de la Corte Constitucional en torno a la prostitución como una forma de trabajo, y el contexto jurisprudencial que ha conllevado a la toma de esta decisión.

¹ Scoular, J., “Whats Law go to do with it? How and why Law Matters in the Regulation of Sex Work”, *Journal of Law and Society*, vol. 37, núm. 1, 2010.

² *Idem*.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA PROSTITUCIÓN Y AL TRABAJO SEXUAL

1. *El género como punto de partida: el uso del cuerpo femenino en el trabajo sexual*

La prostitución,³ comúnmente denominada de forma errónea como “el oficio más antiguo del mundo”, ha estado presente en múltiples sociedades, como resultado de lo cual sus límites han sido desdibujados y se han construido en torno a la misma una serie de mitos, que es necesario rebatir en el proceso de regulación de la misma.

Tal como lo afirma Segurado,⁴ no existe una definición precisa de lo que es o no es la prostitución, por cuanto todo lo que la rodea es un campo de límites imprecisos; así, por ejemplo, menciona que etimológicamente la palabra proviene del término “prosto”, el cual implica sobresalir o salir hacia afuera, haciendo referencia, tal vez, al ejercicio de esta actividad en las calles, resulta insuficiente para clarificar su contenido y aludir a su carga semántica.

De allí que sea menester, en el camino a la definición de lo que es o no es la prostitución, mencionar que históricamente se ha invisibilizado el ejercicio masculino de dicha actividad; así, por ejemplo, el Digesto de Justiniano consideraba como prostitutas a aquellas “mujeres que se entregan a los hombres por dinero y no por placer”, excluyéndose así toda práctica sexual masculina recompensada del ámbito normativo de la prostitución.

Con el paso del tiempo, esta definición dio lugar a la creencia de que la prostitución no era más que la venta del cuerpo por parte de una mujer, con la finalidad de sostener relaciones sexuales;⁵ idea a la cual se opone la noción de prostitución como servicio, ejercida en el marco de la autonomía de la voluntad y “por [la] cual se recibe una retribución económica y cuyo intercambio permite una «negociación» y ejercicio de servicios sexuales remunerados”.⁶

³ Si bien existen cuando menos tres formas de prostitución históricamente consideradas: la hospitalaria, la religiosa o sagrada y la legal; nos referiremos en este texto sólo a aquella denominada como legal, por cuanto es esta en la que se centra en la actualidad —en nuestra sociedad— el debate normativo, que, propende por la regulación de su ejercicio. Véase Dufour, Pierre, *La prostitución en la antigüedad*, San Sebastian, Roger, 1999.

⁴ Segurado, M., *La prostitución*, Madrid, Acento Editorial, 2002.

⁵ Al respecto, debe clarificarse que no es el cuerpo lo que ofrece la prostituta en el intercambio económico con el cliente, sino la prestación de un servicio. Véase Figueroa, J. y Pachajoa, A. *¿Es la prostitución trabajo?*, tesis de sociología, 2008, pp. 54-69.

⁶ Tirado Acero, M., *Comercio sexual: una mirada desde la sociología jurídica*, Lima, Fundación FEPSA, 2010, p. 87.

De allí que deba entenderse el término “prostitución” no como una práctica netamente femenina, en atención a prejuicios de género, sino como toda aquella actividad en la cual “mujeres, homosexuales, transgéneros [y hombres] exigen de manera explícita dinero, ya sea por medios verbales o no verbales, a hombres o a mujeres, a cambio de servicios sexuales concretos dentro de un espacio público, privado o comercial”.⁷

A lo anterior cabe agregar que la prostitución como fenómeno no se presenta de una única manera, sino que se da de forma diferenciada de acuerdo con el estrato socioeconómico de quien presta el servicio y al lugar en el que lo hace; así, siguiendo a Segurado,⁸ es posible mencionar la existencia de cuando menos los siguientes grupos de trabajadores sexuales: *cocottes/scorts*; “chicas de alterne”, aquellas que trabajan en los clubs de carretera o prostíbulos; las que “hacen la calle” y las “intrusas”, mujeres que, ocasionalmente, incursionan en el mundo de la prostitución, pero no hacen de ésta su forma de vida o sustento.

Asimismo, es pertinente mencionar, en un escenario de contextualización y definición de la prostitución como actividad, que aquellas causas, usualmente percibidas como la fuente de la prostitución, son insuficientes para dar cuenta de los motivos que conllevan al comercio sexual y reducen el debate y complejidad del fenómeno a una situación de explotación con profundos tintes de consecuencia y catalizador de otras problemáticas sociales, como lo son la trata de personas, así como nicho de sustento de mercados ilegales, producto del crimen organizado, en detrimento de los derechos y libertades de quienes ejercen esta actividad de forma consciente, o de quienes, simplemente, han caído en la misma en contra de su voluntad no como resultado del crimen, sino de las profundas diferencias sociales y la falta de oportunidades, tanto formativas como laborales, resultado de sesgos discriminatorios de género.

Siendo las causas, mediante las cuales se ha intentado explicar la prostitución: la pereza o autoindulgencia, el gusto por el dinero, fácil y rápido, pérdida de valores, seducción y posterior abandono, los fenómenos migratorios aunados a la falta de oportunidades laborales, la pobreza, la promiscuidad sexual, unida a la inmadurez intelectual y afectiva, así como la promiscuidad familiar. Todas estas causas van encaminadas a dar explicación al fenómeno de la prostitución, netamente fémica de calle, obviando en el proceso la existencia

⁷ Segurado, M., *op. cit.*, nota 7, p. 10.

⁸ *Idem.*

de otros tipos de trabajo sexual y sus complejidades, así como el papel de la autonomía de la voluntad en el proceso de selección del trabajo sexual como forma de vida, e incluso, de realización profesional.

Frente a dicha consideración, es pertinente mencionar que en contraposición a la posibilidad de autonomía de algunos trabajadores sexuales, la Resolución del Parlamento Europeo, del 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género, considera que toda forma de explotación sexual encasillable bajo el rotulo de prostitución constituye una vulneración a los derechos fundamentales y la dignidad de los sujetos inmiscuidos en la misma, particularmente de las mujeres. No obstante, debe mencionarse que ésta considera como inexistente la capacidad de autodeterminación de los trabajadores sexuales en términos de optar por el ejercicio de la prostitución, y afirma a su vez que ésta conduce inevitablemente al sostenimiento de patrones discriminatorios y opresivos, basados en las construcciones de género, así como al crecimiento y surgimiento de conductas vulneradoras de derechos fundamentales, como lo son la trata de personas, la prostitución infantil y la aparición y proliferación de redes de criminalidad.

Por otra parte, entre las complejidades para estudiar el trabajo sexual es necesario reconocer que éste no es una actividad que pueda considerarse como neutral frente a las construcciones sociales de género, por cuanto éste define el sentido en que las relaciones sociales se constituyen en el mercado sexual a través de la oferta y la demanda, en tanto la carga valorativa que se otorga a una(s) parte(s) del cuerpo que se usa para la oferta de un servicio tiene su origen en el significado social, propiamente dicho, de la misma, mediante el cual se pone en juego la imagen construida simbólicamente desde la dominación masculina del cuerpo de la mujer.

Este constructo es definido desde el mito de la mujer “buena”, percibida como madre, asociado a un ideal de pureza correlativo al grado de negación de la sexualidad femenina. Esta situación fáctica se encuentra ampliamente arraigada en las sociedades occidentales, por cuanto la dualización de la figura femenina sólo permite la identificación de la mujer con el modelo comportamental de Eva o el de María, la primera pecadora primordial y representación de la “puta”, quien tienta al hombre; la segunda, la representación de la castidad y la pureza reflejada en la maternidad.⁹

De allí que sobre el cuerpo de la mujer se concentre toda una carga discursiva que da cuenta de los mandatos de género, que asignan una visión del

Rodríguez, B. M., *Prostitución: del tabú a la banalidad*, Buenos Aries, Lugar Editorial, 2011.

mundo, en la que se definen creencias y prácticas diferenciales a hombres y mujeres, siendo el rol asignado a las mujeres el de la maternidad, pues tal y como lo menciona el de ser madre, en tanto ser madre es la forma de llegar a ser mujer, por lo cual, tanto la sexualidad de la mujer como otras dimensiones constitutivas de su esencia quedan reducidas al rol materno.¹⁰ Al respecto, cabe mencionar que desde los constructos sociales machistas

Existen pocas y reducidas formas de ser mujer. La sociedad está definida de tal manera que se encausa y se estimula a las mujeres en torno a un reducido número de opciones culturales dominantes, que conforman modos de vida particulares... [los cuales], se caracterizan porque son especializaciones sociales y culturales de las mujeres y se configuran alrededor de alguna de las características sustantivas de la condición de la mujer.¹¹

De esta manera, el trabajo sexual realizado por mujeres representa una ruptura con el ideal de la mujer como madre, en tanto que está convertida en transgresora del *statu quo* por el uso de su sexualidad con fines económicos; que además, es castigada, señalada y “llamada al orden” por una sociedad claramente dominada por la masculinidad. Así, al interior del trabajo sexual, el género funciona como un sistema que articula las formas en las que se otorgan significados a una “etiqueta” que funciona como control y signo que define lo rechazado y lo aceptado. Por lo cual, el afirmar que una mujer es una “puta” es una forma de definir lo transgresor de una conducta en las mujeres, es pues la forma de separar a las mujeres “buenas” de las “malas”, siempre en diálogo del uso que éstas dan a su sexualidad.

La “puta” o “prostituta” es, entonces, la etiqueta que se posiciona desde un orden patriarcal como rótulo que sitúa a la mujer, inequitativamente, en el espacio social, por lo que se torna necesario sostener —tanto desde el derecho como desde las relaciones sociales y laborales— el concepto de trabajo sexual, modificación en torno a la forma de referirse al objeto en estudio que, más allá de constituir un simple eufemismo, resulta tener fuertes implicaciones en términos jurídicos, laborales y sociales en tanto construcciones subjetivadas.

¹⁰ En este sentido y desde una perspectiva claramente propia de la moralidad católica, la prostituta es percibida como “recipiente para contener la suciedad de la carne, como mal necesario para prevenir los peores pecados, como la homosexualidad, el incesto, la violación y la seducción de mujeres honestas”. Rodríguez, *op. cit.*, nota. 12, p. 37.

¹¹ Lagarde, M., *Los cautiverios de las mujeres: madesposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM, 1997.

Asimismo, debe mencionarse que al establecer que la causa mayoritaria de persecución y apreciación negativa del ejercicio del trabajo sexual se encuentra vinculado a la independencia económica femenina, lo cual rompe con el dominio hegemónico del hombre establecido cultural e históricamente sobre la mujer, siendo dicha actividad una forma de alcanzar la emancipación, ya que como lo menciona Osborne, la conquista de la libertad de las mujeres pasa a través de la conquista de la independencia económica, y el trabajo sexual ha sido una forma de alcanzar dicha independencia.¹²

2. *El trabajo sexual como categoría de análisis frente al de prostitución*

Los conceptos de prostitución y trabajo sexual son el centro de discusión de una serie de debates, especialmente feministas, que tomaron fuerza desde los setenta (Lamas, 2016), impidiendo una solución uniforme que permita sincronizar las dos posturas, y, asimismo, enfrentar condiciones que siguen afectando a las mujeres que deciden realizar este trabajo de forma voluntaria. Es necesario, por tanto, adoptar una postura que permita dilucidar las diferencias; de allí que deba retomarse el concepto de trabajo sexual, ya que el concepto de prostituta, tal y como lo plantea Petherson (1990), está basado en representaciones, que desde múltiples discursos han perfilado a la mujer que disfruta o practica su sexualidad como “mala”.

De igual manera, el término “prostitución” trae aparejado, historicamente, el estigma de la criminalización y exclusión de quien realiza esta actividad. Discriminación, igualmente presente en el discurso “médico”, en el cual se cataloga al trabajo sexual como nocivo desde una lógica de las ITS/VIH, confundiendo y enfocando a las trabajadoras sexuales como el centro de una problemática de salud pública que puede afectar a la sociedad en su conjunto,¹³ o, incluso, desde el enfoque psicológico que patologiza a las mujeres que ejercen dicha actividad.

Al respecto, Pheterson llama la atención sobre la investigación científica que se realiza en el campo del trabajo sexual, pues generalmente se intenta asociar con dinámicas poblacionales marginales, como el consumo de drogas,

¹² Osborne, R., *Las prostitutas: una voz propia (cronica de un encuentro)*, Barcelona, Icaria, 1991.

¹³ El riesgo de contraer ITS/ETS en el *trabajo sexual* es de especial importancia para la salud pública por su alta exposición; sin embargo, no es mucho mayor que cuando se mantienen relaciones sexuales en otro ámbito sin los cuidados y prevención necesaria. Véase UNUSida. Censida, 2009; Tirado Acero, M., *Comercio sexual*, Bogotá, ILAE-Thomson Reuters, 2013.

la criminalidad, el alcoholismo y otras, que si bien pueden ser contextos presentes en el comercio sexual, promueven el estigma y reproducen el imaginario de la “prostituta” como una mala mujer o como una víctima que necesita ser rescatada.¹⁴

En contraposición a lo cual, la investigación social está llamada a asegurar un concepto que permita entender las relaciones constitutivas del trabajo sexual al interior de un contexto histórico, que establezca condiciones de análisis en las que existe una interacción con un medio laboral en diferentes periodos, debido a que el concepto de prostituta carece de una posibilidad de análisis histórico y trae consigo la inmovilidad que supone, como habitualmente se enuncia, “el oficio más antiguo del mundo”, al cual se apareja una carga negativa, que debe ser eliminada en el camino a la materialización efectiva de los derechos de aquellas personas que ejercen libre y voluntariamente el comercio sexual, sin que esto implique el abandono a la construcción de políticas públicas eficientes y eficaces en términos de prevención a los delitos y males conexos a las prácticas sexuales impostivas, así como la posibilidad de optar por la práctica de otras actividades lícitas, que reduzcan su nivel de exposición a factores de riesgo.

3. *El trabajo sexual en el contexto del mercado laboral*

Históricamente, el trabajo de las mujeres en el mercado laboral se ha subvalorado y precarizado en comparación a las condiciones laborales de los hombres, bajo una lógica de especialización que les ha otorgado roles no productivos (secretaria, trabajadora, enfermera, doméstica, recepcionista, entre otros oficios), minimizando sus opciones y relegando en muchas ocasiones su trabajo a escenarios de servicio, en una sociedad patriarcal, que extrapola los roles domésticos al campo laboral.

Así, dentro de las opciones laborales presentes en el mercado, hablar de trabajo sexual implica inscribir el análisis al entorno del comercio sexual, lo que supone a su vez discutir en términos del mercado laboral y equiparar los contextos laborales y sociales a las prerrogativas de otros trabajos con características de formalidad, sin dejar de tener presente consideraciones especiales de un campo social en el que se han construido relaciones de dominación marcadas por el estigma hacia quien lo desarrolla, en este caso las mujeres que han sido señaladas como las “putas”, “prostitutas” o cualquier otro ró-

¹⁴ Petherson, G., “The Category «Prostitute» in Scientific Inquiry”, *The Journal of Sex Research*, 1990, pp. 397-407.

tulo que imponga categorías destructivas pero eficientes al control del cuerpo femenino.

En este sentido, el concepto de trabajo sexual implica, analíticamente, la posibilidad de considerar características que se ajustan a la lógica del mercado laboral, como lo exponen Murphy y Venkatesh, quienes realizaron una investigación con mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Nueva York y lograron identificar particularidades que les permitieron definir que quienes realizan esta actividad económica desarrollan prácticas profesionalizantes y carreristas, por ser para ellas un modelo de generación de empleo e ingresos.¹⁵

Lo anterior evidencia la pertinencia de retomar las posturas que reivindican el derecho a prestar servicios sexuales remunerados desde una perspectiva laboral. En primer lugar, porque quien se define como trabajador/a sexual reconoce que desarrolla esta actividad bajo total consentimiento, y esto supone, en segundo lugar, la presencia de una capacidad de agencia, lo cual conlleva a su vez, asumir —en contraposición a las afirmaciones mayoritarias de amplios sectores del feminismo— que la prostitución es susceptible de ser tenida como un trabajo, en términos marxistas, en cuanto permita a quien la ejerce, dignificarse/realizarse a través de su acción, siendo susceptible, por tanto, de ser tenida como un proyecto que permite la materialización de una vida digna, que debe ser analizada en concordancia con los parámetros de la sentencia T-067 de 1994, de acuerdo con la cual

El concepto de vida que la Constitución consagra no corresponde simplemente al aspecto biológico, que supondría apenas la conservación de los signos vitales, sino que implica una cualificación necesaria: la vida que el Estado debe preservar exige condiciones dignas. De poco o nada sirve a la persona mantener la subsistencia si ella no responde al mínimo que configura un ser humano como tal.

III. REGULACIÓN Y CONTROL DEL TRABAJO SEXUAL

1. *Aproximación preliminar a los enfoques regulatorios*

En lo que a la regulación de la prostitución atañe, históricamente han existido tres paradigmas normativos, al interior de los cuales es posible en-

¹⁵ Murphy, A. y Venkatesh, S., “Las carreras del vicio: los cambiantes contornos del trabajo sexual en la ciudad de Nueva York”, en Auyar, J. y Hobert, R., *Acción e interpretación de la sociología cualitativa norteamericana*, Quito, Flacso, 2011.

marcar las legislaciones existentes, a saber: prohibicionismo, reglamentarismo y abolicionismo; cada uno de los cuales trae consigo una consideración diferente, pero peyorativa, de aquellos individuos que se encuentran sumidos en el comercio sexual; así, para el prohibicionismo, la trabajadora sexual es poco más que una “pecadora”; para el reglamentarismo, una “enferma”, y para el abolicionismo, una “inadaptada social”.¹⁶ De entre las cuales el prohibicionismo y el reglamentarismo son las dos corrientes dominantes en el debate regulatorio del trabajo sexual, siendo posible considerar al abolicionismo como un punto medio entre ambas posturas, por cuanto las mismas constituyen

Dos polos en la discusión respecto a la forma en que el Estado debe concebir el fenómeno [de la prostitución], pues, a fin de cuentas, es en el Estado donde se concentra una noción de comunidad o, como la llamaría Andersón,¹⁷ la comunidad imaginada, lugar en el que se condensan las ideas generalizadas acerca de lo deseable en una sociedad.¹⁸

En este sentido, se entiende por prohibicionismo aquella corriente de pensamiento para la cual el trabajo sexual atenta contra los derechos humanos de las personas, por cuanto vulnera la dignidad humana y restringe la libertad sexual, y por tanto, debe ser erradicado; es importante comprender que esta corriente de pensamiento se enmarca en un discurso conservador y moral, acompañado de ideologías altamente politizadas en cuanto a filiaciones religiosas o de clase se refiere.

En contraposición al prohibicionismo, el reglamentarismo persigue el mejoramiento de las condiciones laborales y de la prestación de los servicios sexuales, considerando la existencia del trabajo sexual como una realidad social inevitable y tolerable, a la vez que mantiene la prohibición a la prostitución infantil y persigue la trata de personas con fines de explotación sexual.¹⁹ Éste, si bien permite la prostitución independiente, penaliza la promoción u organización de servicios sexuales por parte de un tercero.

¹⁶ Rúa Serna, J. C., “El derecho a prostituirse, la prostitución a la luz del derecho laboral”, *Diálogos de Derecho y Política*, vol. 8, núm. 1, enero-abril de 2012, pp. 2-11.

¹⁷ Benedict, A., *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹⁸ Tirado Acero, M., “Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia”, *Novum Just*, 2014, pp. 11-37.

¹⁹ *Idem*.

No obstante, de acuerdo con Rúa Serna²⁰ es posible hablar de una cuarta vía paradigmática para la clasificación de la normatividad en materia de trabajo sexual, denominada “laboralización”,²¹ de acuerdo con la cual se entiende a la prostitución “como un trabajo [al interior del cual se debe] reconocer derechos y garantías a las mujeres [y hombres que lo ejercen]”;²² corriente dentro de la cual es posible considerar que se enmarcan las recientes aproximaciones de la Corte Constitucional a la prostitución como un trabajo y el amparo del mismo.

Por último, cabe mencionar que la normatividad existente en la actualidad no obedece a un único paradigma, sino que, tal y como lo estableció Juan Carlos Henao en la Sentencia T-629 de 2010, subsisten en Colombia los tres modelos de regulación, manifestándose el prohibicionismo en la tipificación de los delitos de inducción a la prostitución, así como de constreñimiento a la prostitución; el abolicionista, en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, que persiguen la paulatina eliminación de la prostitución, y el reglamentarismo en las medidas propias del derecho urbanístico de policía, que pretende el establecimiento de zonas de trabajo, así como medidas de salubridad.²³

2. Marco histórico normativo

De acuerdo con Segurado, la regulación de la prostitución a través de leyes se ha presentado desde las primeras apariciones de la misma a nivel social, siendo uno de los primeros ejemplos de regulación normativa del trabajo sexual la imposición de un impuesto a la práctica por parte de Calígula, de 1/8 de las ganancias percibidas en favor del imperio; presentándose las primeras limitaciones a la práctica de la prostitución, mediante la imposición de castigos —a las proxenetas— de trabajo forzado o prisión, sin que se llegara aún a castigar la prostituta, por cuanto se consideraba que la misma cumplía una función social.²⁴

²⁰ Rúa Serna, *op. cit.*, nota 19.

²¹ Ésta es susceptible de ser considerada como una variante del reglamentarismo con un énfasis mayoritario en el componente laboral del trabajo sexual y la dignidad de quienes lo ejercen como opción de vida.

²² Figueroa, J. y Pachajoa, A., *op. cit.*, nota. 8, p. 57.

²³ Rúa Serna, *op. cit.*, nota 19.

²⁴ Segurado, *op. cit.*, nota 7.

Empezando la persecución al trabajo sexual *per se*, con la integración de los valores cristianos a la sociedad occidental y la asignación del carácter de “malvadas” a quienes intercambiaban favores sexuales por contraprestaciones de diversa índole, lo cual condujo a que durante la época de la Inquisición fueran cazadas y perseguidas como brujas, situación que derivó en una paradoja, por cuanto aun siendo perseguidas, el papa Clemente VIII emitió una ordenanza que las obligaba a entregar el 50% de sus ganancias a la Iglesia.²⁵

Con posterioridad, durante el gobierno de Carlos III sería permitida la prostitución, pero manteniéndose una sanción para el lenocinio, que consistía en la exclusión de la milicia y un juicio bajo tribunal.²⁶ Debe mencionarse que la prostitución no sería considerada como un oficio propiamente dicho, sino hasta la institucionalización de los burdeles públicos en Francia, durante el siglo XIV; asimismo, es menester tener en cuenta que la prostitución sólo se presenta como tal en aquellas sociedades patriarcales donde se ha garantizado un lugar en la sociedad a través de la primigenia.²⁷

En lo que a Colombia se refiere, la prostitución estuvo prohibida durante gran parte de la historia de la nación, puesto que, aun siendo tolerada por la sociedad, la intervención de las autoridades conllevó a la expulsión de las prostitutas de su lugar de trabajo y residencial, presentándose las primeras regulaciones positivas en torno a la prostitución como práctica socialmente tolerada en la ciudad de Bogotá a comienzos del siglo XX, cuando mediante un decreto del gobernador de Bogotá pasó a considerarse a la misma como una calamidad social, contraria a las estructuras de poder y a los valores sociales que no obstante debía ser tolerada como resultado de su función social, por lo cual se exigía la expedición de un permiso de funcionamiento para las casas de prostitución, así como la inscripción de las prostitutas para posibilitar su control médico.²⁸

Mediante la Resolución 282 del 4 de mayo de 1942 se obligaría —a nivel nacional, exceptuando a Bogotá— a la inscripción de las prostitutas como mujeres públicas (medida que permanecería vigente hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991); de la misma forma, se establecía en el artículo 19, un arresto de entre cuatro a treinta días para aquella mujer que en público oficiara sus servicios sexuales, incitando al hombre a hacer uso de los

²⁵ Rodríguez, *op. cit.*, nota 12.

²⁶ Segurado, *op. cit.*, nota 7.

²⁷ Rodríguez, *op. cit.*, nota 12.

²⁸ Martínez, A. y Rodríguez, P., *Placer, dinero y pecado: historia de la prostitución en Colombia*, Bogotá, 2002.

mismos, bien fuera mediante el uso de prendas reveladoras, la oferta directa o la utilización de canciones. En 1948, el Consejo de Bogotá, mediante el Acuerdo 95, prohibió el funcionamiento de todo local destinado al ejercicio de la prostitución en la ciudad.

No fue hasta 1970, mediante el Decreto 1335²⁹ (antiguo Código de Policía) cuando se afirmó que “el solo ejercicio de la prostitución no es punible” (artículo 179); entendiéndose por prostituta, de acuerdo con los términos del artículo 178 a “la persona que trafica habitualmente con su cuerpo, para satisfacción erótica de otras varias, con el fin de asegurar completar o mejorar la propia subsistencia o la de otro”, definición sobre la cual cabe resaltar el avance que presenta en el reconocimiento de formas alternativas de trabajo sexual diferentes al ejercicio femenino, al utilizar un sujeto indeterminado como activo en el ejercicio de la actividad sexual comercial. No obstante los avances en materia de protección y reconocimiento que implicaba este Código, es posible percibir una concepción negativa del ejercicio de la actividad sexual comercial, por cuanto al interior del articulado en mención se establecía que “el Estado utilizará los medios de protección a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida”.

Frente a esta percepción negativa del ejercicio del trabajo sexual en el anterior Código de Policía, cabe mencionar que el Código actual —Ley 1801 de 2016— reconoce la vulnerabilidad de las personas en situación de prostitución frente a los escenarios de victimización que sufren en la sociedad cotidiana, estableciendo consecuentemente que se debe “tratar dignamente a las personas que ejercen la prostitución, evitar su discriminación o rechazo y la violación de sus derechos a la libre movilización y al desarrollo de la personalidad”.

En lo referente al marco regulatorio adicional vigente en la ciudad de Bogotá, merece una mención especial el decreto distrital 126, de 2007, mediante el cual fue creada la Mesa Interinstitucional para el manejo y control de los servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines en el Distrito Capital, así como el artículo 11 del Acuerdo Distrital 489 de 2012, en el cual se estableció que en el marco del programa de lucha contra los distintos tipos de discriminación y violencias se promovieran “...acciones para la reducción de formas de estigmatización de poblaciones y territorios afectados por imaginarios de violencia, delincuencia y conflictividades. Se hará especial énfasis en acciones para... personas vinculadas a la prostitución...”, entre las

²⁹ Modificado por el Decreto 522 de 1971.

cuales se encuentra la adopción de enfoques diferenciales en su tratamiento para la garantía y materialización efectiva de sus derechos.³⁰

En esta disposición normativa se sustenta el articulado de la Resolución 490 de 2015, en cuyo artículo segundo se establece que “el plan de acción para la protección integral de las mujeres en ejercicio de la prostitución se fundamenta en los siguientes enfoques”: 1. Enfoque de derechos de las mujeres —materialización de la igualdad real y efectiva de sus derechos—, 2. Enfoque diferencial —reconocimiento y transformación de las desigualdades que impiden el correcto ejercicio de sus derechos—, 3. Enfoque de género —reconocimiento y transformación de las relaciones de poder jerarquizadas que subordinan a las mujeres—. Esta política de atención se basa igualmente en los principios de autonomía, igualdad real y efectiva, reconocimiento de las diferencias, equidad de género, justicia de género, participación, progresividad y no regresividad, gradualidad y concurrencia.

Frente a este marco normativo cabe resaltar aquellas líneas de acción que se refieren al restablecimiento de los derechos de las mujeres en ejercicio de la prostitución que han sido víctimas en el marco del conflicto armado; prevenir la violencia y proteger integralmente a las mujeres en ejercicio de prostitución; generar procesos de formación para el trabajo, proyectos productivos y formación de alianzas y redes productivas, así como el acceso integral a la salud plena. Igualmente, es rescatable aquel eje transversal que propugna la transformación de imaginarios, representaciones, estereotipos y prácticas discriminatorias y exclusión de las mujeres en ejercicio de prostitución, por cuanto es como resultado de los imaginarios negativos existentes que se presenta la mayor vulneración a los derechos de las trabajadoras sexuales.³¹

Respecto a las normas urbanísticas, la Ley 902 de 2004, mediante la cual se modifican algunos apartes de la Ley 288 de 1997, estableció la imposibilidad de que en el plan de ordenamiento territorial (POI) de un determinado municipio se den usos compartidos entre los sitios destinados al ejercicio del trabajo sexual con zonas de vivienda y educación. Disposición que puede ser considerada, cuando menos, discriminatoria, al obligar el ejercicio del trabajo sexual en sectores alejados o semiindustrializados en condiciones de seguridad inferiores a las prestadas por una ubicación con una mayor densidad poblacional, como consecuencia de considerar al trabajo sexual como una actividad que debe ser minimizada u ocultada de la sociedad.

³⁰ Complementada mediante el artículo 5o. del Decreto Distrital 428 de 2013.

³¹ Dentro del marco regulatorio de la prostitución en Bogotá y su ejercicio debe mencionarse también el acuerdo Distrital 079 de 2003 y el acuerdo 645 de 2016.

En este sentido, si bien el trabajo sexual es una actividad lícita, no susceptible de ser criminalizada cuando es ejercida de forma libre y consciente, el Código Penal establece una serie de delitos conexos, por cuanto ser constitutivos de violación de los derechos de los implicados; así, por ejemplo, el artículo 213 establece la inducción a la prostitución; el artículo 213, el proxenetismo con menores de edad; el artículo 214, el constreñimiento a la prostitución; el artículo 217, el estímulo a la prostitución de menores. Entre éstos, cabe resaltar el artículo 213 (inducción a la prostitución) “el que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona...”,³² y el artículo 214 (constreñimiento a la prostitución) “el que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución...”, por cuanto ambos cobran especial importancia al momento de abordar la licitud del contrato de trabajo en materia de servicios sexuales.

Debe indicarse, adicionalmente, que el marco normativo internacional —ratificado por Colombia—, constituido entre otros por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y niños —el cual complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional— y la Convención contra la Trata de Personas, es posible apreciar una visión negativa de la prostitución y el trabajo sexual, por cuanto se consideran inexorablemente ligadas a conductas criminales. Así, el Preámbulo de la Convención contra la Trata de Personas establecía que “la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y la comunidad”.

IV. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LABORALIZACIÓN

1. *La prostitución como trabajo a través de la jurisprudencia constitucional*³³

Recientemente, la Corte Constitucional ha reiterado la dimensión laboral propia del trabajo sexual, así como la necesidad de legislar y regular los dere-

³² Respecto al tipo penal de inducción a la prostitución y sus elementos, es posible consultar la sentencia C-636 de 2009.

³³ La presente línea jurisprudencial ha sido construida tomando como punto de partida el recuento realizado por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-736 de 2015.

chos de los y las trabajadoras sexuales en aras de garantizarles la posibilidad de ejercer el mismo en forma digna, en igualdad de condiciones y derechos al ejercicio de cualquier otro oficio, actividad económica o profesión; no obstante, para entender la importancia y valor de ésta decisión se hace necesario dar un breve vistazo a la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de prostitución y trabajo sexual.

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional en torno a la prostitución data de 1995, cuando en la sentencia T-620 afirmara que esta era una actividad indeseable al interior del Estado social de derecho, por ser contraria a la dignidad humana, siendo únicamente elegible como opción de vida, en aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin poder llegar a ser considerada como un trabajo honesto, susceptible de amparo legal y constitucional, por cuanto: “[É]sta, por esencia, es una actividad evidentemente inmoral, en tanto que el trabajo honesto implica una actividad ética porque perfecciona, realiza a la persona y produce un bien. Si no fuera así, la Carta no fundaría el Estado social de Derecho en el trabajo”.³⁴

Con posterioridad, en sentencia Su-476 de 1997, la Corte Constitucional determinó que si bien la prostitución es una actividad que se enmarcaba lícitamente en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, debía ser ejercida con unos mínimos de razonabilidad y proporcionalidad para garantizar los derechos de los demás, reiterando en el proceso que el trabajo sexual era contrario a la dignidad humana como actividad, y que, por lo tanto, debían adoptarse medidas tendientes a la rehabilitación de quienes la practican.

Para 2009, mediante la sentencia C-636, al analizar la constitucionalidad del delito de inducción a la prostitución (artículo 213 de la ley 599 de 2000) determinó la Corte que éste no sólo se adaptaba a la libre configuración del legislador, sino que, adicionalmente, se adecuaba al principio de *ultima ratio*, y se presentaba como una implementación necesaria al interior del sistema penal, por cuanto “el daño social producido por la explotación de la prostitución merece ser enfrentado con medidas de punición, como las sanciones penales”. En esta misma sentencia afirma la Corte que la posibilidad de consentir en el marco de la práctica de la prostitución no era más que una construcción falaz, por cuanto —consideraba— que la prostitución se fundamenta en una marcada desventaja social, como la pobreza, y que conlleva siempre a círculos de violencia de los cuales no se puede salir.

³⁴ Adicionalmente, menciona la Corte que sin control y tolerancia es posible que “se esparza clandestinamente e indiscriminadamente en la sociedad, dañando sobre todo a la niñez y a la juventud”. Tirado Acero, *op. cit.*, nota 21, p. 16.

Tan sólo un año después, en la T-629 de 2010, la Corte Constitucional modificó su patrón de acercamiento al fenómeno del trabajo sexual, puesto que si bien mantuvo su posición frente al deber del Estado de disminuir los efectos nocivos de la prostitución a nivel social, pasó a considerar a la misma como una forma de trabajo y actividad económica legítima, siempre y cuando se ejerza de forma libre y voluntaria; por tanto, consideró que la protección propia de todo trabajo se extiende también a los trabajadores sexuales —al amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una trabajadora sexual despedida por encontrarse en estado de embarazo—; mencionó que el ejercer por cuenta ajena la prostitución no constituye, per se, objeto o causa ilícita en el establecimiento de un contrato; así, estableció la posibilidad de reclamar la existencia de un contrato realidad en los casos de ejercicio del trabajo sexual por cuenta de un tercero o por cuanto a la falta de protección normativa a los trabajadores sexuales los priva del goce efectivo de sus derechos.³⁵ Adicionalmente, solicitó la Corte al Congreso de la República y al Ministerio del Trabajo, expedir el marco regulatorio del trabajo sexual, al mencionar que

Al ser la prostitución una actividad cuyo ejercicio no está prohibido, ni para quien la ejerce, ni para quien tiene un establecimiento de comercio dedicado a ella, están unos y otros llamados a desplegar las actuaciones de su competencia con las cuales se protejan los derechos de éstos últimos, pero en particular de quienes ejercen la prostitución, no sólo para cuidar su salud y abrir sus perspectivas de desarrollo, sino también para asegurar las garantías laborales que en el caso de trabajar por cuenta ajena merecen.

Para lo cual deben tener cuando mínimo presentes:

i) los límites constitucionales de la libertad, la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y de respeto al Estado de Derecho; ii) los principios y reglas generales del Derecho laboral existente; iii) el deber de crear y reconocer las muchas especificidades y diferencias que una relación laboral para la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena amerita, dada la cercanía que el objeto del trabajo tiene con ámbitos de la intimidad y de la integridad moral y física; iv) el deber de considerar al trabajador o trabajadora sexual como sujeto de especial protección, por ser la parte débil del contrato y sobre todo por las condiciones propias del trabajo y la discriminación históri-

Sentencia T-736 de 2015.

ca y actual de la que suele ser víctima por la actividad que ejerce; y finalmente, v) el deber de aplicar la “imaginación jurídica” para que con los límites, prohibiciones, garantías y derechos que se establezcan, se cree la diferencia que haga que la persona que trabaja con el sexo pueda estar en condiciones para elegir en libertad e igualdad su proyecto de vida.³⁶

Solicitud que sería reiterada por la Corte en sentencia T-736 de 2015, por cuanto consideró que la “omisión de regulación del trabajo sexual lícito ha invisibilizado a las personas que lo ejercen... limitando su posibilidad de disfrutar de otros derechos fundamentales, particularmente del derecho a la igualdad”. En tanto “el reconocimiento de la protección del derecho al trabajo es fundamental como una medida de especial protección constitucional, y reviste obligaciones para el Estado y para los establecimientos de comercio en los que se ejerce el trabajo sexual por cuenta ajena”. Afirmando, adicionalmente, la Corte, que

La omisión de regulación y de una vigilancia e intervención mayor del Estado con el objetivo de proteger a los trabajadores sexuales, se ha extendido a la actividad económica de los establecimientos de comercio de las casas de prostitución. La regulación de la actividad económica lícita no es equiparable a la inducción a la prostitución sino una forma de garantizar los derechos de quienes trabajan en tales establecimientos. Así, esta intervención estatal es una medida de protección y comprende acciones para regular y vigilar la actividad económica, que aseguren y protejan la posibilidad de su ejercicio mediante la determinación de zonas para establecimientos de comercio que cumplan con condiciones de dignidad, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales con los trabajadores sexuales, su protección frente a riesgos profesionales, la provisión de condiciones de dignidad, y el respeto de las normas penales.

Respecto a la existencia de un contrato de trabajo, la Corte Constitucional —T-629 de 2010— ha dicho que

Habría contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando él o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay

³⁶ A lo cual debe sumarse una política diferencial en materia pensional para quienes subsisten del trabajo sexual, por cuando el desgaste físico producto de su ejercicio laboral, así como el corto lapso en el que puede subsistir dignamente de esta práctica, como resultado de la demanda y oferta del mercado sexual conllevan a un retiro prematuro del campo laboral.

inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida.

La Corte reiteró esta posición en la Sentencia T-594 de 2016, al establecer que para predicar la existencia de dicho contrato sería necesario que

- El trabajador sexual haya actuado con plena capacidad y voluntad.
- No puede haber mediado una conducta susceptible de ser tenida como inducción a la prostitución.
- Las prestaciones sexuales y demás servicios tienen que presentarse en el marco de la dignidad y la libertad.
- La subordinación entre el trabajador y el empleador debe ser limitada.
- Debe darse el pago de una remuneración previamente establecida por las partes.

Asimismo, la Corte sostuvo en dicha jurisprudencia, la necesidad de expedir un marco regulatorio del trabajo sexual que permita su ejercicio desde un marco de dignidad y respeto a sus derechos. Adicionalmente, solicitó a las autoridades, evitar la realización de acciones tendientes a la vulneración de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores sexuales, en su condición de sujetos de especial protección, particularmente y absteniéndose de realizar actos discriminatorios o delimitantes de la libertad de locomoción de éstos; también recalcó que las y los trabajadores sexuales prestan un “servicio” a cambio de una remuneración, y no “venden” su cuerpo, por lo cual no son susceptibles de ser equiparados a vendedores ambulantes, tal como abduce la policía para abordarlos y proceder a retirarlos del espacio público.

Es necesario afirmar, en este sentido, que una propuesta normativa en materia de regulación del trabajo sexual debe contener, adicionalmente, una consideración en términos de política pública respecto a las enfermedades laborales y riesgos profesionales, a los cuales se encuentran expuestas las trabajadoras sexuales, y el gobierno ha realizado pocos o ningún proceso de observación.

Al respecto, sostiene Edward Hernández, de la Secretaría de la Mujer de Bogotá, que las trabajadoras sexuales, como consecuencia de su exposición a múltiples factores, pueden sufrir de: 1. Alteraciones de memoria y aumento

de la ansiedad, como resultado del trabajo nocturno; 2. Afecciones cutáneas y alteraciones hormonales, como resultado de la exposición a la luz en los casos de trabajo diurno; 3. Dificultad con la atención y la concentración, como efecto colateral de la exposición a altos niveles de ruido; 4. Alteración del estado del ánimo, así como una mayor prevalencia al consumo de alcohol, cigarrillos y estupefacientes, como consecuencia de la alta exposición al consumo al interior de los entornos socioeconómicos y urbanísticos en que adelantan su trabajo; 5. Mayor propensión a la contracción de ETS y molestias de garganta como resultado de la actividad sexual; 6. Trastornos de personalidad y tendencia a la mitomanía como resultado de una doble vida; 7. Incremento en la probabilidad de muerte violenta, así como mayor propensión a ser víctima de violencia física o psicológica como resultado del ambiente en el cual se ejerce el trabajo sexual —zonas de tolerancia—, y 8. Baja autoestima y niveles bajos de autosuficiencia como resultado de la connotación negativa a nivel social de la prostitución.³⁷

Debe mencionarse que pese a la no regulación del fenómeno, durante 2013 cursó en Colombia un proyecto de ley —079— impulsado por el senador Armando Benedetti, que pretendía la regulación de la prostitución al interior del territorio nacional como resultado de lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia T-629 de 2010; en la exposición de motivos se afirmaba que ésta “es seguramente la sentencia más completa y enriquecedora constitucionalmente hablando, providencia que mostró con altura la función liberal, republicana y garantista del Alto Tribunal Constitucional”.³⁸

Dicho proyecto de ley ordinaria consideraba al trabajo sexual como una ocupación inmiscuida en una situación de especial vulnerabilidad en la práctica, así como una actividad económica validada que sirve de sustento a multiplicidad de personas; no obstante, catalogaba a la misma como una práctica no deseable, al establecer la necesidad de evitar la creación de incentivos para su crecimiento. Igualmente, perseguía el establecimiento de medidas para garantizar la dignidad de las personas, a través de tres grandes objetivos:

- 1) reconocer la actividad como un trabajo y asegurar, como en cualquier otro y con todas las medidas de la seguridad social, a las personas que la desempeñen; 2) establecer obligaciones a los establecimientos y a las personas dedicadas a esta actividad, bajo la lógica de la protección de los derechos

³⁷ Hernández, E., *Afectaciones a la salud de personas en ejercicio de prostitución*, Bogotá, Secretaría de la Mujer, 2014.

³⁸ Tirado Acero, *op. cit.*, nota 21, p. 17.

fundamentales emanados de la Sentencia T-629 de 2010, y 3) crear acciones afirmativas a favor de esta población, con el soporte interinstitucional que vincula varios ministerios como el de Educación, el de Salud y el del Interior, así como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre otros (Tirado, 2014, p. 23).

El proyecto de ley en cuestión incluía un acápite referente a los derechos de las trabajadoras sexuales, tal y como lo era el derecho a recibir un trato diferencial por parte de la administración como resultado de su vulnerabilidad, en virtud del cual tendrían derecho a recibir información de las normas, recibir oportunidades laborales y sociales alternativas, así como el derecho a desempeñar su actividad en condiciones dignas, saludables e higiénico-sanitarias, entre otros. Respecto a la existencia de un contrato de trabajo, establecía el artículo octavo:

Para todos los efectos legales, se presume que existe una relación laboral entre las personas que ejercen la prostitución y los establecimientos de comercio objeto de la presente ley, con las consecuencias contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo, independientemente de la denominación contractual atribuida entre las partes.

Igualmente, se establecían una serie de parámetros respecto al cuidado propio y de las personas que demandan los servicios, con especial énfasis en la salud, estableciéndose, entre otros, la asistencia obligatoria a los servicios de salud con fines de prevención de las ETS y el uso obligatorio del condón al sostener relaciones sexuales, en atención a lo establecido en el Acuerdo 079 de 2013.

Finalmente, es posible afirmar que el trabajo sexual sigue siendo percibido como una práctica indeseable, cuando menos por parte del legislador, motivo por el cual, el artículo 21 establecía la creación de un fondo denominado “de restablecimiento social de personas que ejercen prostitución”, cuya finalidad era

...prevenir, tratar y restablecer los derechos de las personas que ejercen la prostitución, creando programas especiales de atención a sus necesidades, campañas, estudios suscribiendo convenios, generando oportunidades, subsidios, y en general todas aquellas actividades que guarden una relación directa con el aspecto teleológico o finalista de la presente norma.

VI. CONCLUSIONES

En síntesis, se puede afirmar que el trabajo sexual, como práctica sociocultural, ha sido relegado históricamente a una posición inferior a la de cualquier otra práctica económica o social como resultado de la implementación de estigmas y estereotipos negativos mediante los conjuntos normativos vigentes y las ópticas morales propias de conjuntos religiosos y grupos de poder. Asimismo, cabe mencionar que los y las trabajadoras sexuales son “agentes” y movilizan sus “recursos” con la finalidad de alcanzar sus objetivos, por lo cual no son simples víctimas incapaces de evaluar su campo social y los capitales en disputa, sino por el contrario, se encuentran en un campo de poder en el que se mueven estratégicamente para obtener las ganancias económicas derivadas de su actividad bajo condiciones más favorables en algunos casos de las que obtendrían en algunos empleos, a los cuales les sería posible acceder con el mismo nivel de capacitación y experiencia, pero carentes de la connotación negativa que tradicionalmente se ha asignado al trabajo sexual.³⁹

No obstante, es claro, desde una perspectiva de género, que no en todos los casos el trabajo sexual surge de un pacto puro de voluntades entre cliente y trabajador sexual, realizado en un espacio de equilibrio contractual, lo que es más, considerar que esta es la situación existente sería un error, por cuanto se obviarían circunstancias constitutivas de las relaciones sociales en el comercio sexual.

En este sentido, el ejercicio del trabajo sexual puede ser la mejor opción dado un marco de elección de quien evalúa y decide aceptar la relación sexual a cambio de una remuneración económica, por cuanto esta forma de trabajo puede ser completamente racional como respuesta alternativa ante los bajos salarios existentes en otros mercados laborales.⁴⁰ En este sentido, el ejercicio del trabajo sexual representaría una solución a escenarios de pobreza e inestabilidad, llegando a ser realizado en algunos casos no sólo como una forma de sobrevivir, sino por el contrario, como el resultado de una lógica de mercado

³⁹ Es preciso señalar que esta posición no excluye la discusión vigente sobre la trata de personas con fines de explotación sexual. El posicionamiento sobre el trabajo sexual no representa la existencia de un consenso u aceptación de prácticas que atentan contra la libertad de las víctimas de la trata de personas. Siendo por lo tanto el límite señalado por el consentimiento de la persona que pretende dedicarse a un oficio de forma libre, como se menciona en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

⁴⁰ Rosen, E. y Venkatesh, S., “A «perversión» of Choice: Sex Work Offers Just Enough in Chicago’s Urban Ghetto”, *Journal of Contemporary Ethnography*, vol. 37, núm. 4, 2008, pp. 417-441.

aprovechada por los y las trabajadoras sexuales como estrategia para mantener o incrementar su nivel adquisitivo de recursos.

Ante este panorama, el considerar los derechos laborales de la población que decide realizar este trabajo permite, por una parte, garantizar condiciones que mejoren su bienestar laboral, y, por otra parte, crear las condiciones para que el derecho a elegir libremente una ocupación y empleo sea garantizado, como un paso hacia la normalización del trabajo sexual y la eliminación del estigma social negativo que lo acompaña.

De lo anterior es posible concluir que la solución más eficiente a las problemáticas conexas al trabajo sexual no se encuentran en la desaparición del trabajo sexual, sino en el establecimiento de condiciones laborales dignas para su realización, así como en el establecimiento de políticas públicas encaminada a la materialización y salvaguarda de los derechos de los y las trabajadoras sexuales, evitando los escenarios de coerción y eliminando los nexos de esta actividad con la ilegalidad a través de políticas públicas óptimas, para el desarrollo y comercialización de esta actividad de forma segura, libre e informada, lo cual se justifica en la consideración de que “Al querer eliminar la prostitución, se dejan desprotegidas a quienes deciden seguir ejerciendo la actividad; no les brinda ninguna seguridad ni en términos de salud ni en términos sociales, puesto que quedan más expuestas al estigma social”,⁴¹ junto a la clandestinidad y la estigmatización.

Por lo tanto, teniendo presente la importancia y necesidad de una propuesta regulatoria del trabajo sexual, así como los elementos esenciales de la vulneración a los derechos de las trabajadoras sexuales, una propuesta regulatoria deberá contener cuando menos mecanismos para la corrección de la percepción negativa del trabajo sexual, así como para la garantía de la especial protección que merecen los trabajadores sexuales en virtud de la discriminación y marginación de la cual han sido históricamente víctimas como resultado del constructo social negativo que rodea el ejercicio de esta profesión.

Por tanto, toda propuesta normativa que propenda por la reglamentación del trabajo sexual debe contener garantías para la materialización de los derechos humanos; el delineamiento de condiciones laborales mínimas para la prestación del servicio, las cuales deben seguir los postulados del Código Sustantivo del Trabajo, así como atenerse a la particular situación y contexto en que se ejerce este tipo de trabajo; la determinación de las cargas tributarias por el ejercicio de esta profesión y programas especializados en materia de

⁴¹ Tirado Acero, *op. cit.*, nota 9, p. 308.

salud y asistencia psicosocial —como resultado de la violencia física y psicológica, así como de la exposición a las drogas y el alcohol, de las cuales son víctimas quienes se encuentran inmersos en el medio—; conteniendo, finalmente, toda pretensión regulatoria en este campo una alusión a las formas de organización.

Es necesaria una política pública diferencial en materia de enfermedades laborales, al interior de la cual se tenga en cuenta la posibilidad de contraer una enfermedad sexual incapacitante para el ejercicio del trabajo sexual, los embarazos no deseados y las consecuencias físicas producto de la violencia a la que se encuentran sometidas a diario las personas inmersas en el negocio del trabajo sexual. Todo lo cual debe darse en cumplimiento de lo establecido por la Corte Constitucional, por cuanto la omisión legislativa de las autoridades en esta materia no ha hecho más que constituir un escenario de invisibilización de los trabajadores y las trabajadoras sexuales, quienes ven de esta manera vulnerados sus derechos.

Finalmente, cabe mencionar que futuros estudios serán necesarios para determinar las necesidades particulares en materia de reglamentación del trabajo sexual de aquellos grupos diferenciales, a aquellos que se corresponden con una orientación de género femenina, tal y como lo son los hombres trabajadores sexuales o incluso la comunidad LGTBI que se encuentra inmersa en esta actividad, así como de aquellas personas que ejercen otras facetas del comercio sexual, como lo son aquellos que obtienen sus ingresos del *webcamming* o la industria de la pornografía, toda vez que la regulación en torno a estas prácticas parece ser inexistente en un Estado social de derecho, que está llamado a privilegiar principios y derechos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BENEDICT, A., *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- DAFOUR, P., *La prostitución en la antigüedad*, San Sebastián, Roger, 1999.
- FIGUEROA, J. y Pachajoa, A., *¿Es la prostitución trabajo?*, tesis de sicología, 2008.
- HERNÁNDEZ, E., *Afectaciones a la salud de personas en ejercicio de prostitución*, Bogotá, Secretaría de la Mujer, 2014.
- LAGARDE, M., *Los cautiverios de las mujeres: madasposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM, 1997.

- MARTÍNEZ, A. y RODRÍGUEZ, P., *Placer, dinero y pecado: historia de la prostitución en Colombia*, Bogotá, 2002.
- MURPHY, A. y VENTAKESH, S., “Las carreras del vicio. Los cambiantes contornos del trabajo sexual en la ciudad de Nueva York”, en AUYUR, J. y HOBERT, R., *Acción e interpretación de la sociología cualitativa norteamericana*, Quito, Flacso, 2011.
- ONUSIDA, Censida, 2009
- OSBORNE, R., *Las prostitutas: una voz propia (crónica de un encuentro)*, Barcelona, Icaria, 1991.
- PETHERSON, G., “The Category «Prostitute» in Scientific Inquiry”, *The Journal of Sex Research*, 1990.
- RODRÍGUEZ, B. M., *Prostitución: del tabú a la banalidad*, Buenos Aries, Lugar Editorial, 2011.
- RÚA SERNA, J. C., “El derecho a prostituirse, la prostitución a la luz del derecho laboral”, *Diálogos de Derecho y Política*, vol. 8, núm. 1, enero-abril de 2012.
- SCOULAR, J., “Whats Law go to do With it? How and Why Law Matters in the Regulation of Sex Work”, *Journal of Law and Society*, vol. 37, núm. 1, 2010.
- SEGURADO, M., *La prostitución*, Madrid, Acento Editorial, 2002.
- TIRADO ACERO, M., *Comercio sexual: una mirada desde la sociología jurídica*, Lima, Fundación FEFSa, 2010.
- TIRADO ACERO, M., *Comercio sexual*, Bogotá, ILAE- Thomson-Reuters, 2013.
- TIRADO ACERO, M., *Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia*, Novum Just, 2014.

COMENTARIOS



LAS RELACIONES LABORALES DEL INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL DE NAYARIT Y SUS TRABAJADORES*

LABOR RELATIONS OF STATE ELECTORAL INSTITUTE
OF NAYARIT AND IT'S WORKERS

RELATIONS DE TRAVAIL D'INSTITUT DE L'ÉTAT
ÉLECTORAL DE NAYARIT ET SES TRAVAILLEURS

José Daniel AMAYA CARVAJAL**

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo el lector encontrará algunos comentarios con relación a la obligación que por mandato constitucional tienen los legisladores del estado de Nayarit de legislar respecto a las relaciones laborales entre el Instituto Estatal Electoral de Nayarit (IEEN) y sus trabajadores. Se exponen las razones por las cuales el Congreso local es el sujeto obligado a legislar respecto a dichas relaciones laborales, y se hace referencia a la normativa existente que actualmente “regula” las relaciones laborales entre el IEEN y sus trabajadores.

De ese modo, el lector estará en posibilidad de concluir si en efecto las porciones normativas —consignadas por los legisladores locales— y contenidas en la Ley Electoral del estado de Nayarit son suficientes para operativizar lo que refieren tanto la Constitución federal como la Constitución local respecto a dichas relaciones laborales.

Compuesta de cuatro apartados medulares, la presente colaboración refiere el marco constitucional respecto a los organismos públicos locales elec-

* Recibido el 25 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Licenciado en derecho y maestro en derecho, con orientación en derecho penal, por la Universidad Autónoma de Nayarit. Actualmente, estudiante del doctorado interinstitucional en derecho de las Universidades Públicas del Centro-Occidente de las ANUIES, inscrito en la Universidad de Guanajuato.



torales (Ople) y sus relaciones laborales, donde destaca que la Constitución federal refiere lo concerniente a las relaciones del INE, pero no así las relaciones laborales de los entes locales electorales; posteriormente, se señalan los preceptos constitucionales que le dan vida al IEEN, destacando del texto constitucional local del estado de Nayarit la referencia expresa sobre la regulación de dichas relaciones laborales a través de la legislación electoral; luego, se analiza la falta de regulación de las relaciones laborales del IEEN y sus trabajadores en la legislación electoral del estado de Nayarit, destacando aquí una remisión a un “estatuto” que no existe, y que de existir sería aprobado por el Consejo Local Electoral y autorizado por la Junta Estatal Ejecutiva del IEEN, circunstancias que no deberían ser así; y, como consecuencia de todo lo anterior, se propone como una solución a la problemática planteada la aplicación de la analogía y los principios generales del derecho como una solución al vacío normativo existente.

II. MARCO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LOS OPLE Y SUS RELACIONES LABORALES

En términos del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:¹

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

De lo cual se desprende que en el caso de las entidades federativas la soberanía se ejercerá por sus poderes respectivos, en los términos establecidos en la propia Constitución local, y, desde luego, sin contravenir lo señalado por la carta magna.

El artículo constitucional de referencia describe y precisa cuáles son las funciones, atribuciones y competencias del Instituto Nacional Electoral (INE), en términos de la fracción III, apartado A, y fracción V, apartados A y

Artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF*, reformado el 29 de enero de 2016 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

B, del mismo numeral. Ahí, en lo que respecta al tópico que aquí se aborda, se refiere expresamente que “las disposiciones de la ley electoral y del Estatuto que con base en ella apruebe el Consejo General, regirán las relaciones de trabajo con los servidores del organismo público”.

Con ello, se da fundamento constitucional a las relaciones laborales entre el INE y sus trabajadores. Así, cuando se presenta un conflicto o diferencia laboral entre el Instituto y sus servidores, las controversias respecto a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas laborales respectivas se llevarán a cabo en los términos de los artículos 94, 95 y demás relativos de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Posteriormente, en la fracción V, apartado C, del artículo 41 de la Constitución federal, se refiere ampliamente la figura de los Ople. Y respecto a ellos se señalan sus funciones, así como la facultad de asunción, delegación y atracción que, en un momento dado, puede llevar a cabo el INE por aprobación de su Consejo General respecto a dichas funciones.

Luego, de la lectura íntegra del artículo en comento, podemos concluir, no se menciona más nada respecto a las relaciones laborales de los organismos públicos locales y sus trabajadores. Sin embargo, de la cita textual que se hace del primer párrafo del artículo 41 de la Constitución federal es posible concluir que al no haber disposición o porción normativa expresa respecto a dichas relaciones laborales; serán en todo caso las entidades federativas —a través de sus poderes competentes—, en los términos establecidos en la propia Constitución local y sin contradicción a la federal, quienes estarán facultados para regular dichas relaciones laborales.

Lo anterior, en concordancia, además con el artículo 116, fracción VI, de la Constitución federal,² que refiere expresamente que las legislaturas de las entidades federativas tienen la obligación de expedir leyes que regulen las relaciones de trabajo entre éstos y sus trabajadores, lo que a la letra se refiere en los siguientes términos: “Las relaciones de trabajo entre los estados y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto por el Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones reglamentarias”.

De ese modo, atendiendo a dicha porción normativa, podemos concluir que son los congresos locales de los estados (entidades federativas) quienes están obligados, por mandato constitucional expreso, a expedir las leyes labo-

Artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado el 22 de agosto de 1996 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

rales correspondientes entre los estados y sus trabajadores. Incluyendo, desde luego, dentro de dichas regulaciones a los *organismos autónomos locales*, dado que ellos llevan a cabo funciones estatales esenciales o fundamentales en la estructura gubernamental de las entidades federativas.

Lo anterior, tal como lo ha sostenido el pleno del Décimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación, a través de la tesis jurisprudencial PC.XI. J/1 L (10a.),³ de la cual su rubro y contenido versan en los siguientes términos:

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MATERIA ELECTORAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN. LA RELACIÓN LABORAL CON SUS TRABAJADORES SE RIGE POR LAS NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES DE TRABAJO ENTRE EL ESTADO Y SUS TRABAJADORES. Conforme al artículo 116, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Legislaturas de los Estados tienen la facultad de expedir leyes que regulen las relaciones de trabajo entre éstos y sus trabajadores, incluyendo a los de los órganos constitucionales autónomos locales, dado que éstos llevan a cabo funciones estatales primarias y torales. En congruencia con esta disposición, el artículo 148, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado de Michoacán prevé que las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores se regirán por las leyes que expida la Legislatura Local. Ahora bien, ante la omisión en los ordenamientos constitucionales y legales de esa entidad federativa de señalar el régimen laboral aplicable a las relaciones de trabajo en los órganos constitucionales autónomos locales en materia electoral (Instituto Electoral de Michoacán y Tribunal Electoral), en atención a la naturaleza y funciones estatales torales que tienen a su cargo y a lo dispuesto en los artículos constitucionales referidos, deben entenderse aplicables, en lo conducente, las normas que rigen las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores, salvo disposición categórica en contrario.

Así las cosas, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las relaciones laborales de los Ople y sus trabajadores deben ser reguladas a cabalidad por las legislaturas locales correspondientes. Lo anterior, además, tomando en cuenta la responsabilidad del Estado-nación

³ Tesis PC.XI. J/1 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. II, junio de 2014, p. 1042.

a través de su estructura gubernamental y autoridades competentes, de dar certeza jurídica, proteger, respetar y garantizar derechos humanos (laborales), y administrar e impartir justicia en términos de los artículos 1o., 14, 16, 17 y 123 del texto constitucional.

Sin duda, el papel que desempeñan los Ople en la estructura del Estado mexicano es indispensable para consolidar el Estado social y democrático de derecho que mandata la Constitución federal, por lo cual sería un tanto irresponsable que los congresos locales dejaran en estado de indefensión a los trabajadores de dichos entes, mediante un vacío normativo respecto a sus derechos laborales, mecanismos de defensa y autoridades competentes para impartirles la justicia respectiva.

III. MARCO CONSTITUCIONAL LOCAL DEL INSTITUTO ESTATAL ELECTORAL DE NAYARIT

El fundamento constitucional del IEEN se encuentra en el artículo 135, apartado C, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit.⁴

En dicho artículo de la Constitución local se consigna textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 135.- Las elecciones del Gobernador del Estado, de los miembros del Congreso y de los integrantes de los Ayuntamientos se realizarán mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, mismas que se celebrarán el primer domingo de junio del año que corresponda, mediante sufragio universal, secreto y directo...

Apartado A.- De los partidos políticos y los candidatos independientes...

Apartado B.- Del acceso de los partidos y candidatos independientes a los medios de comunicación social...

Apartado C.- *Del Instituto Estatal Electoral.*

La organización de las elecciones estatales es una función pública que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Estatal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, en cuya integración participan el Instituto Nacional Electoral, los partidos políticos con registro o acreditación en el Estado y los ciudadanos, en los

Artículo 135 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, reformado, P. O., 10 de junio de 2016 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

términos de ley. Sus principios rectores son la certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad y objetividad.

El Instituto Estatal Electoral será autoridad en la materia electoral y de participación ciudadana, independiente en sus decisiones y funcionamiento y profesional en su desempeño; contará en su estructura con órganos de dirección, técnicos y de vigilancia en los términos que disponga la ley. La ley determinará las reglas para la organización y funcionamiento de sus órganos; los procedimientos y sanciones por violación a las leyes electorales. *Las disposiciones de la legislación electoral, regirán las relaciones de trabajo entre el Instituto Estatal Electoral y los servidores del organismo público.* Sus emolumentos serán los previstos en el Presupuesto de Egresos del Estado atendiendo al ejercicio fiscal del año correspondiente. Los consejos municipales y las mesas directivas de casilla estarán integradas por ciudadanos... (énfasis agregado).

Apartado D.- Del Tribunal Estatal Electoral y el Sistema de Medios de Impugnación...

De ese modo, de lo referido en líneas previas, adviértase cómo es que la Constitución local mandata que sea la legislación electoral la que rija las relaciones de trabajo entre el IIEEN y los servidores de dicho organismo público, de lo cual se desprende que esta relación laboral debe estar regulada por las leyes locales de la materia, es decir, para el caso concreto la Ley Electoral del Estado de Nayarit y/o la Ley de Justicia Electoral para el Estado de Nayarit, pues ambas leyes son, en el ámbito local, el marco normativo que regula la materia electoral.

La Ley Electoral del Estado de Nayarit contiene básicamente cuestiones sustantivas y, en términos generales, contempla lo relacionado con la preparación, desarrollo, vigilancia y calificación de elecciones a nivel local; organización y funcionamiento de los organismos electorales, así como derechos, obligaciones y prerrogativas de ciudadanos y partidos políticos en materia electoral, tal como se desprende de su artículo 1o.,⁵ en el que, textualmente, se refiere lo siguiente:

Artículo 1.- Esta ley es de orden público y de observancia obligatoria en el territorio del Estado. Tiene por objeto reglamentar las disposiciones de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit relativas a la preparación, desarrollo, vigilancia y calificación de los procesos electorales ordinarios y extraordinarios que se celebren para elegir Gobernador,

Artículo 1o. de la Ley Electoral del Estado de Nayarit, reformado el 5 de octubre de 2016 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

Diputados al Congreso del Estado y miembros de los Ayuntamientos. Asimismo, establece el marco jurídico de la organización y funcionamiento de los organismos electorales; los derechos, obligaciones y prerrogativas de los partidos políticos; las disposiciones normativas relacionadas al ejercicio de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en materia electoral; las actividades permanentes de estudios electorales y acciones para el fomento, capacitación y fortalecimiento cívico y político de la población.

Así, de lo contenido en líneas previas adviértase cómo la Ley Electoral del Estado de Nayarit no expresa como objeto de regulación, en términos del artículo 135, apartado C, de la Constitución local de Nayarit, el regir las relaciones de trabajo entre el IEEN y los servidores de este organismo público.

Por su parte, la Ley de Justicia Electoral para el Estado de Nayarit es una normativa eminentemente adjetiva, donde se contemplan los recursos y medios de impugnación en materia electoral. Dicha Ley refiere, textualmente, en su artículo 1o., lo siguiente: “Artículo 1.- La presente ley es de orden público y de observancia general en todo el Estado de Nayarit y es reglamentaria del artículo 135 apartado «D», de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit”.

De ello se concluye que en dicha legislación procesal se encuentra todo lo referente al contenido constitucional del artículo 135, apartado D, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, la cual contempla todo lo referente al Tribunal Estatal Electoral y el Sistema de Medios de Impugnación local. Con ello, esta Ley adjetiva no expresa como objeto de regulación las relaciones de trabajo entre el IEEN y sus trabajadores.

De lo hasta aquí analizado se aprecia un claro desentendimiento legislativo, al menos en términos generales y atendiendo al objeto de regulación —expresa— de la legislación electoral, con el mandato contenido en el artículo 135, apartado C, de la Constitución local, respecto a la regulación de las relaciones de trabajo entre el IEEN y sus servidores. Es decir, *grosso modo*, pareciera que para la legislación electoral local estas relaciones laborales no son objeto de su regulación.

Sin embargo, no pasa desapercibido que el legislador local debió haber contemplado como parte del objeto de regulación de la legislación electoral local el regir las relaciones de trabajo entre el Instituto Estatal Electoral y sus servidores, tal como lo mandata el artículo 116 de la Constitución federal, como lo refiere expresamente el artículo 135, apartado C, de la Constitución

local, y como lo atribuye —además— el artículo 47 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit,⁶ que a la letra dice:

ARTÍCULO 47.- Son atribuciones de la Legislatura:

...

II. Expedir las leyes a las que deberán sujetarse los Ayuntamientos y en especial, de manera enunciativa y no limitativa, legislar sobre:

g) Las relaciones de trabajo entre el Estado y Municipio con sus trabajadores, con base en lo dispuesto por el apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

h) Todos los aspectos previstos por las Constituciones federal y local, y leyes que de ellas emanen...

Con todo lo anterior, claramente existe (al menos desde la técnica legislativa) una omisión legislativa por parte del legislador local de Nayarit respecto a considerar como parte del objeto de regulación de la legislación electoral local lo referente a las relaciones laborales entre el IEEN y sus trabajadores. En el siguiente apartado se analizarán las referencias aisladas que la legislación electoral hace respecto a dichas relaciones laborales, a efecto de analizar si efectivamente, dichas referencias son suficientes para operativizar las normas programáticas contenidas en el artículo 116, fracción VI, de la Constitución federal, y 135, apartado C, de la Constitución local, respecto a las relaciones y conflictos laborales entre el IEEN y sus trabajadores.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES DEL IEEN EN LA LEGISLACIÓN ELECTORAL DEL ESTADO DE NAYARIT

1. *La Ley Electoral del Estado de Nayarit*

La Ley Electoral del Estado de Nayarit, en su artículo 81, último párrafo,⁷ refiere las atribuciones del IEEN, y en su último párrafo señala expresamente lo siguiente: “Las disposiciones de esta ley y del Estatuto que con base en ella apruebe el Consejo Local Electoral, regirán las relaciones de trabajo con los servidores del organismo público”.

⁶ Artículo 47 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, reformado el 24 de enero de 2001 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

⁷ Artículo 81 de la Ley Electoral del Estado de Nayarit, reformado el 5 de octubre de 2016 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

Consejo local electoral que, en términos de los artículos 82 y 83 de la Ley en comento, es el órgano de dirección superior del IEEN, integrado por un consejero presidente y seis consejeros electorales, y junto con los demás órganos como la Junta Estatal Ejecutiva, los consejos municipales, las mesas directivas de casilla y el órgano interno de control, contribuye al cumplimiento de las funciones del IEEN.

Ahora bien, nótese de la porción normativa transcrita del artículo 81 de la Ley Electoral del Estado de Nayarit cómo se hace una remisión legislativa a un estatuto que, a decir de la Ley en comento, tendrá que ser aprobado por el Consejo Local Electoral del IEEN, y con ello se distorsiona la teleología del artículo 116 de la Constitución federal, así como sus relativos 47 y 135, apartado C, de la Constitución local, los cuales refieren como una obligación y una atribución (exclusiva) de legislar sobre dichas relaciones laborales a la legislatura del estado de Nayarit, y no al consejo local electoral del IEEN. Es la obligación legislativa debe quedar plasmada en la propia legislación electoral, en términos de la Constitución local, y no en un cuerpo normativo diverso, como lo es un estatuto.

¿Por qué el Consejo Local Electoral del IEEN aprueba un estatuto que rige las relaciones de trabajo entre el propio IEEN y sus trabajadores, cuando por mandato constitucional esto le corresponde al Congreso del Estado de Nayarit? ¿Con esta remisión legislativa a un estatuto, el Congreso del Estado de Nayarit cumple con su obligación constitucional expuesta en apartado previo del presente trabajo? Sin duda, dicha remisión legislativa a simple vista puede ser objeto de mucha crítica, pues muestra un desentendimiento por parte de la legislatura de Nayarit, de su obligación constitucional expresa de legislar respecto a las relaciones y conflictos laborales del IEEN y sus trabajadores.

Ahora bien, de ser el caso, y una vez aprobado dicho estatuto por el Consejo Local Electoral del IEEN, no pasa inadvertida la “perversión jurídica” que pudiera presentarse, al ser el consejero presidente y los consejeros electorales los reguladores de sus propias relaciones laborales en donde figuran o hace(n) las veces de parte patronal (directa). Ello, de conformidad con los artículos 82, fracción I; 83, 86, fracción XXIX; 87, fracciones I, III y XIV, y demás relativos de la misma Ley en comento.

Ahora bien, conviene referir otra alusión que la Ley Electoral del Estado de Nayarit hace respecto a ese estatuto, que en teoría regirá las relaciones de trabajo entre el IEEN y sus trabajadores. Dicha porción normativa es la

contenida en el artículo 90 de la Ley Electoral del Estado de Nayarit,⁸ que textualmente indica lo siguiente:

Artículo 90.- La Junta Estatal Ejecutiva es el órgano directivo y técnico del Instituto Estatal Electoral, la preside el Consejero Presidente y se integra con el Secretario General y los Directores.

Las sesiones de la Junta Estatal Ejecutiva serán públicas atendiendo al principio de máxima publicidad. La Junta Estatal Ejecutiva se reunirá a convocatoria de su presidente, y tiene las siguientes atribuciones:

XI. Autorizar el Estatuto que regirá las relaciones de trabajo con los servidores del Instituto Estatal Electoral, y...

Como puede verse, es otra disposición escueta, que sólo consigna una obligación administrativa, ahora para la junta estatal ejecutiva del IEEN, de autorizar un estatuto, que hasta el momento no existe; no resuelve a cabalidad la obligación del estado de regir las relaciones de trabajo entre el IEEN y sus trabajadores, en la legislación electoral. Así, la Ley Electoral del Estado de Nayarit no da mayores datos sobre la regulación de dichas relaciones, y, en ese sentido, no se legisla de manera íntegra, como lo consigna la Constitución federal y la local del estado de Nayarit.

Otro par de referencias a cuestiones laborales que contiene la Ley Electoral del Estado de Nayarit, pero que no resuelven en modo alguno la problemática laboral entre el IEEN y sus trabajadores, los son los contenidas en los artículos 88, fracción IV, y 91, fracción II, de dicha Ley. El primero de ellos señala como una de las atribuciones del secretario general del IEEN (y del Consejo Local Electoral), participar en la resolución de los asuntos jurídicos y laborales del Instituto. Sin embargo, este artículo no precisa con quién más habrá de participar el secretario general en dicha resolución, como tampoco señala el trámite o el modo de resolver dichos asuntos laborales. Por su parte, el artículo 91, fracción II, en cita, señala como una atribución de la Dirección Jurídica del IEEN el opinar y tramitar los asuntos jurídicos y laborales del Instituto; sin embargo, respecto a ello, la Ley no esclarece más nada sobre dicho trámite.

Una vez hecho el estudio de la Ley Electoral del Estado de Nayarit, se puede arribar a la conclusión de que ésta no regula las relaciones de trabajo entre el IEEN y los servidores de dicho organismo público, sino sólo remi-

Artículo 90 de la Ley Electoral del Estado de Nayarit, reformado el 5 de octubre de 2016 (fecha de consulta: 24 de febrero de 2019).

te, lacónicamente, a un *estatuto* que debe ser aprobado por el Consejo Local Electoral (órgano de dirección superior) y autorizado por la Junta Estatal Ejecutiva (órgano directivo y técnico) del IEEN.

Sin embargo, tampoco el IEEN ha hecho lo propio con el ánimo de operativizar lo señalado por el artículo 81, último párrafo, y artículo 90, fracción XI, de la Ley Electoral del Estado de Nayarit. En ese sentido, también esta autoridad es omisa respecto a regular las relaciones de trabajo entre el IEEN y sus trabajadores, pues hasta la fecha no existe el referido estatuto jurídico que regule dichas relaciones laborales, y, con ello, los trabajadores del IEEN se encuentran en un estado de incertidumbre jurídica, total indefensión, y no cuentan con los mecanismos de defensa expresos en la legislación electoral que les permita hacer valer sus derechos laborales contenidos en el artículo 123, apartado B, de la Constitución federal, como trabajadores al servicio del Estado.

En ese sentido, es indispensable que se actualice el derecho burocrático que refiere el artículo 123, apartado B, de la Constitución federal, con relación a las entidades federativas y sus trabajadores. Lo anterior, con el propósito de que quienes trabajan al servicio del Estado en el ámbito local tengan una mejor protección de sus derechos laborales y seguridad social; un tema que se ha descuidado incluso en los debates legislativos a nivel federal.⁹ Aunado a lo anterior, también sería loable que se elaboraran estudios sistemáticos, claros y serios respecto al proceso laboral de los trabajadores al servicio del Estado, para su estudio y mejoramiento, por parte de los juristas interesados en el tema.¹⁰

2. *La ley de justicia electoral del estado de Nayarit*

Tal como se adelantaba en apartado previo, la Ley de Justicia Electoral del Estado de Nayarit, al reglamentar el apartado D del artículo 135 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, por disposición expresa de su numeral 1o. limita expresamente su objeto de regulación a lo concerniente al Tribunal Estatal Electoral de Nayarit y a los medios de

⁹ Garfias Aguilar, Marco Antonio, *Reforma laboral, derecho del trabajo y justicia social*, México, Secretaría de Gobernación, 2013, p. 111.

¹⁰ Un estudio de derecho procesal laboral que puede servir de referente, a manera de ejemplo, para sistematizar el estudio del derecho burocrático lo es el de Vanegas López, Eduardo Antonio, *El procedimiento laboral mexicano en nuestros días*, México, IPN, 2007.

impugnación en materia electoral. Con ello, las relaciones laborales y los conflictos de tal naturaleza que surgen entre el IEEN y sus trabajadores, evidentemente, se escapan de ser regulados por dicha normativa.

V. LA ANALOGÍA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO UNA SOLUCIÓN AL VACÍO NORMATIVO

El vacío normativo descrito en apartados previos da muestra de una problemática social que vulnera derechos humanos por la sola existencia de una omisión por parte del Estado, específicamente por la legislatura del estado de Nayarit. Así, al no existir la normativa correspondiente que regule a cabalidad las relaciones y conflictos laborales entre el IEEN y sus trabajadores, se refleja, por un lado, un vacío sustancial (reconocimiento de derechos), y, por el otro, se manifiesta como un vacío adjetivo o procesal (reconocimiento de mecanismos de defensa). Se trata, pues, de una total indefensión para los trabajadores de este ente electoral. La omisión legislativa en comento genera un espacio de arbitrariedades e incertidumbre jurídica que, desde luego, debe ser corregida por el estado.

Así las cosas, ¿cuál sería la solución para la problemática planteada hasta en tanto no se resuelva el vacío normativo? Es decir, ¿los trabajadores del IEEN, ante dicha omisión legislativa, no son sujetos de derechos laborales y mecanismos de defensa? ¿Qué pueden hacer ante la vulneración a sus derechos? ¿Cuál sería la autoridad competente para impartirles justicia laboral, y con base en qué parámetros lo puede llevar a cabo?

Evidentemente, la legislatura del estado de Nayarit, al ser omisa respecto a la regulación de estas relaciones laborales, deja de reconocer expresamente derechos humanos, como la seguridad social, la vivienda, los derechos de preferencia al ascenso y a la antigüedad, y la estabilidad laboral, seguidos de un largo etcétera. En ese sentido, recordemos que el derecho laboral, teleológicamente, busca

...otorgar a la clase laboral mejores condiciones de trabajo, certidumbre en su empleo, salario remunerador, jornadas humanas, descansos y vacaciones que permitan en última instancia la mejora del individuo. Teniendo por objeto, en el plano individual, regular adecuadamente las condiciones de trabajo de cada persona que se encuentra vinculada con otra en virtud de una relación laboral. Mientras que, en el plano colectivo, se busca el justo

equilibrio entre los factores de la producción y la armonía de los intereses del capital y del trabajo.¹¹

Ahora bien, desde el plano procesal (adjetivo), resulta grave también el hecho de que al no existir la regulación precisa respecto al mecanismo de defensa y autoridad competente en estas relaciones, se deja en total estado de indefensión al trabajador, pues la norma tiene que precisar cuestiones procesales básicas como esta, para que ante eventuales vulneraciones a sus derechos laborales el trabajador sepa cómo, cuándo y ante qué autoridad jurisdiccional acudir. Así, de persistir dicha omisión se tiene que buscar y proponer una solución al panorama expuesto.

Ante tales circunstancias, es importante señalar que el problema no es aislado, y que en otras entidades federativas también se han dado este tipo de vulneraciones a derechos laborales de los trabajadores de órganos constitucionales autónomos locales. De dichos casos, podemos aprender cómo resolver esta omisión, hasta en tanto la autoridad omisa regule cabalmente estas relaciones laborales y cumpla con su responsabilidad constitucional de legislar. De ese modo, podemos señalar que una solución plausible a la que puede acudir el particular (trabajador) ante la vulneración a sus derechos laborales, lo es la exigencia de la analogía y los principios generales del derecho, como mecanismos de integración del derecho otorgados por la Constitución federal en su artículo 14.

A través de la analogía es posible atribuirle a esta problemática, que no se encuentra regulada expresamente en el ordenamiento jurídico, la naturaleza y características previstas por el legislador para una materia similar. Es decir, por analogía podría arribarse a la conclusión de que nos encontramos ante una relación laboral trabajador/Estado, y en vía de consecuencia, la autoridad competente para resolver dichos conflictos vendría a ser aquella competente para conocer de los conflictos surgidos entre el Estado y sus trabajadores, en el ámbito local. Mientras que, a través de los principios generales del derecho, el juzgador está en posibilidad de allegarse de todas aquellas orientaciones y directivas de carácter general y fundamental que se deducen de las normas (laborales) que ya forman parte del ordenamiento jurídico. Es decir, echar mano de todos aquellos principios de justicia social que ya contempla el artículo 123 de la Constitución federal y su legislación reglamentaria.

¹¹ Cavazos Flores, Baltasar, *35 lecciones de derecho laboral*, 3a. ed., México, Trillas, 1983, pp. 28 y ss.

Así lo han resuelto entidades federativas tales como Michoacán y Baja California, en donde han concluido que ante la falta de normativa expresa respecto a las relaciones laborales de los órganos constitucionales autónomos en materia electoral lo correcto es aplicar —por analogía— aquella normativa local que regula las relaciones laborales entre el Estado y sus trabajadores. Pero además, acertadamente, han señalado que la autoridad competente para conocer de dichas relaciones laborales, al existir un vacío normativo al respecto, son los tribunales de conciliación y arbitraje de las entidades correspondientes.

Lo anterior, tal como lo ha sostenido el pleno del Décimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación, a través de la tesis jurisprudencial PC.XI. J/1 L (10a.),¹² de la cual su rubro y contenido versan en los siguientes términos:

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MATERIA ELECTORAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN. LA RELACIÓN LABORAL CON SUS TRABAJADORES SE RIGE POR LAS NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES DE TRABAJO ENTRE EL ESTADO Y SUS TRABAJADORES. Conforme al artículo 116, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Legislaturas de los Estados tienen la facultad de expedir leyes que regulen las relaciones de trabajo entre éstos y sus trabajadores, incluyendo a los de los órganos constitucionales autónomos locales, dado que éstos llevan a cabo funciones estatales primarias y torales. En congruencia con esta disposición, el artículo 148, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado de Michoacán prevé que las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores se regirán por las leyes que expida la Legislatura Local. Ahora bien, *ante la omisión en los ordenamientos constitucionales y legales de esa entidad federativa de señalar el régimen laboral aplicable a las relaciones de trabajo en los órganos constitucionales autónomos locales en materia electoral (Instituto Electoral de Michoacán y Tribunal Electoral), en atención a la naturaleza y funciones estatales torales que tienen a su cargo y a lo dispuesto en los artículos constitucionales referidos, deben entenderse aplicables, en lo conducente, las normas que rigen las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores, salvo disposición categórica en contrario.*

En esa misma línea de ideas se ha pronunciado el pleno del Décimo Quinto Circuito del Poder Judicial de la Federación, a través de la tesis jurisprudencial

¹² Tesis PC.XI. J/1 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 7, t. II, junio de 2014, p. 1042.

dencial: PC.XV. J/7 L (10a.),¹³ de la cual su rubro y contenido versa en los siguientes términos:

TRABAJADORES DEL INSTITUTO ELECTORAL Y DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. SU RELACIÓN LABORAL SE RIGE POR LA LEY BUROCRÁTICA LOCAL. Conforme al artículo 116, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Legislaturas Locales tienen la facultad de expedir leyes que regulen las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores. Ahora bien, esta norma debe entenderse en el sentido de que comprende a todas las relaciones de trabajo entre las entidades federativas y sus trabajadores, independientemente de cómo se arregla, al interior de cada una de ellas, la distribución de competencias entre sus distintos órganos; de ahí que también es aplicable a las relaciones de trabajo entre los órganos constitucionales autónomos locales y sus trabajadores, en la medida en que aquéllos son órganos del Estado. Así, en el caso del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Baja California, esto se robustece al considerar, por un lado, que el artículo 5, apartado B, segundo párrafo, de la Constitución Política Local, en su texto anterior a la reforma publicada en el Periódico Oficial de la entidad el 17 de octubre de 2014 dispone expresamente que la función que desempeña el instituto es una “función pública”, por lo que no cabe duda de que se trata de un órgano del Estado que lleva a cabo una atribución pública; y, por otro, que el referido artículo 5, apartado B, décimo octavo párrafo, expresamente señala que las relaciones de trabajo de los servidores del mencionado instituto se rigen por la Ley del Servicio Civil de los Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado, Municipios e Instituciones Descentralizadas de Baja California. Por ello, resulta claro que éste es el régimen laboral aplicable a los trabajadores mencionados, a pesar de que la ley burocrática no haga referencia expresa a los órganos constitucionales autónomos locales o al señalado instituto electoral.

Ahora bien, respecto a la problemática aquí expuesta, resulta de sumo interés reproducir lo sustentado por el pleno del Décimo Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación, a través de su tesis jurisprudencia: PC.XI. J/2 L (10a.),¹⁴ mediante la cual se pronuncia respecto a la autoridad competente

¹³ Tesis: PC.XV. J/7 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, t. II, marzo de 2015, p. 1804.

¹⁴ Tesis: PC.XI. J/2 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. II, junio de 2014, p. 1041.

para conocer de los conflictos laborales entre los Ople y sus trabajadores, así como refiere acertadamente la obligación del Estado de administrar justicia en términos del artículo 17 de la Constitución federal. El rubro y contenido de la tesis jurisprudencial de referencia versa en los siguientes términos:

CONFLICTOS INDIVIDUALES ENTRE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MATERIA ELECTORAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN Y SUS TRABAJADORES. ES COMPETENTE PARA CONOCER DE ELLOS EL TRIBUNAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA. Los trabajadores al servicio de esos órganos son trabajadores al servicio del Estado de Michoacán de Ocampo, por tanto, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado es competente para conocer de los conflictos individuales que surjan entre el Instituto Electoral Local o el Tribunal Electoral estatal y sus trabajadores, apegado esencialmente al régimen previsto en el apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, toda vez que ante la ausencia de disposición legal en dicha entidad que erija a una autoridad con facultades expresas para resolver las controversias laborales de referencia, debe declararse la competencia correspondiente, en acatamiento al artículo 17, párrafo segundo, constitucional, que prevé el derecho que toda persona tiene para que se le administre justicia, habida cuenta que el mencionado Tribunal, debido a las facultades de que está investido, es el más afín para conocer de la demanda relativa.

En resumidas cuentas, a través de la analogía es posible que el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de Nayarit administre justicia laboral respecto a los conflictos entre el IEEN y sus trabajadores, con el fin de brindarles tutela judicial efectiva y reconocer, por analogía y atendiendo a los principios generales del derecho, que son sujetos de derechos laborales como trabajadores al servicio del estado a pesar de no contar con disposición legal expresa que así lo señale.

VI. CONCLUSIONES

Es importante que la legislatura del estado de Nayarit cumpla con su obligación de legislar respecto a las relaciones laborales entre el IEEN y sus trabajadores, ya que dicho vacío normativo vulnera: 1) el reconocimiento —expreso— de derechos humanos; 2) la referencia legal del mecanismo de defensa

idóneo, y 3) La autoridad competente para defender derechos laborales en el caso concreto.

Lo anterior, además, se convierte en una obligación para el Congreso del Estado de Nayarit, a efecto de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (laborales) de los trabajadores del IEEN.

A reserva del tiempo que perdure la omisión legislativa en comento, el particular que sea trabajador del IEEN puede acudir ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de Nayarit, y, ante esta autoridad, exigir sus derechos laborales, como cualquier otro trabajador al servicio del estado en el ámbito local. Invocando además, en el modo más favorable a su persona, principios generales de justicia social contenidos en la legislación laboral existente, y que se desprendan del artículo 123 de la Constitución federal. Una omisión legislativa, en pleno siglo XXI, no puede ser un obstáculo para la exigencia de derechos laborales, y menos cuando el patrón resulta ser el propio Estado.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

CAVAZOS FLORES, Baltasar, *35 lecciones de derecho laboral*, 3a. ed., México, Trillas, 1983.

GARFIAS AGUILAR, Marco Antonio, *Reforma laboral, derecho del trabajo y justicia social*, México, Secretaría de Gobernación, 2013.

VANEGAS LÓPEZ, Eduardo Antonio, *El procedimiento laboral mexicano en nuestros días*, México, IPN, 2007.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Nayarit.

Ley Electoral del Estado de Nayarit.

Ley de Justicia Electoral del Estado de Nayarit.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



HERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos en libertad sindical*, 5a. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, 267 pp.

El libro *Sindicatos en libertad sindical*, del profesor uruguayo Óscar Armida Uriarte, procura basarse con una claridad meridiana en los principios fundamentales de la libertad sindical, y el marco dentro del cual sería posible una reglamentación heterónoma de los aspectos sindicales, sin afectar esos principios, diversificar el estudio profuso de las normas internacionales, los propios convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su conjunto, y respetando las tradiciones nacionales. Donde la altura técnica, académica e intelectual, así como la fineza jurídica, humana y docente del autor se centra en la tradición uruguaya de notables juristas de derecho del trabajo.

El libro se divide en tres capítulos; en el primero aborda las disposiciones fundamentales de jerarquía superior, basada en principios y normas fundamentales que se insertan en un marco jurídico preexistente y de las más altas jerarquías como es la propia Constitución de cualquier país; en el segundo capítulo desarrolla plenamente las bases conceptuales esenciales, con las nociones de libertad sindical, predominantemente, y en el tercer capítulo desarrolla la figura del sindicato como parte de la libertad sindical, sin menoscabo alguno. El libro en cuestión concluye con breves conclusiones e integra algunos esquemas comparativos en general del desarrollo de la obra en su contenido.

En el aspecto constitucional uruguayo, el artículo 57 dispone que “La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica”, lo que no sólo se limita a reconocer la existencia de sindicatos o el derecho a constituirlos, sino que además se tiene la obligación de promover la actividad sindical, ayudar para la creación de sindicatos y de impulsar su desarrollo, incorporando a nivel constitucional los principios de todas aquellas declaraciones internacio-



nales que consagran la libertad sindical como uno de los derechos humanos esenciales a la conciencia jurídica universal de nuestro tiempo.

Del mismo modo, simboliza la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 aprobada por la ONU, y en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la misma Convención Americana de Derechos Humanos cobran plena vigencia, por lo que determina el párrafo IV del artículo 23 de la propia Declaración “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses”, lo que posibilita, sin duda alguna, impedir cualquier exclusión por razón alguna.

Por ello, se considera que las convenciones, declaraciones, diversos convenios y recomendaciones desde la propia constitución de la OIT configuran la normativa internacional de directa y propia validez jurídica interna, que constituye la principal base jurídica supranacional de la libertad sindical para la paz y la armonía universal, ratificando la propia integración del tripartismo de la organización, al postular la libertad, la independencia y la autonomía sindicales.

Se destaca que los convenios internacionales del trabajo 11, 87, 98 y 110, todos ratificados por Uruguay, que se refieren en ese orden a los trabajadores de industria y el de plantaciones, destacando la importancia del Convenio 87, referido a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, sin perjuicio de la complementariedad que precisa el Convenio 98; es decir, en ambos casos los convenios 87 y 98 se complementan de manera recíproca, reconociendo que la libertad sindical y la negociación colectiva son derechos unidos de manera inalienable, contando además con procedimientos específicos de protección supranacional, suprallegal, y más aún, se agrega que ha sido el primero de los derechos humanos en poseer mecanismos específicos de protección.

Destaca que estos procedimientos de control genérico previstos en la constitución de la OIT para todos los convenios y recomendaciones, donde se han instaurado órganos específicos y procedimientos básicos de control, para examinar fundadamente los casos relativos a la libertad sindical y a la discriminación en materia de empleo y ocupación, donde además destaca que el órgano más importante es el Comité de Libertad Sindical del consejo de administración del OIT, que como organismo tripartita se encarga de examinar las denuncias planteadas por organizaciones sindicales contra gobiernos donde se alega la violación de los principios de libertad sindical, cuyas obliga-

ciones, una vez recibida, la denuncia es comunicada al gobierno en cuestión para que pueda efectuar descargos en su favor; después, con documentos y las pruebas proporcionadas se determinan conclusiones o decisiones que deberán incluir en sus informes y recomendaciones al consejo de administración de la propia OIT.

En los aspectos de definiciones básicas destaca el autor que la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos, y viceversa, ya que depende de los demás derechos fundamentales, porque resulta prácticamente imposible constituir un sindicato libre y desarrollar una actividad sindical auténtica si no se pueden ejercer o se suprimen los derechos tales como el de asociación, reunión, libertad de expresión, la libertad de ideas, entre otros. Las libertades civiles son la base necesaria de la libertad sindical, para que todo individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana.

Ante ello, el sindicato debe participar en la vida social, no como institución organizada en el ámbito del Estado, sino como portador de los intereses de las clases profesionales. Es importante destacar la triple función democratizadora de los sindicatos como gremios; por ello, debe ser: a) un elemento perfeccionador de la propia democracia sindical como elemento formal de validez plural; b) el factor que constituye la democracia participativa y real, y c) un instrumento democratizador de algunas instituciones propias del derecho laboral.

Los derechos que constituyen la libertad sindical se pueden entender que todos los derechos individuales, son derechos colectivos, están bastante generalizados, por lo que dogmáticamente hoy en día por esa distinción es discutible, ante ellos se prefiere señalar la prolija enumeración de los derechos sindicales consagrados en los convenios internacionales a mencionar: a) derecho de afiliarse; b) derecho de constituir sindicatos; c) derecho de organizar libremente el sindicato; d) derecho de los sindicatos a obtener personería; e) derecho de los sindicatos a no ser disueltos administrativamente; f) derecho a constituir federaciones y confederaciones; g) derecho a afiliarse a entidades internacionales, y h) derecho de los trabajadores al fuero sindical.

De destacarse es lo que se delimita como el aspecto colectivo de la libertad sindical que atendería directa y preponderantemente a los intereses profesionales de la categoría, del grupo o del sindicato, que se pueden sistematizar como derechos de la siguiente forma: a) la libertad sindical ante el Estado; b) la libertad sindical ante los empleadores y las organizaciones patronales,

y c) la libertad sindical en relación con las demás organizaciones de trabajadores. Donde, además, el derecho ejercitable por los sindicatos frente al Estado donde se incluyen el derecho de libre afiliación y la desafiliación de organizaciones de grado superior, nacionales, internacionales, la autonomía sindical, el derecho de personalidad jurídica, la pluralidad sindical y el derecho al ejercicio de facultades y funciones típicamente sindicales, gremiales o colectivas, tales como la negociación colectiva, la huelga, la reivindicación y la participación.

En ese sentido, aflora, en la opinión del autor, el concepto de autonomía sindical o autarquía sindical, que en ambos sentidos se entiende como el derecho de los sindicatos a autogobernarse, a darse sus propias normas, estatutos y estructura, a fijar libremente su programa de acción, a elegir libremente su dirigencia, a vincularse libremente con otras organizaciones, nacionales o internacionales; todo ello puede integrarse como la libertad sindical con respecto a su propia autonomía, ya que ambas son garantía suprema de libertad sindical, presuponiendo que los trabajadores se pueden organizar por el criterio que les parezca más conveniente donde la pluralidad, unicidad y representatividad sindical son parte de la misma evolución de la sociedad actual, que incluye el derecho amplio de la acción sindical, que garantiza la autonomía, la especialidad y la igualdad.

En el plano de la naturaleza jurídica del sindicato como ente colectivo, destaca que es incosteable y hay evidencia en el hecho simple y contundente de que en todas partes del mundo donde han tenido la posibilidad de hacerlo, los trabajadores han constituido libremente sindicatos, ligando el derecho de asociación que culmina en un derecho sindical y que a los fines de trabajo deben complementarse con el derecho común. Para la constatación de un interés colectivo, jurídicamente relevante, que pertenece a determinados grupos sociales y profesionales, donde estos mismos se organizan para actuar en este interés y ejercen su autonomía privada colectiva para ello, para lo cual el sindicato se entiende como asociación común, ente colectivo, o agrupamiento de cualquier actividad profesional en organizaciones o gremios laborales que deben dedicarse exclusivamente al estudio y defensa de los intereses profesionales, como esencial pero no exclusivo.

Como conclusión integral que el autor señala, se puede determinar la libertad sindical íntegra, indiscutiblemente, el elenco de los derechos humanos, destacándose, además, por disponer de años atrás, de una consagrada normativa internacional, así como de mecanismos y procedimientos internacionales de control y protección, donde además predomina en el ámbito sindical de

Uruguay; por otra parte, algunos mecanismos informales de autorregulación o de regulación concertada que insinúan que pueden ser más eficaces, menos traumáticos y, desde el punto de vista teórico, plenamente armonizables con los conceptos fundamentales de libertad sindical, pluralismo y autonomía colectiva.

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS*

* Académico investigador en la Universidad Autónoma de Chiapas, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, academico.chiapas15@hotmail.com.

INFORME DE SEGURIDAD SOCIAL



INFORME: AVANCES Y RETROCESOS DE LA SEGURIDAD
SOCIAL EN MÉXICO, 2018

REPORT: PROGRESS AND SETBACKS OF SOCIAL
SECURITY IN MEXICO, 2018

RAPPORT: PROGRES ET RECLUS DE LA SÉCURITÉ
SOCIALE DU MEXIQUE, 2018

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Durante 2018 se presentaron cambios importantes en el país. Dentro de ellos se pueden resaltar las consecuencias del sismo de 2017; el éxodo de migrantes centroamericanos; la transición presidencial y sus consecuentes proyectos legislativos; las pérdidas de las Afores y la eminente falta de reformas legislativas en seguridad social.

En ese orden de ideas, las prioridades marcadas en materia de seguridad social partieron en la atención a la contingencia generada por los sismos, y dieron como respuesta la estrategia denominada “Fuerza México”, integrada de varios elementos: la entrega inmediata de víveres, limpieza y remoción de escombros, y, finalmente, la reconstrucción de viviendas; sin embargo, con el cambio de administración aquella fue sustituida por el Plan Nacional de Reconstrucción, que comenzó a operar a partir del 11 de diciembre de 2018.

Un segundo tema es la expectativa que han generado las denominadas “caravanas migrantes”, puesto que durante 2018 sumaron alrededor de 11,500¹ migrantes provenientes principalmente de Honduras y El Salvador, quienes

* Profesora investigadora, titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

¹ “No es una caravana (de migrantes), es un éxodo: las razones de los cientos de hondureños que siguen los pasos de los que ya caminan por México”, *BBC*, Guatemala, 2018, disponible



rechazaron el plan “Estás en Casa”, que les ofrecía atención médica, escuela para los niños y niñas, contar con una identificación oficial para realizar trámites y acceder al Programa de Empleo Temporal,² ya que los migrantes sostienen que no planean quedarse en México. No obstante lo anterior, aún subsiste la incertidumbre de la atención que se les deberá brindar en caso de que se establezcan de forma definitiva en el país, pues no bastará con la asistencia social que hasta el momento se les ha ofrecido.

En tercer lugar, otro suceso importante para el derecho social fue la reforma integral que se generó a partir de la entrada en vigor de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, que incluyó modificaciones a la Ley Federal del Trabajo, a la Ley del Seguro Social y a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales, atribuyendo consecuencias a la desaparición de un trabajador similares a las de los riesgos de trabajo, con relación a los derechos a pensiones y recisión laboral.

Además de lo anterior, un hecho alarmante es la pérdida que han tenido los Fondos de Ahorro para el Retiro, siendo la más grande registrada en octubre, que sumó 3 billones 284,428 millones de pesos³ (172,592,117.7 dólares)⁴ en cuatro de las principales Administradoras de Fondos para el Retiro (Afores) del país: Inbursa, PensionISSSTE, Profuturo y Banorte.

Por último, se debe resaltar que el segundo semestre del año estuvo marcado, sin lugar a dudas, por la elección presidencial, así como de diputados y senadores, considerada como la elección más grande de la historia de México, donde ganó el partido de izquierda: Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), liderada por Andrés Manuel López Obrador, quien con un 53.17% del total de los votos obtuvo la presidencia de México.⁵ El Congreso de la Unión cambió su conformación radicalmente con 55 escaños de los 128 que

en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45978111>, fecha de consulta: 21 de marzo de 2019.

² “Migrantes en asamblea rechazan el plan de Peña Nieto”, *El Universal*, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/migrantes-en-asamblea-rechazan-plan-de-pena-nieto> (fecha de consulta: 9 de enero de 2018).

³ *El Economista*, “Minusvalías por 131,000 mdp en afores, tras cancelación del NAIM”, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Minusvalias-por-131000-mdp-en-afores-tras-cancelacion-del-NAIM-20181105-0137.html> (fecha de consulta: 9 de enero de 2019).

⁴ El tipo de cambio utilizado para el presente informe es 19.03 pesos mexicanos = 1 dólares, información del Banco de México al 28 de enero de 2019, *Tipo de cambio*, Banco de México, disponible en: <http://www.anterior.banxico.org.mx/portal-mercado-cambiarior/index.html>, fecha de consulta 28 de enero de 2019.

⁵ “INE, López Obrador gana con 30 millones de votos”, *Proceso*, disponible en: <https://>

conforman el Senado provenientes del mismo partido político del presidente. El caso de la Cámara de Diputados es similar: 256 diputados de los 500 representantes del mismo partido. Además, hubo cambio a inicios de 2019, también de la presidencia de la Suprema Corte de Justicia, encabezada por el ministro Luis María Aguilar Morales.⁶

Los principales cambios que se dieron en el último mes del año fueron la eliminación de las controvertidas pensiones de los expresidentes; la firma del acuerdo mediante el cual se pretende sustituir el Seguro Popular; la iniciativa de reforma laboral integral; la puesta en marcha del programa “Jóvenes Construyendo un Futuro”, y, finalmente, la reducción del gasto en el presupuesto de egresos de 2019 para las estancias infantiles, personas con discapacidad, y desaparece el programa denominado “Modelo de atención integral para pacientes con cáncer cervicouterino localmente avanzado” (Micaela).

De tal forma que los sucesos, hechos y cambios normativos son abordados en este informe de la siguiente manera: introducción, marco sociodemográfico y político, los cambios en programas sociales, las resoluciones de la Corte más importantes, las reformas y expectativas legislativas, las conclusiones, y, finalmente, las fuentes de investigación. Desarrollamos cada apartado con ayuda del método analítico, con el objetivo de brindar un panorama general en temas relacionados con la seguridad social en México en 2018.

II. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y POLÍTICO

El 2018 fue un año —que, como ya se adelantó en la introducción— tuvo muchos cambios en materia política, económica y social. Las tensiones políticas fueron un factor importante, pues al ser un año electoral donde se eligió a través de votación popular al titular del Ejecutivo federal y a los titulares del Poder Legislativo, éstas se reflejaron en diversas materias, y la seguridad social no se escapó a dicha influencia.

Los datos sociodemográficos a resaltar para 2018 en México son los siguientes:

www.proceso.com.mx/541748/ine-lopez-obrador-gana-con-30-millones-de-votos-y-el-53-17-por-ciento (fecha de consulta: 9 de enero de 2019).

Fue nombrado el 2 de enero de 2019 por un periodo de cuatro años en el cargo de presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Presidencia*, SCJN, México, 2019, disponible en: *https://www.sjn.gob.mx/presidencia* (fecha de consulta: 5 de febrero de 2019).

En materia de economía, y según datos reportados por el Banco de México, el Producto Interno Bruto fue del 3.5% en las actividades primarias del 2.3%, y de las secundarias fue del 1.2%. La inflación acumulada fue de 4.83 (casi dos puntos menos que la de 2017).⁷ Nuevamente continuó el crecimiento de las remesas provenientes de Estados Unidos. El Banco de México informó que en septiembre ingresaron al país 33,480 millones de dólares americanos por concepto de remesas familiares, lo que representa un crecimiento del 10.53 % en comparación al año anterior. El crecimiento de las remesas acumuló treinta meses consecutivos, sin duda, un hecho histórico en la vida económica de México.⁸

En materia de empleo, en el tercer trimestre de 2018, conforme a la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) presentada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la población económicamente activa (PEA) fue de 54.3 millones de personas; la cual se compone tanto por la población desocupada,⁹ que comprende a 1.9 millones de personas, y por la población ocupada,¹⁰ con 52.4 millones de personas.¹¹

⁷ Inflación, Banco de México, disponible en: <http://www.anterior.banxico.org.mx/portal-inflacion/inflacion.html> (fecha de consulta: 24 de enero de 2019).

⁸ Remesas imparables, bilan 30 meses con crecimiento, +8.8% en septiembre, México, BBVA Research, 2018, disponible en: https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2018/11/20181101_Flash_Migracion.pdf (fecha de consulta 26 de enero de 2019).

⁹ Se refiere al porcentaje de la población económicamente activa (PEA) que no trabajó siquiera una hora durante la semana de referencia de la encuesta, pero manifestó su disposición para hacerlo e hizo alguna actividad por obtener empleo, *Glosario*, INEGI, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=ENEU> (fecha de consulta: 22 de marzo de 2019).

¹⁰ Comprende las personas de doce y más años de ambos sexos que durante la semana de referencia presentaron una de las siguientes situaciones: trabajaron al menos una hora o un día para producir bienes y servicios a cambio de una remuneración monetaria o en especie; tenían empleo, pero no trabajaron por alguna causa sin dejar de percibir su ingreso; tenían empleo, pero no trabajaron por alguna causa, dejando de percibir su ingreso pero con retorno asegurado a su trabajo en menos de cuatro semanas; no tenían empleo, pero iniciarán con seguridad uno en cuatro semanas o menos; trabajaron al menos una hora o un día en la semana de referencia, sin recibir pago alguno (ni monetario ni en especie) en un negocio propiedad de un familiar o no familiar. *Idem*. Con ello se contabiliza como ocupadas a las personas que trabajan en la informalidad.

¹¹ Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, INEGI, México, 2018, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=4558> (fecha de consulta 27 de enero de 2019).

Dentro del sector informal, para este periodo se contabilizaron 30.6 millones de personas,¹² lo que representa el 56.7% de la población ocupada, así como un aumento del 2.2% respecto del mismo mes del año 2017.

El salario mínimo subió un 3.9% respecto al año anterior, ya que pasó de 80.4 pesos (4.22 dólares) a 88.36 (4.64 dólares) para 2018.

Uno de los datos preocupantes, sin duda, es la pobreza existente. El Coneval¹³ refiere que la población con ingreso laboral inferior al costo de la canasta alimentaria (pobreza laboral) aumentó de 38.5% a 39.3%, entre el segundo y tercer trimestres de 2018, debido a una disminución en el ingreso laboral, un aumento del costo de la canasta alimentaria y los precios. El poder adquisitivo del ingreso laboral se incrementó desde finales de 2017, pero en el tercer trimestre de 2018 se redujo 1.1% respecto al trimestre anterior. En el último trimestre, en 26 de las 32 entidades federativas aumentó el porcentaje de población que no puede adquirir la canasta alimentaria con su ingreso laboral. Destacan los estados de Guerrero, Nayarit y Baja California Sur.¹⁴

Se espera que el Coneval realice una nueva medición de la pobreza en el país para 2019, ya que se lleva a cabo cada dos años, y el último informe presentado fue en 2016.

En el sexto informe de gobierno de Enrique Peña Nieto se informó que en su sexenio el padrón del Seguro Popular (el programa social en materia de salud más importante en México) registró un total de 53.3 millones de afiliados con acceso a un catálogo universal de servicios de salud, que cubre 294 intervenciones y 670 medicamentos.¹⁵ En adición, se logró incorporar un total de 9.2 millones de trabajadores al IMSS, respecto de 2012,¹⁶ y, por otro lado, se aseguraron a través del seguro facultativo a 6.6 millones de jóvenes estudiantes de educación media superior y superior al seguro de salud. Se redujo en un 9% la tasa de mortalidad infantil y se celebraron diecisiete semanas nacionales de salud, en las que se aplicaron 163.5 millones de vacunas.

¹² *Idem.*

¹³ Coneval es acrónimo de Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que es una instancia gubernamental mexicana con autonomía y capacidad técnica para generar información objetiva sobre la situación de la política social y la medición de la pobreza en México.

¹⁴ *Medición de la Pobreza*, México, Coneval, 2018, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_resultados_a_nivel_nacional.aspx (fecha de consulta: 23 de enero de 2019).

¹⁵ *Ibidem*, p. 53

¹⁶ Gobierno de la República, *Sexto informe de gobierno*, p. 52.

En 2018, las pensiones fueron un tema delicado, ya que las Afores que, como su nombre lo indica, son empresas que se dedican a administrar el dinero de la cuenta individual de los trabajadores, tuvieron pérdidas significativas en el segundo semestre. Ello, debido a que las Afores tienen la facultad para invertir cierto porcentaje de dinero en inversiones como infraestructura, empresas privadas, entre otras, lo que conlleva a la obligación de éstas a buscar el mejor rendimiento para sus afiliados.¹⁷

Si bien durante el primer trimestre del año las ganancias se mantenían con un incremento de 332,000 millones de pesos (17,446,137 dólares) respecto del primer trimestre de 2017,¹⁸ en la segunda mitad del año se presentó una minusvalía récord de los fondos pensionarios con la cifra histórica de 3 billones 284,428 millones de pesos (172,592,117.7 dólares). Esta pérdida, según la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), se atribuye, entre otras causas, a la cancelación del “Nuevo Aeropuerto Internacional de México (NAIM)”¹⁹, ya que Afores como Inbursa, PensionISSSTE, Profuturo y XXI Banorte tenían inversiones en esta obra, que si bien serán indemnizadas, el rendimiento será menor al que se estimaba.¹⁹

Por su parte, en diciembre, una vez hecho el cambio de gobierno, la Consar mandató que a partir de enero de 2019 se disminuyan las comisiones en 0.03%. que cobran las Afores.²⁰

III. LOS CAMBIOS EN PROGRAMAS Y POLÍTICAS SOCIALES

Como ya se mencionó, el cambio de los titulares del Ejecutivo y el Legislativo ha traído consigo nuevas políticas y directrices, de tal forma que existen

¹⁷ “¿En qué proyectos está invertido el dinero de las Afores?”, *Expansión*, México, 2018, disponible en: <https://expansion.mx/empresas/2018/04/09/en-que-proyectos-esta-invertido-el-dinero-de-las-afores> (fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018).

¹⁸ “Resultados del SAR al primer trimestre del 2018”, *El Economista*, México, 2018, disponible en: <https://www.economista.com.mx/opinion/Resultados-del-SAR-al-primer-trimestre-del-2018-20180424-0107.html> (fecha de consulta: 30 de noviembre de 2018).

¹⁹ “Minusvalías por 131,000 mdp en afores, tras cancelación del NAIM”, *El Economista*, en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Minusvalias-por-131000-mdp-en-afores-tras-cancelacion-del-NAIM-20181105-0137.html> (fecha de consulta 17 de diciembre de 2018).

²⁰ “Autoriza la Consar disminución de comisiones por manejo de Afores”, *La Jornada*, México, 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/11/autoriza-la-consar-disminucion-de-comisiones-por-manejo-de-afores-3817.html> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2018).

programas sociales que subsisten en esencia, pero con un nombre diferente o con algunas modificaciones. En ese sentido, los acontecimientos más importantes pueden catalogarse de la siguiente manera:

1. *Programas sociales correspondientes al sexenio 2012-2018*

El Coneval otorgó el reconocimiento “Buenas Prácticas Coneval 2018” al programa Prospera, pues se sostuvo que dicho programa coadyuvó en la reducción de la anemia en niños y niñas; en el aumento de utilización de servicios de salud en materia de prevención de enfermedades; el incremento del acceso a la educación, y aumento en el nivel educativo de las familias beneficiadas.²¹

2. *Reestructuración de la asistencia social como parte del cambio de gobierno*

La primera transformación se dio a partir del 1o. de diciembre del año en comento, con el cambio de nombre de la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol) ahora Secretaría de Bienestar, la cual, en colaboración con otras secretarías pondrá en marcha los siguientes programas:

Programas de nueva incorporación aprobados en 2018 para su ejercicio en 2019:

- *Sembrando vida*. Es una estrategia de productividad campesina dirigida a propietarios de tierras ejidales comunales o pequeñas propiedades, con el objetivo de impulsar la siembra de árboles maderables, frutales y milpas intercaladas con árboles frutales; con este programa se pretende generar empleo para cuatrocientos mil productores.
- *Precios de garantía a productos alimentarios básicos*. Es un programa dependiente de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural de ayuda a los pequeños productores agrícolas, en el que se incluyen cuarenta productos a un precio 15% más bajo que en el mercado, tales como frijol, arroz, pastas, pan, aceite, amaranto, cacahuete, atún, sardina, carne de res, pollo y puerco, huevo y pescado.²²

²¹ Programa de Inclusión Social, *Prospera es el programa más eficiente que tiene la Administración Pública Federal: Coneval*, disponible en: <https://www.gob.mx/prospera/prensa/prospera-es-el-programa-mas-eficiente-que-tiene-la-administracion-publica-federal-coneval> (fecha de consulta 16 de enero de 2019).

²² Presenta la Sader nuevos programas con ejercicio presupuestal eficiente y honesto

- *Jóvenes construyendo el futuro*. Este programa depende directamente de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social y, presupuestalmente, es a la que se le ha destinado mayor recurso; no cuenta con reglas de operación todavía, por lo que se basa en los escuetos lineamientos para la operación del mismo, y es una de las principales líneas de acción del gobierno en turno. Tiene como finalidad capacitar a jóvenes de entre 18 y 29 años que por alguna razón no se encuentren estudiando ni incorporados al mercado laboral, a los cuales se les otorgará una beca mensual durante un año de 3,600.00 pesos. Los becarios tendrán como tarea desarrollar actividades que los capaciten para el trabajo bajo la supervisión de un tutor, tanto en la iniciativa privada, pública, como social; al finalizar el año de capacitación se les otorgará a los becarios una constancia que acredite las habilidades que adquirieron.

Uno de los puntos importantes a destacar es que los becarios serán incorporados al IMSS a través del seguro facultativo, en el cual se contempla la protección contra accidentes, enfermedades, maternidad y riesgos de trabajo. No obstante, no se especifica de dónde se obtendrán los recursos para financiarlo.²³

Programas que se mantienen.

- *Prospera*. El programa central del sexenio anterior se mantendrá en 2019, según el presupuesto de egresos aprobado; sin embargo, presenta una disminución en el presupuesto, pues únicamente se le destinarán 15,788,640.00 pesos mexicanos (82,9671.04 dólares), en lugar de 82,729,888.79 pesos (4,34,7340.40 dólares) en 2018.²⁴
- *Apoyo para migrantes*. De la misma forma que Prospera, este programa se mantiene con un presupuesto menor al del año pasado.
- *Programa de estancias infantiles para apoyar a madres trabajadoras*. Al igual que muchos otros programas, éste no cuenta con reglas de operación para 2019, por lo que si bien se contempla dentro del presupuesto, con una cantidad menor a la aprobada para 2018, se cuestionó en varias discu-

impulsará un sector productivo incluyente, gobierno de México, disponible en: <https://www.gob.mx/sader/prensa/presenta-la-sader-nuevos-programas-con-ejercicio-presupuestal-eficiente-y-honesto-impulsara-un-sector-productivo-e-incluyente?idiom=es> (fecha de consulta: 24 de enero de 2019).

²³ Lineamientos para la operación del programa “Jóvenes Construyendo el Futuro”, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5547857&fecha=10/01/2019 (fecha de consulta: 24 de enero de 2019).

²⁴ Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2018.

siones si estas estancias debían continuar para 2019, de la forma en que habían estado funcionando con anterioridad.²⁵

Programas que cambian de nombre.

- Pensiones para el bienestar de las personas con discapacidad permanente: denominado anteriormente como Programa de Atención a Personas con Discapacidad.
- Pensiones para el bienestar de las personas adultas mayores: su nombre anterior a diciembre de 2018 fue Programa de Pensión para Adultos Mayores (65 y más); los cambios más importantes se encuentran en el aumento de presupuesto, pues absorbe el 67% del presupuesto de la Secretaría de Bienestar.²⁶ Con ello se aumenta la edad para las pensiones, que pasa de 65 a 68 años, manteniéndose únicamente en 65 años para las personas indígenas. Durante 2018, el monto asignado fue de 1,160.00 pesos (60.95 dólares) bimestrales y se aprobó aumentarlo a 2,550.00 pesos (133.99 dólares) que se entregarán cada dos meses.

Cabe destacar que, según la administración en turno, se busca hacer un padrón único de beneficiarios de programas sociales, para lo cual, antes de que tomara protesta el actual presidente de la República, en el mes de octubre, veinte mil ²⁷“voluntarios”²⁸ denominados “servidores de la nación” realizaron el “censo del bienestar” con el objetivo de recabar información de la problemática ante la que se enfrentan los hogares en México. Lo anterior, pese a existir el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, que cuenta con la infraestructura y capacitación para levantar los censos oficiales en el país.

²⁵ Véase, con punto de acuerdo, por el cual se exhorta a la Sedesol a establecer mesas de diálogo con los representantes de las estancias infantiles en cada una de las 32 entidades federativas para considerar sus demandas y propuestas en la definición de las reglas de operación del programa de estancias infantiles de 2019, suscrita por los diputados Claudia Angélica Domínguez Vázquez, Óscar González Yáñez y José Luis Montalvo Luna, del grupo parlamentario del PT, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/10/asun_3746721_20181004_1538663164.pdf (fecha de consulta: 24 de enero de 2019).

²⁶ “Presupuesto para apoyo pensionario de adultos mayores crece 148%”, *El Economista*, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Presupuesto-para-apoyo-pensionario-de-adultos-mayores-crece-148-20181226-0062.html>, fecha de consulta 23 de enero de 2019.

²⁷ “Veinte mil «servidores de la nación» aplican el Censo para el bienestar en todo el país”, *La Jornada*, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2018/10/06/politica/009n1pol> (fecha de consulta: 23 de enero de 2019).

²⁸ Contaron con un apoyo de 3,500.00 pesos mexicanos.

3. *Vivienda*

En septiembre de 2017 se registraron dos sismos de alta intensidad, cuyas consecuencias debieron ser atendidas durante todo 2018. El primer sismo fue el 7 de septiembre, con una magnitud 8.2, y afectó los estados de Chiapas, Veracruz y Oaxaca;²⁹ el segundo fue el 19 de septiembre, de magnitud 7.1 en la escala de Richter, y afectó gravemente los estados de Morelos, Puebla, Tlaxcala, Ciudad de México, Oaxaca, Chiapas, Veracruz y Guerrero.³⁰ Se estima que doce millones de personas fueron afectadas, y en total, por los dos sismos se registraron dieciséis mil planteles educativos dañados, 53 centros de salud con daños mayores, y mil 821 edificaciones culturales con daños.³¹

Además, 180 mil 731 viviendas se reportaron con daños; más de 250 mil mexicanos se quedaron sin su vivienda, y hoy están en situación de pobreza patrimonial.³²

En ese sentido, es importante analizar de manera concisa el papel que ha desempeñado la seguridad social en 2018, en atención a la protección encaminada a la vivienda.

En México, los principales institutos del seguro social a nivel nacional encargados de brindar créditos para la vivienda son: el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) y el Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Fovissste).

El Infonavit publicó diez programas de ayuda para los derechohabientes afectados por los sismos.

²⁹ *Reporte especial*, Servicio Sismológico Nacional, UNAM, disponible en: http://www.ssn.unam.mx/sismicidad/reportes-especiales/2017/SSNMX_rep_esp_20170907_Tehuantepec_M82.pdf (fecha de consulta: 12 de agosto de 2018).

³⁰ *Reporte especial*, Servicio Sismológico Nacional, UNAM, disponible en: http://www.ssn.unam.mx/sismicidad/reportes-especiales/2017/SSNMX_rep_esp_20170919_Puebla-Morelos_M71.pdf (fecha de consulta: 13 de agosto de 2018).

³¹ Plan de acción ante sismos 7 y 8 de septiembre de 2017, disponible en: <https://es.scribd.com/document/361993553/Plan-de-Accion-Ante-Sismos-Sep-2017-171017> (fecha de consulta: 12 de agosto de 2018).

³² “Presenta hoy AMLO en Jojutla el Plan Nacional de Reconstrucción”, *La Jornada*, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/11/presenta-hoy-amlo-en-jojutla-el-plan-nacional-de-reconstruccion-8485.html> (fecha de consulta 12 de agosto de 2018).

En el último informe del Infonavit de agosto de 2018, sobre los créditos otorgados reportó haber atendido a 6,060 personas por concepto de movilidad habitacional.³³

Por su parte, el Fovissste hasta principios de octubre destinó 114.5 millones de pesos y atendió a 6,851 acreditados que sufrieron afectaciones totales o parciales derivadas de los sismos.³⁴

Independientemente de lo realizado por los institutos mencionados con anterioridad, existe un Fideicomiso Fondo de Desastres Naturales (Fonden), destinado a apoyar a las entidades federativas que sufran algún daño derivado de los desastres naturales, en la atención y recuperación de los efectos que estos provoquen.³⁵

Este Fideicomiso, a diferencia de los otros dos enlistados con anterioridad, no depende de la relación laboral que tuviera el afectado, pues los apoyos se otorgan tanto a personas como a instituciones. El monto destinado para la reconstrucción se divide en apoyos parciales inmediatos, con una cantidad de 6 mil 844 millones de pesos (359,642,669 dólares), y de apoyos para la reconstrucción 22 mil 810 millones 342 mil 755 pesos (1,198,651,747 dólares), de los cuales menos de la mitad se destinó a la reconstrucción de vivienda.³⁶

IV. PRINCIPALES RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Desde hace algunos años, las resoluciones de la SCJN han tomado seriamente en consideración el análisis de los actos reclamados a partir de la vulneración de alguno de sus derechos humanos. Bajo esa tesitura, si bien por cantidad las tesis no son muchas, la Corte ha emitido criterios importantes en materia de seguridad social, tales como:

³³ *Total de acciones de crédito*, Infonavit, disponible en: http://portal.infonavit.org.mx/nps/wcm/connect/27cd44d4-d403-4f1a-83a3-b45a0ff70746/Movilidad_habitacional_medidas_emergentes_desastres.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-27cd44d4-d403-4f1a-83a3-b45a0ff70746-mkqCvvt (fecha de consulta: 13 de agosto de 2018).

³⁴ “Fovissste atiende a más de seis mil derechos habientes afectados por los sismos”, *El Universal*, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/fovissste-atende-mas-de-seis-mil-derechobahientes-afectados-por-sismos> (fecha de consulta: 13 de agosto de 2018).

³⁵ *Fonden*, Secretaría de Gobierno, disponible en: <https://www.gob.mx/segob/documentos/fideicomiso-fondo-de-desastres-naturales-fonden> (fecha de consulta: 13 de agosto de 2018).

³⁶ *Fonden*, Fuerza México, transparencia, disponible en: <http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/es/PTP/fuerzamexico> (fecha de consulta: 16 de agosto de 2018).

1. *Pensión por ascendencia*

Pensión por ascendencia. El artículo 75, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, vigente hasta el 31 de marzo de 2007, al establecer como requisito para su otorgamiento que se acredite la dependencia económica con el trabajador o pensionista durante los cinco años anteriores a su muerte, es inconstitucional.³⁷

Para acceder a una pensión por ascendencia en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) se deben satisfacer determinados requisitos, los cuales se contemplan en el artículo 75 de la Ley del instituto. Uno de ellos es acreditar la dependencia económica durante los cinco años anteriores a la muerte del trabajador o pensionista, cuestión que llevó a conformar un nuevo criterio a raíz del siguiente caso:

La madre de un trabajador fallecido interpuso un juicio de amparo contra una sentencia emitida por un tribunal en materia administrativa que había negado el derecho de percibir la pensión del trabajador fallecido, por no poder acreditar la dependencia económica de cinco años requeridos en el artículo antes señalado.

Después de haberse agotado todo el procedimiento correspondiente, la sentencia de amparo le fue concedida a la solicitante, pues el órgano jurisdiccional, al resolver el asunto, consideró la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la madre del trabajador fallecido, pues tenía 86 años, por lo cual dejaba claro la complicación de poder obtener recursos para su subsistencia, advirtiendo la dependencia que tenía de su hijo. A su vez, se hace mención sobre la ausencia de consideración de lo que establece el Código Civil Federal, donde se regula que los hijos están obligados a dar alimentos a los padres.³⁸

Este amparo es una muestra del activismo judicial que se inicia en México, que permite que la interpretación de la ley sea más amplia y acorde a los derechos humanos, no solamente a los requisitos establecidos en las normas o la presunción de la prueba; con esta interpretación se hace el reconocimiento de un derecho humano de subsistencia para una persona mayor.

³⁷ Tesis: (V Región) 4o.1 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 52, t. IV, marzo de 2018, p. 3432.

³⁸ *Idem*.

2. Reparación del daño a beneficiarios de policía

Seguridad social para los beneficiarios de los elementos policiacos fallecidos en servicio. El derecho de aquéllos a gozar de las prestaciones relativas que otorga el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado no está supeditado a que la entidad pública en la que éstos se desempeñaban celebre el convenio respectivo con dicho organismo, por lo cual, debe inscribirlos al régimen obligatorio cuando lo soliciten.³⁹ Tesis: XI.3o.A.T.6 A (10a.), marzo de 2017, Décima Época, Registro: 2018092, Tribunales Colegiados de Circuito.

Los policías mexicanos, en materia de seguridad social, se encuentran en una gran incertidumbre de aseguramiento, ya que por la naturaleza de su trabajo dependen del Poder Ejecutivo federal, estatal y local. En ese sentido, ellos pueden ser asegurados, ya sea en el ISSSTE, celebrar convenios con el IMSS o bien tener atención médica a través de seguros privados. Dicho lo anterior, existen casos en donde los municipios no aseguran a sus miembros policiacos en ninguno de los tres supuestos anteriores, con lo que vulneran su derecho humano a la seguridad social.

En ese tenor, un tribunal en materia administrativa y de trabajo generó una tesis derivada de un amparo indirecto interpuesto por la viuda de un policía que murió por un disparo mientras se trasladaba a su domicilio y aún portaba su uniforme. El acto reclamado consiste en la violación de los derechos humanos fundamentales reconocidos en nuestra carta magna, como el de la salud y seguridad social, contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales fueron vulnerados por la autoridad municipal, ya que negó a la viuda su aseguramiento ante el ISSSTE.

El tribunal colegiado resolvió que, efectivamente, el trabajador fallecido y su familia sufrieron perjuicios por no haberlos asegurado ante el ISSSTE para que aquélla pudiera tener acceso a las prestaciones de seguridad social correspondientes y condenó a la autoridad responsable a lo siguiente:

- Derecho al pago de gastos funerarios.
- Derecho al pago de cinco mil días de salario por concepto de indemnización.
- Derecho al pago de un seguro de vida.

³⁹ Tesis: XI.3o.A.T.6 A (10a.), marzo de 2017, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 59, t. III, octubre de 2008, p. 2492.

- Pago de tres meses de salario por concepto de indemnización.
- Daños y perjuicios que se desprendan, entre ellas las aportaciones de cuotas al sistema de ahorro para el retiro.⁴⁰

Esta resolución marca un precedente sumamente importante en el país para la justicia en materia de seguridad social para los trabajadores policiacos y sus familias.

3. *Seguridad social para trabajadores domésticos*

En México, el acceso de los trabajadores domésticos al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) se contempla en la llamada, ilógicamente, “incorporación voluntaria al régimen obligatorio”, es decir, queda al arbitrio del empleador si los asegura o no; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Unión emitió una trascendente resolución en la materia; ello, derivado del siguiente caso:

En abril de 2016, una empleada doméstica presentó una demanda ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, en la cual demandó las prestaciones de indemnización constitucional, pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario, así como la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social. La Junta resolvió que se le tenían que pagar las prestaciones demandadas, a excepción de la indemnización constitucional, y, además, absolvió al demandado por la inscripción retroactiva ante el IMSS de su extrabajadora. Por tal motivo, la trabajadora, acorde a su inconformidad, promovió un juicio de amparo por estimar vulnerados sus derechos humanos, al considerar que el artículo 13 de la Ley del Seguro Social es inconstitucional (no obliga a los patrones a asegurar a sus trabajadores domésticos).

Derivado de la importancia del asunto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el caso y resolvió dar una ampliación a la cobertura de seguridad social, tomando como base los derechos humanos, de la siguiente manera:

- El hecho de que los patrones no tengan la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el IMSS constituye un trato dis-

Idem.

- criminatorio por el artículo 1o. constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social.
- Debe tomarse en cuenta el principio de igualdad para el acceso a la seguridad social de los trabajadores domésticos.
 - No existe una razón válida, constitucionalmente, para que la Ley Federal del Trabajo y del IMSS excluyan al trabajo doméstico del régimen obligatorio de seguridad social
 - El Estado debe tomar medidas, hasta el máximo de los recursos que disponga, “para que los sistemas de seguridad social incluyan a los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social”.
 - Reconoce que “la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado”, y, por tanto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que toda persona disfrute del derecho a la seguridad social lo antes posible, entendiendo que el Estado puede generar regímenes de seguridad social diferenciados para atender las distintas necesidades de la población, incluidos los grupos vulnerables o marginados.
 - Resalta la importancia de la seguridad social como un actor que desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.
 - Recomienda al IMSS crear un programa piloto, en un plazo no mayor de dieciocho meses, y que proponga al Congreso de la Unión las adecuaciones legales para la incorporación de los trabajadores domésticos a un nuevo sistema especial de seguridad social, en un plazo no mayor de tres años.
 - El nuevo esquema de aseguramiento no puede ser de carácter voluntario, sino imperativo, y debe resultar de fácil implementación para los patrones.⁴¹

V. REFORMAS LEGISLATIVAS EN 2018

Durante 2018 se aprobaron diversas reformas legislativas que impactan directamente en temas relacionados con la seguridad social, tales como:

⁴¹ Sentencia de amparo directo 9/2018 resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a cargo del ministro ponente Alberto Pérez Dayán, disponible en: https://www.sjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/A.D.%209-2018.pdf (fecha de consulta: 6 de febrero de 2019).

1. *Riesgos laborales*

El 22 de junio de 2018 se publicó en el *DOF* la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, mediante decreto presidencial, a diferencia del procedimiento establecido por el Código Civil Federal, que establece que la declaración de ausencia se podrá solicitar pasados dos años después del aviso al Ministerio Público de su desaparición. Hoy en día, con la promulgación de esta Ley, el procedimiento podrá solicitarse a partir de los tres meses en que se haya hecho la denuncia de desaparición o la presentación de queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.⁴² Lo trascendente en materia de derechos sociales es el artículo 21, fracción VI, que establece que la declaración especial de ausencia tendrá —entre otros— como mínimo el efecto de “Permitir que las personas beneficiarias de un régimen de seguridad social derivado de una relación de trabajo de la Persona Desaparecida continúen gozando de todos los derechos y beneficios aplicables a este régimen”,⁴³ y para ello, se reforman las siguientes leyes:

- Ley Federal del Trabajo. Se adiciona la fracción XXIX al artículo 132, que establece como obligación del patrón, otorgar permiso sin goce de sueldo a las y los trabajadores declarados desaparecidos que cuenten con declaración especial de ausencia. En ese mismo sentido, en la fracción XVI del artículo 133 impone la prohibición al patrón, de dar de baja o terminar la relación laboral de un trabajador que tenga la calidad de persona desaparecida y cuente con declaración especial de ausencia.⁴⁴
- Ley del Seguro Social. El artículo 109 *bis* establece que cuando el trabajador tenga la calidad de persona desaparecida y cuente con declaración

⁴² Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, artículo 8.

⁴³ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, y se reforman diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley Agraria, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5528936&fecha=22/06/2018 (fecha de consulta: 31 de julio de 2018).

⁴⁴ Ley Federal de Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_220618.pdf (fecha de consulta: 31 de julio de 2018).

especial de ausencia, los beneficiarios conservarán el derecho a recibir la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria.

- Ley del ISSSTE adiciona como riesgo de trabajo la desaparición derivada de un acto delincuenciales en el artículo 56, fracción V. Además de ello, se modifican los artículos 66 y 67, en los que se posibilita que los beneficiarios de los trabajadores desaparecidos a consecuencia de un acto delincuenciales obtengan las prestaciones en especie (atención médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica) y económicas (pensiones) que se otorgan en caso de riesgo de trabajo.

2. Pensiones

El 5 de noviembre de 2018, por orden del presidente de la Cámara de Senadores, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la cual se pone fin al otorgamiento de pensiones a los ex titulares del Poder Ejecutivo federal. Cabe aclarar que la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos no es una ley exclusivamente encaminada a eliminar dichas pensiones, sino que dentro de los artículos 10 y 11 se establece que únicamente se concederán pensiones, jubilaciones, compensaciones o cualquier otra prestación de naturaleza semejante cuando éstas sean asignadas expresamente por una ley, decreto legislativo, o bien si se encuentren señaladas dentro del contrato colectivo o condiciones generales de trabajo. En ese tenor, no podrán concederse por el simple acuerdo de los titulares de los entes públicos ni de sus órganos de gobierno.

Bajo ese contexto, el artículo transitorio segundo sostiene que una vez entrada en vigor dicha ley quedarán sin efectos todas las disposiciones contrarias a la misma, dentro de las cuales se encuadran las pensiones de los expresidentes que fueron otorgadas a través de un acuerdo presidencial.

3. Atención a la salud

En diciembre de 2018, a través del denominado “Acuerdo para Garantizar el Derecho a la Salud”, el actual presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, presentó este mandato, que incide en los estados de Campe-

che, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán, en donde se contempla dar acceso universal a la salud a todas las personas. Cabe destacar que este acuerdo es la primera fase del proyecto de creación del Sistema Nacional de Salud para el Bienestar, que busca incorporar a todas las entidades federativas del país en un plazo de dos años.⁴⁵

El primer nivel de atención se cubrirá en las clínicas, centros de salud y unidades médicas del IMSS-Bienestar, y uno de los objetivos finales es que todas las instituciones de seguridad social colaboren en la atención de la población no derechohabiente.

Es importante destacar que lo que busca este proyecto es sustituir al llamado “seguro popular”; sin embargo, ambos programas tienen el mismo objetivo principal: brindar atención a la salud a la población no asegurada. Si bien el seguro popular intentó dar cumplimiento a diversos mandatos internacionales, como la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial, los Objetivos de Desarrollo del Milenio de 2000 y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, el principal cambio no está en el objetivo, sino en la institución que será responsable. Mientras que el seguro popular de salud se desarrolló a través de un sistema de salud gestionado directamente por la Secretaría de Salud, la administración del Sistema de Salud para el Bienestar será a través del IMSS. Es decir, un seguro social creado para los trabajadores de la iniciativa privada será el responsable de dar cobertura en salud a la población no derechohabiente.

Esto representa grandes incógnitas; por ejemplo, determinar la legislación, la cobertura, el financiamiento, etcétera.

Una interrogante grande es la cobertura en las prestaciones que tendrá, porque mientras el seguro popular determina hoy en día qué prestaciones médicas otorga a través de un catálogo universal de servicios de salud que cubre 294 intervenciones y 670 medicamentos, el IMSS da cobertura de atención universal determinando en su reglamentación un pequeño grupo de prestaciones que no otorga; por ejemplo, el artículo 42 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social señala que no se otorgarán anteojos o prótesis dentales.

⁴⁵ *Acuerdo para garantizar el #DerechoALaSalud*, México, Gobierno de la República, 2018, disponible en: <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/acuerdo-para-garantizar-el-derecho-a-la-salud?idiom=es> (fecha de consulta: 27 de enero de 2019).

VI. EXPECTATIVAS DE LEY

1. *Licencia para padres con hijos enfermos de cáncer*

Ambas Cámaras del Congreso de la Unión han aprobado adiciones a diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en el que se otorgue una licencia a madres y padres trabajadores con hijos menores de dieciséis años diagnosticados con cáncer, en caso de que el menor requiera descanso médico u hospitalización.⁴⁶

La licencia tiene una duración de uno hasta veintiocho días, y puede expedirse cuantas licencias sean necesarias en un periodo máximo tres años, sin que éstas excedan 364 días, los cuales no necesariamente deberán ser continuos.

Esta reforma contempla la adición de varios conceptos importantes que benefician la conciliación de la vida laboral y familiar.⁴⁷

2. *Iniciativa de reforma laboral*

Presentada por el grupo parlamentario de Morena, contempla diversos cambios a la Ley Federal de Trabajo, siendo el de mayor trascendencia en materia sindical, de transparencia, rendición de cuentas, creación de centros

⁴⁶ Uno de los motivos que dieron origen a esta iniciativa es que el cáncer infantil es la causa número uno de muerte entre niños de cinco a catorce años de edad en México, de acuerdo con cifras de la Secretaría de Salud federal. Asimismo, actualmente hay más de 23,000 familias que tienen un caso de cáncer infantil en sus hogares, y cada año aumentan en 5,000 el número de diagnosticados con esta enfermedad. Considerando que un menor diagnosticado con cáncer que se encuentra en un tratamiento oncológico requiere (por protocolo médico) del acompañamiento de alguno de sus padres o tutores; sin embargo, dicha situación compromete la estabilidad en el empleo de sus padres o tutores (al ausentarse del empleo para acompañarlos), por lo que padres o tutores dejan de tener la posibilidad de acceder a un empleo digno establecido en el artículo 5o. de la CPEUM. Resulta claro que se requieren cambios a la legislación secundaria, a fin de que el ejercicio de la garantía del interés superior de la niñez no impida o comprometa el acceso a un empleo digno. Cámara de Diputados, *Iniciativas*, disponible en: http://sittl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/iniciativas\scin.php?comt=47&tipo_turnot=1&edot=T (fecha de consulta: 10 de enero de 2019).

⁴⁷ *Dictamen de las comisiones unidas de trabajo y previsión social de estudios legislativos*, Senado de la República, Proyecto de Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la LFT, LSS, Ley del ISSSTE, 2018.

de conciliación, así como la implementación de tribunales laborales. Estas acciones supondrían el fin de la justicia laboral como se conoce hoy en día, en donde los asuntos se resuelven por un órgano colegiado avalado por un representante patronal, uno de los trabajadores y uno del Estado.

3. *Seguridad social para parejas del mismo sexo en el IMSS e ISSSTE*

En años anteriores ha habido avances en materia jurisprudencial sobre la incorporación a los regímenes de seguridad social, así como de pensiones que tenían las personas del mismo sexo. Si bien en otros países esto es un tema superado, en México su discusión aún prevalece; tan es así, que el 7 de noviembre de 2018 el pleno de senadores aprobaron por unanimidad de 110 votos las reformas a las leyes del IMSS y del ISSSTE para que se elimine el lenguaje sexista y discriminatorio en dichas normas. La propuesta, básicamente consiste en reconocer la protección social de un derechohabiente a su beneficiario, esposo, esposa o cónyuge del mismo sexo.

Aún no es posible hablar de una reforma integral en materia de seguridad social, puesto que dicha minuta fue enviada a la Cámara de Diputados para su revisión.⁴⁸

VII. REFLEXIONES A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los retos ante los que se enfrenta la seguridad social en México implican un constante cambio de estrategia para poder enfrentarlos, pues, como se analizó anteriormente, en específico, 2018 fue un año de grandes contrastes y pocas reformas legislativas.

Por una parte, los criterios emitidos por la SCJN fueron por demás trascendentes en la atención de la seguridad social para dos grupos que a lo largo de la historia han visto vulnerados sus derechos en la materia: trabajadores domésticos y policías. Pese a ello, aún queda pendiente la positivización de estos derechos, no sólo para aquellos que recurran las sentencias que no les han sido favorables, sino para toda la población que se encuentre en un estado de vulnerabilidad.

⁴⁸ Arvizu, Juan, *Avala Senado seguridad social a parejas del mismo sexo*, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/avala-senado-seguridad-social-parejas-del-mismo-sexo> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2018).

Por otro lado, en el área referente a los programas sociales la expectativa sembrada en la campaña presidencial de Andrés Manuel López Obrador es grande. Seguramente durante 2019 se empezarán a ver los resultados de este conjunto de cambios realizados en el presupuesto y cambio de dirección en los programas sociales, en el cual todos esperamos que finalmente reduzcan la pobreza. No se puede omitir señalar que también esperamos que dichos cambios vayan acompañados de la legislación necesaria para dar soporte jurídico a la operación de los programas y certeza jurídica a los beneficiarios de los mismos.

VIII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

ARVIZU, Juan, *Avala Senado seguridad social a parejas del mismo sexo*, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/avala-senado-seguridad-social-parejas-del-mismo-sexo>.

“Autoriza la Consar disminución de comisiones por manejo de Afores”, *La Jornada*, México, 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/11/autoriza-la-consar-disminucion-de-comisiones-por-manejo-de-afores-3817.html>

AYUNTAMIENTO DE XALAPA, *Caravana migrante*, México, 2018, disponible en: <https://ayuntamiento.xalapa.gob.mx/ca/web/guest/home/-/blogs/caravana-migrante/maximized?refererPlid=20137>.

BANCO DE MÉXICO, *Inflación*, disponible en: <http://www.anterior.banxico.org.mx/portal-inflacion/inflacion.html>.

BBVA RESEARCH, *Remesas imparable, bilan 30 meses con crecimiento, +8.8% en septiembre*, México, 2018, disponible en: https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2018/11/20181101_FlashMigracion.pdf.

“Cámara de Diputados aprueba licencias de hasta 3 años para trabajadores con hijos con cáncer”, *Reporte Índigo*, disponible en: <https://www.reporteindigo.com/reporte/camara-de-diputados-aprueba-licencias-de-hasta-3-anos-para-trabajadores-con-hijos-con-cancer/>

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Iniciativas*, disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXIV_leg/iniciativas/xcv.php?comt=47&tipo_turnot=1&edot=T.

CNN ESPAÑOL, *México, el país donde hay más de 32 mil desaparecidos*, disponible en: <https://cnnspanol.cnn.com/2017/09/13/mexico-el-pais-donde-hay-mas-de-32-000-desaparecidos/>.

- CONEVAL, *Medición de la pobreza*, México, 2018, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_resultados_a_nivel_nacional.aspx.
- CONGRESO DE LA UNIÓN, *Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*, Grupo Parlamentario de Morena, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/ene/20190103-II.html#Iniciativa2>.
- “¿En qué proyectos está invertido el dinero de las Afores?”, *Expansión*, México, 2018, disponible en: <https://expansion.mx/empresas/2018/04/09/en-que-proyectos-esta-invertido-el-dinero-de-las-afores>.
- FONDEN, *Fuerza México, transparencia*, disponible en: <http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/es/PTP/fuerzamexico>.
- “Fovissste atiende a más de seis mil derechos habientes afectados por los sismos”, *El Universal*, México, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/fovissste-atiende-mas-de-seis-mil-derechobahientes-afectados-por-sismos>.
- FUERZA MÉXICO, *Los pasos que se siguieron para la atención de los sismos del 7 y 19 de septiembre*, disponible en: <https://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/es/PTP/fuerzamexico>.
- GOB. *Acuerdo para garantizar el #DerechoALaSalud*, disponible en: <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/acuerdo-para-garantizar-el-derechoalasalud?idiom=es>.
- GOBIERNO DE MÉXICO, *Jóvenes construyendo el futuro*, México, 2018, en: <https://jovenesconstruyendoelfuturo.stps.gob.mx/>.
- GOBIERNO DE MÉXICO, *Presenta la SADER nuevos programas con ejercicio presupuestal eficiente y honesto impulsará un sector productivo incluyente*, disponible en: <https://www.gob.mx/sader/prensa/presenta-la-sader-nuevos-programas-con-ejercicio-presupuestal-eficiente-y-honesto-impulsara-un-sector-productivo-e-incluyente?idiom=es>.
- IMSS, *IMSS Bienestar para todos*, Gobierno de México, 2018.
- INE, “López Obrador gana con 30 millones de votos”, *Proceso*, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/541748/ine-lopez-obrador-gana-con-30-millones-de-votos-y-el-53-17-por-ciento>.
- INEGI, *Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, México, 2018, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=4558>.
- INEGI, *Glosario*, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=ENEU>

- INFONAVIT, *Total de acciones de crédito*, disponible en: http://portal.infonavit.org.mx/nps/wcm/connect/27cd44d4-d403-4f1a-83a3-b45a0ff70746/Movilidad_habitacional_medidas_emergentes_desastres.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-27cd44d4-d403-4f1a-83a3-b45a0ff70746-mkqCcvf.
- LEY FEDERAL DE TRABAJO, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_220618.pdf.
- “Migrantes en asamblea rechazan el plan de Peña Nieto”, *El Universal*, México, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/migrantes-en-asamblea-rechazan-plan-de-pena-nieto>.
- “Minusvalías por 131,000 mdp en afores, tras cancelación del NAIM”, *El Economista*, México, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Minusvalias-por-131000-mdp-en-afores-tras-cancelacion-del-NAIM-20181105-0137.html>.
- “Presenta hoy AMLO en Jojutla el Plan Nacional de Reconstrucción”, *La Jornada*, México, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/11/presenta-hoy-amlo-en-jojutla-el-plan-nacional-de-reconstruccion-8485.html>.
- “Presupuesto para apoyo pensionario de adultos mayores crece 148%”, *El Economista*, México, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Presupuesto-para-apoyo-pensionario-de-adultos-mayores-crece-14820181226-0062.html>.
- Programa de Inclusión Social, *Prospera es el programa más eficiente que tiene la Administración Pública Federal*, Coneval, disponible en: <https://www.gob.mx/prospera/prensa/prospera-es-el-programa-mas-eficiente-que-tiene-la-administracion-publica-federal-coneval>.
- “Resultados del SAR al primer trimestre del 2018”, *El Economista*, México, 2018, disponible en: <https://www.economista.com.mx/opinion/Resultados-del-SAR-al-primer-trimestre-del-2018-20180424-0107.html>.
- RNPED, *Acciones y programas*, disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/registro-nacional-de-datos-de-personas-extraviadas-o-desaparecidas-rnped>.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, *Dictamen de las comisiones unidas de trabajo y previsión social de estudios legislativos. Proyecto de Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la LFT, LSS, Ley del ISSSTE*, 2018.
- SERVICIO SISMOLÓGICO NACIONAL, *Reporte especial*, UNAM, disponible en: http://www.ssn.unam.mx/sismicidad/reportes-especiales/2017/SSNMX_rep_esp_20170907_Tehuantepec_M82.pdf.